

III ARANZADI

III ARANZADI

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ASEDIADA

Delitos de odio, delitos de opinión, censuras de
Gobiernos y de empresas

III ARANZADI

III ARANZADI

JUANA DEL-CARPIO-DELGADO
MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ

Directoras

ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO

Coordinador

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ASEDIADA

Delitos de odio, delitos de opinión, censuras
de Gobiernos y de empresas

III ARANZADI

Autores/as

ABDELHAMID ADNANE RKIOUA	ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO
CARLOS ALARCÓN CABRERA	PASTORA GARCÍA ÁLVAREZ
MIGUEL ÁNGEL ALEGRE MARTÍNEZ	TOMMASO GUERINI
HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA	VÍCTOR MACÍAS CARO
ELENA BOZA MORENO	MARÍA JOSÉ PAREJO GUZMÁN
FÁTIMA CISNEROS ÁVILA	JAVIER PAZOS HAYASHIDA
SALVADOR CUTIÑO RAYA	EULALIA W. PETIT DE GABRIEL
ALBERTO DAUNIS RODRÍGUEZ	MARTA RODRÍGUEZ RAMOS

José PABLO SANCHÁ DÍEZ

III ARANZADI

Primera edición, 2023

Incluye versión en digital

Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación UPO-1255802, *Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?*, financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, de la Junta de Andalucía, en marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020. Objetivo específico 1.2.3. «Fomento y generación de conocimiento frontera y de conocimiento orientado a los retos de la sociedad, desarrollo de tecnologías emergentes»). Porcentaje de cofinanciación FEDER 80%.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

© 2023 [Editorial Aranzadi, S.A.U. / Juana Del-Carpio-Delgado, María Holgado González (Dirs.) y Alejandro L. De Pablo Serrano (Coord.)]

© Portada: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1125-770-1
DL NA 48-2023

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

Sumario

Página

PRESENTACIÓN	21
--------------------	----

PARTE 1

LA LIBERTAD EN LA GEOPOLÍTICA ACTUAL

1

HUYENDO DE LA LIBERTAD: LA VIOLENCIA Y LA GUERRA EN LA ERA NUCLEAR	29
CARLOS ALARCÓN CABRERA	

I. Las guerras y la filosofía de la historia	29
II. Las guerras y su <i>comprensión</i>	35
III. La sombra alargada del sadismo	50
IV. El miedo a la libertad y la violencia como vía de escape	56
V. Bibliografía	63

PARTE 2

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DELITOS DE ODIO

2

SOBRE CUANDO EL ODIO DEBE SER PENALMENTE RELEVANTE	69
ALBERTO DAUNIS RODRÍGUEZ	

I. Introducción	69
------------------------------	----

II.	¿Qué son los delitos de odio?	73
III.	¿Es delito el odio a cualquier persona siempre que coincidan los motivos expresados en la norma?	78
IV.	¿Cuándo se fomenta, promueve o se incita al odio?	83
V.	¿Cuándo el odio afecta al colectivo discriminado?	87
VI.	¿Cuándo se aplica la agravante por motivos discriminatorios?	90
VII.	Conclusiones	92
VIII.	Bibliografía	93

3

LA NECESARIA REDEFINICIÓN DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN DESDE EL CONCEPTO DE DELITO DE ODIO	95
---	----

FÁTIMA CISNEROS ÁVILA

I.	Introducción	96
II.	El concepto de delito de odio como lugar común	98
	1. <i>La génesis de la persecución penal de los comportamientos vinculados al odio y la discriminación</i>	99
	2. <i>El concepto normativo de delito de odio</i>	104
	3. <i>Elementos claves en la construcción de una categoría restrictiva de delitos de odio: el objeto de protección y el efecto de las conductas basadas en el odio</i>	108
III.	Obstáculos para la correcta interpretación de la agravante de discriminación conforme al concepto restrictivo de delito de odio	113
	1. <i>Línea doctrinal y jurisprudencial en la interpretación del artículo 22.4.º CP: peligroso protagonismo del elemento subjetivo</i>	113
	2. <i>La motivación como elemento exigido para la aplicación de la agravante de discriminación</i>	117
IV.	Recapitulación: claves para la redefinición de la agravante de discriminación	123
V.	Referencias bibliográficas	125

8

4

LA NUEVA CLÁUSULA <i>IN FINE</i> DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN Y SU TRASCENDENCIA EN EL CONTEXTO DE LA RECEPCIÓN DEL FENÓMENO DE LOS DELITOS DEL ODIIO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL. REFLEXIÓN CRÍTICA		129
PASTORA GARCÍA ÁLVAREZ		
I.	Introducción	130
II.	Significado de la cláusula <i>in fine</i>	132
	1. <i>Naturaleza jurídica de la agravante de discriminación. Especial referencia a la jurisprudencia</i>	133
	1.1. Consideración por nuestros tribunales de la agravante de discriminación (art. 22.4. ^a CP) como una agravante de naturaleza subjetiva	134
	1.2. Consideración por nuestros tribunales de la agravante de discriminación (art. 22.4. ^a CP) como agravante de naturaleza objetiva	142
	1.3. Recapitulación	146
	2. <i>La apreciación de la agravante de discriminación en los casos de asociación por error. Especial referencia a la jurisprudencia</i>	147
III.	Toma de postura del legislador penal español tras la reforma del art. 22.4.^a CP por la LO 8/2021, de 4 de junio. Explicación de la razón de la previsión de la cláusula <i>in fine</i> del art. 22.4.^a CP en el contexto de la recepción del fenómeno del discurso del odio en el sistema penal español	149
IV.	Otras consecuencias prácticas de la nueva cláusula final	155
V.	Reflexión crítica final	159
VI.	Bibliografía	161

PARTE 3

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DELITOS DE OPINIÓN

5

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES EN TORNO A LOS SÍMBOLOS DEL ESTADO	167
MIGUEL ÁNGEL ALEGRE MARTÍNEZ	
I. Orientaciones generales para delimitar la libertad de expresión	168
II. Aproximación a la relevancia de los símbolos políticos	171
III. Los ultrajes a la bandera: panorámica comparada	173
IV. Exhibición de esteladas en la Copa del Rey	177
V. Pitadas al himno	178
VI. Quema de imágenes del Rey: discrepancia entre jurisdicciones	185
VII. Haciendo balance	186
VIII. El delito de ultraje a los símbolos políticos y la STC 190/2020	188
IX. Propuestas de modificación del Código Penal	191
X. Conclusiones	192
XI. Bibliografía	196

6

CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO ¿FUNDAMENTAL? A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS RECLUSOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	201
JOSÉ PABLO SANCHA DÍEZ	
I. A modo de introducción: planteamiento de la cuestión	202
II. Régimen jurídico de los reclusos: especial referencia a las comunicaciones y sus autorizaciones	203

III.	La relación jurídico-penitenciaria: las relaciones de sujeción especial vs tríada constitucional del artículo 25.2 de la Constitución Española	206
IV.	Exégesis de la libertad de expresión y de información en nuestro ordenamiento constitucional	208
V.	Reconocimiento <i>ex novo</i> de la libertad de expresión en los centros penitenciarios por la jurisprudencia constitucional: STC 6/2020 de 27 enero y STC 18/2020 de 10 de febrero	212
VI.	Conclusiones	219
VII.	Bibliografía	222

7

ARTÍCULO 578 DEL CÓDIGO PENAL. ¿VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN O PROTECCIÓN ANTE EL DISCURSO DE ODIOS?	227
--	-----

ELENA BOZA MORENO

I.	Consideraciones previas	228
II.	Enaltecimiento terrorista <i>vs</i> libertad de expresión	230
III.	Libertad de expresión. Una visión europea sobre su protección	241
IV.	¿Hacia otra dirección?	245
V.	Conclusiones	248
VI.	Bibliografía	251

8

EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ANTE EL DISCURSO DE ODIOS: ¿ABUSO DEL DERECHO O LIBERTAD DE EXPRESIÓN?	255
--	-----

MARTA RODRÍGUEZ RAMOS

I.	Introducción	256
II.	La internacionalización de los derechos humanos. Especial referencia al derecho a la no discriminación	258

	<u>Página</u>
1. <i>El desarrollo de los derechos humanos a nivel mundial</i>	258
2. <i>El desarrollo de los derechos humanos a nivel regional europeo</i>	262
III. La evolución de la jurisprudencia del TEDH en materia de discurso de odio: alcance y tratamiento jurídico	267
IV. Conclusiones	277
V. Bibliografía	279
VI. Jurisprudencia	281
1. <i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	281

9

HITLER = SS: EL CÓMIC PROHIBIDO. ESTUDIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL PROCESO JUDICIAL EN ESPAÑA 283

HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA

I. El revisionismo del Holocausto	284
II. El contexto histórico-político del cómic <i>Hitler = SS</i>	285
III. La contienda judicial española	286
1. <i>La sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 3 de Barcelona</i>	286
2. <i>La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona</i>	290
3. <i>La Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 de noviembre</i>	292
IV. Conclusiones	300
V. Bibliografía	301

10

DELITOS DE CALUMNIAS E INJURIAS AL REY Y A OTRAS PERSONAS VINCULADAS A LA CORONA (ARTS. 490.3 Y 491 CP): MARCO DE LEGITIMIDAD Y ALTERNATIVAS A SU REGULACIÓN ACTUAL 303

VÍCTOR MANUEL MACÍAS CARO

I. El marco de legitimidad: la doctrina jurisprudencial del TC y del TEDH en materia del conflicto entre libertad de expresión y honor de los jefes de Estado	304
--	-----

12

1.	<i>El marco establecido del Tribunal Constitucional: amplia libertad de crítica política, con las limitaciones del menosprecio innecesario, el discurso del odio y la incitación a la violencia –incluso eventual–, y atención a la proporcionalidad de la pena</i>	305
1.1.	<i>El caso Otegi Mondragon: mayor ámbito de libertad de expresión en la crítica política, con el límite de la necesidad de los términos ofensivos a la esencia de la idea expresada</i>	305
1.2.	<i>El caso de la quema del retrato de los reyes en Gerona: innecesidad del menosprecio para expresar ideas, prescripción del odio antimonárquico y la “incitación eventual” a la violencia, proporcionalidad de la pena de multa</i>	308
2.	<i>El marco de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: la tutela reforzada de las injurias al rey es contraria al espíritu del Convenio y las penas de prisión no son necesarias en una sociedad democrática</i>	311
II.	Las alternativas político-criminales a la situación actual	314
1.	<i>La alternativa más adecuada a la situación actual: la destipificación</i>	314
2.	<i>La segunda mejor solución: la reforma para eliminar la tutela reforzada, la pena de prisión y para implementar la jurisprudencia del TEDH</i>	317
3.	<i>Lo mínimo exigible: interpretación y aplicación de la ley vigente conforme a la jurisprudencia del TEDH</i>	319
	Bibliografía	320

11

EL DELITO DEL DISCURSO DE ODIOS RELIGIOSO POR RAZONES DE GÉNERO EN EL MARCO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ESPAÑA	323
---	-----

MARÍA JOSÉ PAREJO GUZMÁN

I. Introducción	324
------------------------------	-----

II.	La libertad de expresión y la libertad religiosa: delimitación, relación, límites y conflictos	327
	1. <i>La libertad de expresión</i>	327
	2. <i>La libertad religiosa</i>	328
	3. <i>Delimitación, relación, límites y conflictos entre la libertad de expresión y la libertad religiosa</i>	330
	3.1. <i>Delimitación y relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa</i>	330
	3.2. <i>Límites de la libertad de expresión y conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa</i>	331
	3.2.1. <i>Límites de la libertad de expresión</i>	331
	3.2.2. <i>Conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa</i>	333
III.	La tolerancia/intolerancia y el discurso del odio	335
	1. <i>Discursos del odio antirreligiosos</i>	337
	2. <i>La nueva circunstancia objeto del discurso de odio religioso: el género</i>	341
IV.	El discurso de odio religioso por razones de género	346
	1. <i>Caso del Imán de Fuengirola, libro “La mujer en el Islam”: Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 12 de enero de 2004</i>	350
	2. <i>Caso del Imán de Terrassa: los sermones en su mezquita</i>	352
	3. <i>Caso del libro “Cásate y se sumisa: experiencia radical para mujeres sin miedo” de la Editorial Nuevo Inicio del Arzobispado de Granada</i>	353
	4. <i>Caso del Obispo de Alcalá de Henares: “El tren de la libertad” por Juan Antonio Reig Pla</i>	354
V.	Conclusiones	358
VI.	Bibliografía empleada	364

12

OFENSAS A LA RELIGIÓN Y SISTEMA PENAL. ANÁLISIS DE LAS ESTADÍSTICAS Y DE LAS PERCEPCIONES DE LAS PARTES IMPLICADAS 367

SALVADOR CUTIÑO RAYA

I.	Introducción	368
II.	Aspectos jurídico-penales	369
III.	Metodología y fuentes de información	377
IV.	La evolución en la actividad del sistema penal	380
V.	El relato de las partes implicadas	385
	1. <i>El perfil de las partes implicadas</i>	385
	2. <i>La motivación. Objetivos y contenidos de las conductas</i>	387
	3. <i>Las consecuencias del paso por el sistema penal</i>	391
VI.	Discusión y conclusiones	393
VII.	Bibliografía	399

PARTE 4

CENSURA DE LOS GOBIERNOS

13

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DELITOS DE OPINIÓN A LA LUZ DE LA FUTURA CONVENCIÓN INTERNACIONAL INTEGRAL SOBRE LA LUCHA CONTRA LA UTILIZACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES CON FINES DELICTIVOS 405

EULALIA W. PETIT DE GABRIEL

I.	Criminalidad transnacional, cooperación internacional y garantía de derechos en una sociedad ciber-tecnológica: a modo de introducción	407
-----------	---	-----

II.	La elaboración de la futura convención internacional integral sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos	415
1.	<i>Los inicios de la lucha contra la cibercriminalidad: la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal (CCPCJ) en Naciones Unidas</i>	417
2.	<i>La futura convención para la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos</i>	419
III.	Protección de la libertad de expresión y sanción penal de la opinión en la futura convención	424
1.	<i>La tensión entre salvaguardas de los derechos humanos y protección de la soberanía del Estado</i>	425
1.1.	<i>La protección general de los derechos humanos en el ámbito de la convención</i>	426
1.2.	<i>Niveles de protección de derechos humanos y soberanía del Estado en el ciberespacio: la (in) determinación del lugar de comisión</i>	430
2.	<i>Los delitos de opinión en el ciberespacio: cibercrímenes, criminalización del medio y contribución al cibercrimen</i>	436
2.1.	<i>Delitos cibernéticos v. delitos cometidos con medios cibernéticos</i>	437
2.2.	<i>La incitación a la comisión de delitos (por medios) cibernéticos (aiding and abetting)</i>	441
IV.	¿Nuevas amenazas o nuevos medios criminales? ¿Nuevas soluciones o refuerzo de las medidas clásicas?	444
	Bibliografía	449

14

	LOS AVANCES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MARCO AFRICANO. UN RECORRIDO JURISPRUDENCIAL	455
--	---	------------

ABDELHAMID ADNANE RKIOUA

I.	Introducción	456
-----------	---------------------------	------------

II.	Los derechos humanos en el marco africano y los mecanismos para su protección	458
III.	La libertad de expresión en la Jurisprudencia Africana	468
IV.	Conclusiones	477
V.	Bibliografía	479

15

DERECHO PENAL Y MANIPULACIÓN DIGITAL DEL CONSENSO	483
--	------------

TOMMASO GUERINI

I.	Definición del tema y delimitación del campo de investigación	483
II.	Modelos comparativos de regulación de las fake news entre la protección de la libertad de pensamiento y los impulsos de censura	491
III.	Leyes contra las noticias falsas y derecho del ciberespacio en las democracias autoritarias y las repúblicas populares asiáticas	492
IV.	Legislación rusa, entre desinformación, fábricas de trolls y represión penal de la disidencia	498
V.	Despedida	503

PARTE 5

CENSURA DE LAS EMPRESAS

16

SLAPPS (DENUNCIAS ABUSIVAS O MORDAZA). LA SOGA DE LAS EMPRESAS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	513
---	------------

ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO

I.	Un problema creciente y de interés internacional	514
----	--	-----

	<u>Página</u>
II. Concepto de SLAPP	519
III. <i>Leading cases</i>	523
1. <i>Daphne Caruana Galizia y la corrupción política y financiera maltesa</i>	524
2. <i>McLibel Case, un proceso decisivo en Reino Unido</i>	525
3. <i>SLAPPs contra activistas medioambientales. Una SLAPP en la campaña gallega</i>	525
IV. Unión Europea: de la lucha de la sociedad civil hasta la propuesta de Directiva europea anti-SLAPP	527
1. <i>Llamamientos de las instituciones comunitarias</i>	527
2. <i>Propuesta de las organizaciones civiles de una Directiva Anti-SLAPP</i>	528
3. <i>Propuesta de Directiva Anti-SLAPP del Parlamento y del Consejo</i>	530
3.1. <i>Concepto y ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva</i>	531
3.2. <i>Garantías procesales: caución y desestimación temprana</i>	533
3.3. <i>Reprobación del demandante</i>	534
V. Tres vías para implementar la obligación y el compromiso anti-SLAPPs de las empresas: ley de enjuiciamiento civil, ley de diligencia debida y <i>compliance program</i>	535
VI. Bibliografía	538

17

AUTONOMÍA PRIVADA, LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD IDEOLÓGICA. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ...	541
---	-----

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

I. Introducción: autonomía privada y libertad	542
II. La libertad de empresa como manifestación de la autonomía privada	543

SUMARIO

	<u>Página</u>
III. Libertad de empresa y manifestación de la libertad ideológica. Encuentros	546
IV. Ideología, objeto social y actividades económicas. Continencias y perspectivas	549
V. Bibliografía	551

Libro electrónico. Guía de uso

III ARANZADI

III ARANZADI

Presentación

Parece contradictorio, pero resulta palmariamente cierto que la libertad de expresión no disfruta de buena salud pese a encontrarnos en el siglo XXI. Ciertas leyes en los sistemas democráticos y la aparición de nuevas tecnologías al servicio de esta libertad fundante de las sociedades abiertas, no han logrado inaugurar la etapa de esplendor para la libertad de expresión que cabía esperar. Por un lado, la legislación penal y civil aprobada, por ejemplo, en España y en otros países europeos para proteger intereses dignos de tutela (honor, intimidad, respeto a colectivos vulnerados, seguridad y orden público), ha asfixiado la libertad de expresión, en ocasiones con la inestimable colaboración de interpretaciones jurisprudenciales restrictivas. Por otro, Internet y las redes sociales, que permiten la participación en condiciones de igualdad de millones de hablantes, han sido la puerta de entrada para *fakes news* nocivas, que aspiran a manipular a los ciudadanos en los sistemas democráticos antes votaciones cruciales y a difundir bulos anticientíficos en los peores momentos de la peor crisis sanitaria de la humanidad. Y todo ello al mismo tiempo que las empresas y grandes compañías, que debían guiarse por directrices de responsabilidad social corporativa, han decidido abusar de su poder en el entorno comunicativo digital ahogando voces (bloqueos de cuentas) y amedrentando a periodistas y activistas. Las circunstancias del contexto internacional actual justifican el título de este trabajo: *“La libertad de expresión asediada”*.

Así pues, sucintamente, podemos afirmar que esta obra colectiva es un negativo fotográfico de la libertad de expresión. Indaga en las peligrosas amenazas que restringen la libertad de expresión en el siglo XXI: no solo las conocidas, derivadas del derecho positivo (delitos de odio, delitos de opinión), sino las emergentes que proceden del poder de los Gobiernos y de las grandes corporaciones.

Los/as autores/as que han participado en esta obra colectiva conocen las amenazas sobre la libertad de expresión que hemos apuntado arriba y las denuncian en estas páginas, como primer paso para combatirlas. Por ello, estamos ante una obra comprometida con la libertad de expresión,

como derecho humano y derecho constitucional clave. Además de un trabajo académico militante, merece destacarse el carácter transversal de sus aportaciones: penal, constitucional, internacional público, filosofía y derecho privado.

Los síntomas de agotamiento que sufre la libertad de expresión no son exclusivos de esta libertad. Atravesamos una etapa histórica de profunda incertidumbre y de miedos colectivos. La pandemia internacional de la COVID-19, la guerra de Ucrania, el fortalecimiento de los movimientos sociales intolerantes y reaccionarios, nos han sumido en tiempos de retirada, de freno en avances e incluso de renuncia de conquistas. Precisamente, el bloque primero de esta obra colectiva (*“La libertad en la geopolítica actual”*) abre con este panorama sombrío que alcanza a todos los Estados y no solo a los regímenes sin libertad, frente a lo que pudiéramos intuir. Como expone con acierto el Prof. Alarcón Cabrera en el capítulo *“Huyendo de la libertad: la violencia y la guerra en la era nuclear”*: “la libertad no sólo emerge trágicamente en sociedades alienadas por la teocracia, sino que, como advierte Hinkelammer, esta hecatombe provoca un efecto especular que puede arrastrar a las sociedades occidentales. [...] La libertad no sólo está gravemente amenazada en donde es explícitamente excluida y sustituida por la sumisión y la fe político-religiosa, sino también en nuestra engreída y crecida civilización occidental”.

Sentadas las bases geopolíticas del contexto internacional, la obra colectiva desciende al estudio particularizado de las amenazas que restringen la libertad de expresión. En la legislación penal española y en la de los países de nuestro entorno, la amplitud de los delitos de odio (conferida tanto por el legislador como por el aplicador del derecho) se ha convertido en un foco evidente de ataques a la libertad de expresión. El bloque segundo de esta obra, *Libertad de expresión y delitos de odio*, disecciona este problema comenzando por el propio concepto de odio. Un puro sentimiento o emoción no puede ser el pilar sobre el que se erijan figuras penales en una sociedad democrática cuyo Derecho Penal se oriente a la exclusiva protección de bienes jurídicos, como bien dijera von Liszt a finales del siglo XIX. Se necesita un plus de lesividad, de ofensividad. Por ello, es fundamental el capítulo del Prof. Daunis Rodríguez *“Sobre cuándo el odio debe ser penalmente relevante”*. El legislador introdujo los delitos de odio a través de la agravante del art. 22.4 del Código Penal (“cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad”), que es examinada ampliamente

en esta obra colectiva. Primeramente, la Prof. Fátima Cisneros analiza el marco general de la circunstancia agravante de actuación por motivos de odio en el capítulo *“La necesaria redefinición de la agravante de discriminación desde el concepto de delito de odio”*. A continuación, la Prof. Álvarez García (en el capítulo *“La nueva cláusula in fine de la agravante de discriminación y su trascendencia en el contexto de la recepción del fenómeno de los delitos del odio en el sistema penal español. Reflexión crítica”*) examina la reciente reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio, que incluye una cláusula final polémica en el citado precepto: “cometer el delito por motivos [...], con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”.

El tercer bloque de la obra colectiva analiza otra fuente de restricciones de la libertad a la que rinde homenaje este libro: *la libertad de expresión y los delitos de opinión*. En este ámbito, el presente libro ofrece una panorámica completa de todos los delitos de opinión, tanto desde una perspectiva penal como constitucional. Sobre el delito de ultraje a los símbolos nacionales del art. 543, trata el capítulo del Prof. Alegre Martínez *“La libertad de expresión y sus límites en torno a los símbolos del Estado”*. Los problemas de libertad de expresión de la población sometida a una relación de sujeción especial con la Administración penitenciaria son abordados por el Prof. Sancha Díaz en *“El contenido esencial del derecho ¿fundamental? a la libertad de expresión de los reclusos a la luz de la jurisprudencia constitucional”*. La Prof. Boza Moreno se ocupa de las asperezas entre la libertad de expresión y el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas, del art. 578 CP, en el capítulo *“Artículo 578 del Código penal. ¿Vulneración del derecho a la libertad de expresión o protección antes el discurso del odio?”*. El encaje en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo del delito de discurso del odio, del art. 510 CP, es estudiado por la investigadora Rodríguez Ramos en *“El Convenio Europeo de Derechos Humanos ante el discurso de odio: ¿abuso del derecho o libertad de expresión? (Marta Rodríguez Ramos)”*. Dentro de esta categoría del *hate speech*, el Prof. Álvarez García desarrolla un caso célebre de la jurisprudencia constitucional española: *“Hitler=SS: El cómic prohibido. Estudio jurídico-constitucional del proceso judicial en España”*. Sobre los casi insolubles problemas de compatibilidad de la libertad de expresión y los delitos de injurias y calumnias a la Corona de los arts. 490 y 491 CP, se pronuncia el Prof. Macías Caro, en un trabajo (*“Las injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona: problemas de legitimidad y alternativas a su regulación actual”*) que pone estas figuras penales a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional y formula propuestas de interpretación restrictiva y de derogación.

Dentro de esta tercera parte, una especial atención se dedica en la obra colectiva al controvertido delito de blasfemias o de ofensa a los

sentimientos religiosos, del art. 525 CP, sobre cuya necesaria derogación han advertido numerosas instituciones internacionales. La Prof.^a Parejo Guzmán analiza la perspectiva eclesiasticista y constitucional en el trabajo *“El delito del discurso de odio religioso por razones de género en el marco de la libertad religiosa y la libertad de expresión en España”* y la vertiente penal y criminológica es afrontada por el Prof. Cutiño Raya con la investigación titulada *“Ofensas a la religión y sistema penal. Análisis de las estadísticas y de las percepciones de las partes implicadas”*.

La obra colectiva continúa, en el bloque cuarto *“Censura de los Gobiernos”*, con el estudio de marcos normativos reguladores de la libertad de expresión desde una perspectiva del derecho internacional público, que pueden constituir futuras amenazas para esta libertad dependiendo de qué sendas sigan: *“Libertad de expresión y delitos de opinión a la luz de la futura Convención internacional integral sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos”* (de la Prof.^a Petit de Gabriel) y *“Los avances en materia de libertad de expresión en el marco africano. Un recorrido jurisprudencial”* (del Prof. Adnane Rkioua). El capítulo del Prof. Guerini examina, en el marco del derecho comparado, el reciente problema de cómo afrontar el auge de las *fake news*, que representan una grave amenaza para la formación de una opinión pública de calidad, pero cuyo combate acerca a la legislación a zonas verdaderamente peligrosas de restricción de libertades que ya habitan impudicamente regímenes totalitarios y democracias iliberales (China, Rusia, Vietnam, Singapur): *“El Derecho penal frente a la manipulación digital del consenso en la era de las infodemias y de las fake news”*.

Finalmente, este trabajo examina la relación que mantienen las empresas con la libertad de expresión, desde una doble perspectiva: *ad extra*, en su relación con periodistas, activistas e informadores, el Prof. De Pablo Serrano analiza el riesgo de las denuncias abusivas o mordaza (SLAPP por sus siglas en inglés) que interponen las empresas para frenar informaciones e investigaciones contrarias a sus intereses; *ad intra*, el Prof. Pazos Hayashida estudia la *“Autonomía privada, libertad de empresa y libertad ideológica. Encuentros y desencuentros”*.

Muchas, demasiadas amenazas coartan la libertad de expresión en los tiempos modernos. Esta obra pretende ordenarlas, denunciarlas y combatirlas. A ello se han dedicado los/as investigadores/as que participan en este libro, que constituye el punto final de los trabajos del Proyecto de Investigación de la Junta de Andalucía, cofinanciado con fondos FEDER, *“Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?”* (UPO-1255802).

PRESENTACIÓN

La publicación de este último trabajo colectivo ofrece la oportunidad propicia a las Investigadoras Principales del Proyecto para agradecer a los/as investigadores/as que han profundizado en esta línea en los últimos años, a los/as becarios/as de colaboración y de investigación que se han iniciado en el trabajo académico con esta experiencia, así como a todos/as los/as ponentes externos/as que han tomado parte en diversas actividades científicas (seminarios, jornadas y congresos) aportando sus conocimientos teóricos y prácticos. Ojalá este libro colectivo, y el resto de resultados de la investigación del equipo de investigación, esté a la altura de las exigencias del lector y del compromiso que tenemos con la libertad de expresión.

Sevilla, 1 de diciembre de 2022

JUANA DEL-CARPIO-DELGADO

MARÍA HOLGADO GONZÁLEZ

Directoras

ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO

Coordinador

III ARANZADI

III ARANZADI

PARTE 1

La libertad en la geopolítica actual

III ARANZADI

III ARANZADI

Huyendo de la libertad: la violencia y la guerra en la era nuclear

CARLOS ALARCÓN CABRERA

*Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

SUMARIO: I. LAS GUERRAS Y LA FILOSOFÍA DE LA HISTORIA. II. LAS GUERRAS Y SU COMPRENSIÓN. III. LA SOMBRA ALARGADA DEL SADISMO. IV. EL MIEDO A LA LIBERTAD Y LA VIOLENCIA COMO VÍA DE ESCAPE. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS GUERRAS Y LA FILOSOFÍA DE LA HISTORIA

Norberto Bobbio relata tres diferentes metáforas sobre las finalidades últimas de la historia en relación con la humanidad. Una primera metáfora quedaría plasmada mediante una botella vacía y abierta con una mosca en su interior que representa al hombre, quien con la ayuda del filósofo pretende salir al exterior. La segunda metáfora refleja una posición más pesimista, al imaginar al hombre como un pez en una red que al abrirse significa su final, por lo que su único consuelo es disponer del tiempo que le resta por vivir. Frente a estas dos metáforas, Bobbio prefiere recoger la idea del laberinto para ilustrar el sentido de la vida humana. En este caso existe alguna manera de evadirse, pero no es conocida por nadie. El ser humano sólo puede utilizar su experiencia descartando los caminos que encuentra bloqueados y optando por los demás¹.

La culminación lógica de este proceso consistiría en el hallazgo, con el paso del tiempo, de la única abertura válida, pero el azar histórico ha

1. BOBBIO, El problema de la guerra y las vías de la paz, 21 ss.

querido que antes de llegar a este momento un imprevisto dificulte nuestro rumbo. La época en la que vivimos nos presenta sólo dos posibilidades: en virtud de una de ellas se accede a la desembocadura del laberinto, pero con la segunda se lleva la senda del precipicio, porque al contrario de lo que ocurría hasta ahora, es un trayecto que no permite el retroceso. En el pasado la humanidad ha cometido muchos graves errores, como la esclavitud, las guerras tradicionales o las desigualdades extremas, pero ninguno de ellos es comparable al suicidio universal a través del holocausto nuclear, porque mientras en los primeros ha cabido una cierta rectificación, este último se caracteriza por su irreversibilidad².

La paz no es un proceso objetivo y predeterminado con un final seguro, sino una conquista del hombre, que es autosuficiente para decidir su destino, aunque, paradójicamente, esa decisión puede originar que dejemos de tener destino. Aun aceptando la naturaleza evolutiva de la historia como progreso continuo que no se acelera ni se desacelera, y aun suponiendo que la realidad no cambia sustancialmente a lo largo del tiempo, si nos ceñimos al problema bélico es evidente que la guerra en la etapa histórica actual es incomparable con las guerras del pasado, porque por primera vez toda la historia de la humanidad se pone en peligro.

La violencia ocupa un lugar importante en la naturaleza. Se habla de violencia de un terremoto, de un volcán, de un tsunami, pero siempre por antropomorfismo, por extensión de una cualidad que posee el hombre, quien parece no deshacerse de ella. Ya Hobbes, reaccionando ante la idea de pensadores cercanamente anteriores, como Grocio o Victoria, de una consideración benigna del hombre como ser sociable, habló de comportamiento anárquico y de miedo mutuo antes que de sociabilidad, lo que le llevó a percibir como estado de guerra la primitiva configuración de la sociedad humana³. A partir del pesimismo antropológico hobbesiano, importantes sectores de la psicología contemporánea interpretaron las leyes evolutivas de Darwin en el sentido de la existencia en todos los seres vivos, incluido el hombre, de un inevitable e innato instinto violento.

A un nivel colectivo, el hecho bélico ha acompañado a los hombres durante toda la historia. Su justificación se ha basado en que la guerra es en sí misma un bien, aunque pueda parecer lo contrario, o en que la guerra no es un bien, pero es necesaria cuando existe una causa justa o legítima. La primera tesis se bifurca en las teorías que consideran las guerras como fines positivos sobre los cuales no se deben emitir juicios de valor, sino

2. BOBBIO, El problema de la guerra y las vías de la paz, pp. 91-92.

3. HOBBS, Leviatan, pp. 222 ss.

admitir como hechos *naturales*, y en las teorías que consideran las guerras como elementos imprescindibles para el progreso de la humanidad.

A la guerra se le han asignado una serie de implicaciones positivas, como fomentar el espíritu solidario de sacrificio por la sociedad de la que se forma parte, y responsabilizar a los individuos automarginados de la necesidad de integración social para la lucha por unos proyectos comunes. Esta glorificación de la violencia como forma de progreso moral no ha sido infrecuente, ni siquiera en tiempos recientes. Son históricamente cercanas las doctrinas sociales y políticas del fascismo, defensoras de la guerra como único hecho que concede a los pueblos nobles la posibilidad de adecuar sus energías; o del nacionalsocialismo, al otorgar a la guerra el mérito de forjarnos, formarnos y endurecernos.

Las teorías de las guerras como fines positivos se relacionan estrechamente con las concepciones deterministas de la historia, según las cuales el conjunto de momentos históricos está dirigido a un fin último que ha de ser siempre enaltecido. Esta interpretación sociohistórica descubre al hombre en un continuo movimiento dialéctico según el cual está en perpetuo devenir y no tiene presente sino que construye incesantemente el futuro. En este movimiento dialéctico la guerra realiza en las sociedades políticas el papel hegeliano de antítesis y, por tanto, es el motor de la historia al transformar y crear nuevas situaciones que a su vez vuelve a negar. La guerra no es juzgada, sino justificada, tal como comentaba exacerbadamente Joseph de Maistre en Las Veladas de San Petersburgo: “La guerra cumple con un decreto divino: si no existiera la furia destructora de la guerra, no podría realizarse entre los hombres la ley universal de la violencia, según la cual toda la naturaleza y el hombre en ella están sujetos a la necesidad de exterminio universal”⁴.

Pero lo que podía haber ocurrido y no ocurrió no nos lo dicen las teorías generales, sino los hechos, los hechos particulares comparados entre sí. No se trata de aceptar la tesis holista de que la interrelación estructural entre las circunstancias de cada contexto histórico propicia como única opción alternativa “un mundo totalmente diferente desarrollándose desde el principio de todos los mundos”, ni de “cambiar teorías fuertes por pasados densos”, en palabras de Hawthorn, sino simplemente de constatar que la situación histórica podía haber sido diferente si determinados hechos hubieran sido distintos a como realmente fueron. Frente a la opinión de Aristóteles, expresada en su *Poética*, de que los historiadores no tienen nada serio que decirle a los filósofos, frente a la ruptura aristotélica entre lo típico y general, y lo concreto y particular, Hawthorn se remonta así a Polibio, quien ya más de dos mil años antes que Ranke se

4. MAESTRE, Las veladas de San Petersburgo, pp. 29 ss.

opuso a la tesis de Aristóteles al percibir los *particulares* como puntos en un ciclo con relevancia filosófica, moral y política. Y fue sobre todo la Ilustración la que apartó al historiador de la influencia polibiana al considerar los atributos de lo particular, en tanto que miembro de lo general, como suficientes para explicar su relación con otro hecho particular.

Hawthorn estaba desarrollando en el terreno historiográfico el concepto de *forma de vida* tratando de complementar la tesis wittgensteiniana de la *lingüísticidad* de toda la realidad, resumida en la afirmación de que *los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo*, a través de la idea de que, a su vez, *los límites de nuestro mundo son los límites de todo sentido*, y en concreto el límite de todos los condicionales contrafácticos consiste en que no podemos percibir ninguna posibilidad, incluida la posibilidad de este mundo percibida de distinto modo, con otros ojos diferentes de los nuestros. Revisando el tradicional dualismo científico, según el cual las ciencias naturales se componen de enunciados *generales* a través de los cuales se *explican* los fenómenos, mientras que las ciencias culturales o *ciencias del espíritu* se componen de enunciados *particulares* a través de los cuales se *comprenden* los fenómenos, Hawthorn destacó la relevancia de la *paradoja de la explicación*, según la cual la explicación de los fenómenos históricos conlleva simultáneamente la ampliación y la reducción de alternativas. *Explicar* exige responder a las preguntas que nos hacemos mediante la atribución de sentido a los hechos a cuya información hemos accedido, con lo que *conocemos* más, pero dejamos de considerar otros mundos posibles que perdemos la oportunidad de *comprender*.

Una *explicación* localiza algo en la realidad refiriéndose a su relación con otros aspectos de esa misma realidad. Si es A, es B. O lo que es lo mismo, si no es B, es que no es A. La explicación es acertada si la inferencia es correcta, lo que dependerá del condicional contrafáctico implícito en el razonamiento inferencial. Afirmar que los alemanes buscaron una guerra vengativa porque se sintieron humillados por el Tratado de Versalles implica que, si no hubieran buscado una nueva guerra para resarcirse, hubiera sido porque no había tal sentimiento de humillación. Pero del mismo modo que el lenguaje no es lógico, a pesar de que Wittgenstein aspirara a ello en el *Tractatus*, la historia no es una ciencia exacta. Ni *explica* con exactitud el pasado ni es útil para predecir el futuro. Como recuerda Hawthorn, las *posibilidades causales*, en tanto que son sólo *posibles*, pueden no materializarse. Ante un posible hecho futuro, únicamente son construcciones ideales del historiador; y ante un hecho pasado son meras reiteraciones⁵.

5. HAWTHORN, *Mundos plausibles, mundos alternativos*, p. 24.

Es entonces necesario localizar lo real en un espacio de otras realidades posibles *mostrando* las relaciones que *tendría* con ellas. ¿Qué hubiera pasado si Alemania hubiera dispuesto de la bomba atómica durante la segunda guerra mundial?, ¿qué hubiera pasado si a principios de los ochenta Andropov y Chernenko no hubieran muerto poco después de comenzar a dirigir la Unión Soviética?, ¿qué hubiera pasado si la China comunista no se hubiera abierto al capitalismo?... Estas preguntas nos podrían servir para sugerir hipótesis sobre lo que *probablemente* (el porcentaje de probabilidad es obviamente variable) habría ocurrido, y sobre lo que (menos probablemente) no habría ocurrido, en base a la red de complejas relaciones, no deductivas, mostradas a través de la constatación de las *formas de vida* de los actores históricos individuales y colectivos. Llegar más lejos es imposible por la incapacidad para seleccionar sucesivas posibilidades contrafácticas sin estar mediatizado por los prejuicios, a menos que incurramos en el error de formar razonamientos tautológicos, que se apoyarían en la definición tarskiana de proposición verdadera: “La proposición *p* es verdadera si, y solamente, si *p*”⁶.

Los *mundos reales* diferentes del nuestro que pudieran eventualmente existir no nos darían en todo caso pistas sólidas para conocer nuestro *mundo real*, como tampoco nos las proporcionan supuestas leyes generales. Pero, como subraya Hawthorn, ésta no es una mala noticia para el científico social porque le da libertad para estudiar el abanico de posibles motivos de cada hecho histórico a través de *descripciones*, de descripciones que más allá de la lógica *muestran* las causas de los hechos remitiéndose a las diversas *formas de vida*. Este tipo de *explicación* conduce y mejora la *comprensión* porque depende del contexto determinado por los juegos lingüísticos en tanto que instituciones o *metainstituciones*. La elección de la *forma* de *explicar* se nutre forzosamente de *imágenes de lo posible*, muchas de las cuales provienen de realidades con las que contrastan. Si pensamos en las tres primeras preguntas anteriores, la incapacidad para responderlas no nos impide realizar afirmaciones conectadas con ellas. Pero en cualquier caso es incontestable que la referencia al conjunto de alternativas posibles para un *mundo*, bien sea a través de juicios directos, bien sea mediante contrastes y comparaciones, tiene que partir necesariamente del *mundo tal como es*, y no de cómo imaginariamente hubiera podido ser. Las consecuencias de las explicaciones deben ser coherentes con el resto de procesos de ese *mundo*⁷.

Podríamos hacer otras tres afirmaciones menos descriptivas y más interpretativas, pero nos moveríamos con la incertidumbre derivada de

6. Véase por ejemplo TARSKI, *The Semantic Conception of Truth*, pp. 343 ss.

7. HAWTHORN, *Mundos plausibles, mundos alternativos*, pp. 36 ss. y 221 ss.

cuantificar el grado de probabilidad correspondiente. La perspectiva ilustrada suponía un sentido teleológico en la *explicación* histórica, derivado de la racionalización de la Historia como sucesión de puntos que se acerca *progresivamente* a la perfección terrenal de la humanidad. Tradicionalmente defendida por la cultura judeocristiana, esta concepción teleológica de la *historia* partía de la confianza ilimitada en el género humano que proporcionaba la providencia divina. Se había comenzado a reforzar desde principios del siglo XVIII, cuando ya Vico definía la Historia como “el fruto de la providencia divina”, que determina el progreso de las civilizaciones en tanto que “mente eterna e infinita que todo lo penetra y preside (...) y que dispone a un *fin universal* lo que los hombres o pueblos particulares a sus *fines particulares* dispusieron”⁸. Pero fue Hegel quien más firmemente sostuvo que la razón divina universal había elaborado un plan que la Historia debía representar para satisfacer su fin último a través de un recorrido que también habría de incluir periodos de ruina cultural que antes o después se superarían. Bastaba entonces con *explicar* los hechos *deduciendo* lo que *debía ser* de lo que *era*. La Historia era una muestra de la intención del *espíritu* de “llegar a saber lo que es en sí”⁹, era el progreso en la conciencia de la libertad, “progreso que debemos conocer en su necesidad. (...) El espíritu, fatalmente, realizará lo que debe realizar. Esta realización es a la vez su decadencia, y ésta la aparición de un nuevo estadio”¹⁰, y así sucesivamente. El fenómeno social del industrialismo contribuiría asimismo a crear la idea de que se acercaba el *final feliz* de la historia, un final en el que los avances técnicos nos servirían para dominar por completo la naturaleza, en el que todos podríamos tener cubiertas nuestras necesidades, y en el que la violencia y las guerras desaparecerían.

Sin embargo, ya en la segunda parte del siglo XIX, Nietzsche comenzó a predecir los cambios inesperados que se avecinaban, prácticamente a la vez que los *descubrimientos* de Darwin, Marx y Freud nos abrían los ojos ante las innegables y polimórficas limitaciones del ser humano. El testigo del nihilismo nietzchiano sería recogido por la filosofía existencialista, que como un eco de Dostoievski proclamó que el hombre estaba *condenado* a ser libre. Aterrorizado por su soledad e insignificancia desde la pérdida de sus vínculos primarios, buscaba obsesiva e incesantemente algo o alguien con quien *encadenarse* abandonando su propia libertad¹¹. Condenado a la *libertad*, el hombre no podía escapar de su *humanidad*.

8. VICO, *Ciencia Nueva*, pp. 4 ss.

9. HEGEL, *Filosofía de la Historia Universal*, pp. 15 ss.

10. HEGEL, *Filosofía de la Historia Universal*, pp. 43 ss.

11. Véase FROMM, *El miedo a la libertad*, pp. 165 ss.

“Ni las peores situaciones de guerra son *inhumanas*”, afirmaba Sartre: “Si participo en una guerra, esta guerra es *mía*. La merezco porque siempre podía haberme sustraído a ella. La he elegido, por flaqueza, por cobardía ante la opinión pública o porque prefiero ciertos valores a la negación de hacer la guerra”¹².

La *sísmica* historia europea de las primeras décadas del siglo XX ha consolidado el rechazo de la concepción teleológica de la *historia*, y de la metodología deductiva y subsuntiva que suponía por su condición de *ciencia del espíritu*, de un *espíritu* cuya *conducta* estaba predestinada. Más que ningún otro, el *fenómeno* del ascenso al poder de figuras como Hitler, Stalin o Putin, y de su acción de gobierno demuestra que ninguna *teoría de la razón práctica* puede desentenderse de los rasgos psicológicos de los actores históricos. Es más, obliga a redefinir el concepto de *razón* incluyendo en él muchos aspectos subjetivos no racionales, y conectándolo con la noción de *forma de vida*. La *comprensión* pasa a concebirse así como una explicación de las razones subjetivas de las acciones y de las causas objetivas de los hechos, como una explicación *no interpretativa*, o al menos como una explicación que *interpreta* en el sentido de que abre espacio para el debate sin aportar necesariamente conocimientos concretos¹³.

II. LAS GUERRAS Y SU COMPRENSIÓN

No es necesario ubicarse en un momento histórico concreto para poder interpretar las palabras de Sartre, ni siquiera salir de la Europa actual para comprobar la vigencia de tales palabras. No parece que los responsables directos e indirectos de masacres como las de los Balcanes durante los noventa o la de Ucrania en 2022 hayan sido menos *humanos* que los participantes en guerras pasadas. Ni los más optimistas que tras la *caída del muro* creyeron que habíamos llegado al *fin de la Historia*, podrían ahora afirmar que ha sido un *final feliz*. La Historia no ha terminado, y si hubiera

12. SARTRE, *El ser y la nada*, pp. 675 ss.

13. HAWTHORN, *Mundos plausibles, mundos alternativos*, pp. 221 ss. La *comprensión* histórica se supedita en definitiva para Hawthorn a la distinción entre *lo real* y *lo posible*, y a su dependencia recíproca: “la comprensión de los asuntos humanos comienza y termina con la experiencia de lo real; pero puesto que gira en torno a lo que es causal y prácticamente posible, no es capaz de producir conocimiento, rara vez será general, y no puede consistir simplemente en desplegar una teoría” (p. 265). Véase también Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*. En una línea cercana a Hawthorn, Habermas ha subrayado la necesidad de huir del *totalitarismo* de una razón instrumental que tiende a *objetivar* toda la realidad, y ha defendido un modelo de razón práctica ajeno a la metafísica, y conectado con la teoría de los actos del habla y con la psicología del desarrollo cognitivo.

terminado no lo habría hecho felizmente, sino *humanamente*; es decir, combinando colectivamente el conjunto heterogéneo de los atributos de los seres humanos, de ninguno de los cuales la Historia puede desprenderse.

La metáfora del laberinto, junto a la de la mosca en la botella y a la del pez en la red, se corresponde con tres modos de concebir el sentido de la historia, con tres *filosofías de la historia* diferentes, a las que para Bobbio deberían añadirse dos más: la concepción *religiosa* de la historia, para la cual la solución existe, pero está fuera de la historia y sólo Dios es su espectador; y la concepción *pantragista* de la historia, según la cual no sólo no hay solución final, sino que tampoco hay soluciones parciales o intermedias. Sin espectadores, o con espectadores impotentes, sólo es posible el sufrimiento inútil, la indiferencia o la desesperación¹⁴.

Bobbio no analizó las *filosofías de la historia* en general, sino que sólo se centró en ellas en relación con el problema de la violencia, y sobre todo de la violencia en forma de guerra, uno de los temas “obligados y predilectos de toda filosofía de la historia por lo que tiene de terrible o fatal”, pero también de “inquietante y fascinante”. De hecho, el punto de partida de muchas *filosofías de la historia* fueron las propias guerras. Algunas han *arrancado* de las guerras del imperio romano, otras de las napoleónicas, y muchas de las dos guerras mundiales. Es más, en gran medida la tarea tradicional de la filosofía de la historia ha sido la de *justificar* las guerras. Y sin embargo, para Bobbio, tras la traumática experiencia bélica del siglo XX habría que invertir esta relación *encomendando* a la guerra la tarea de deconstruir y *dejustificar* la filosofía de la historia, dirigiéndola en un sentido opuesto al de la racionalización del curso histórico de la humanidad, conduciéndola a la “demostración de su absurdidad”. En el contexto de la amenaza de la guerra nuclear como continuación de la segunda guerra mundial, el problema de *dar un sentido a la historia en su conjunto* presupone para Bobbio que seamos ahora capaces de responder a la cuestión del *fin último de la historia*. Pero cuando el propio futuro de la humanidad peligra por el riesgo nuclear, es absurdo plantearse el *sentido de la historia*. No podemos conocer el *fin* último de la historia mientras sea posible que la historia *finalice* de repente. Al poder tener un *final*, un final trágico como sería la desaparición de la vida, la historia deja de tener una *finalidad*. Y no sólo la filosofía de la historia como disciplina científica, sino también la vida de los seres humanos puede convertirse en algo absurdo: “Es sabido que uno de los modos de conferir sentido a la vida individual es, en una concepción inmanentista, el de hacerla confluir con la vida de toda la humanidad; ahora bien, si no logramos ya dar un sentido a la historia en

14. BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, p. 23.

su conjunto, ¿no corremos el riesgo de privar de sentido, es decir, de convertir en absurda, también la vida de los individuos?"¹⁵.

Lo que caracteriza a la metáfora del laberinto aludida por Bobbio es que ninguna boca de salida está completamente asegurada, y que incluso las *salidas* no son salidas definitivas. Lo único que el hombre del laberinto ha aprendido de la experiencia es que hay calles sin salida, *caminos bloqueados*. Al igual que la institución de la esclavitud, o que la Inquisición, la experiencia nazi representa un camino bloqueado. Pero a pesar de ello el historicismo ha seguido tendiendo a considerar que *cada época tiene su verdad*, ante la cual los *contrafácticos* deben rendirse. Si fuera esto cierto, se podría entonces afirmar que ni siquiera la esclavitud fue un camino equivocado porque *no era posible otra solución*. ¿También Hitler, Stalin y Putin tuvieron *su verdad*? ¿Tampoco fue posible actuar de otro modo? La *absurdidad* de la que habla Bobbio es también aplicable a estas dos preguntas. Cuando la institución de la esclavitud se reveló como una calle bloqueada, el camino se abandonó y la institución desapareció. Y la cuestión fundamental no residió en si fue posible otra alternativa, sino en si los motivos de su abolición fueron éticos, o fueron utilitarios o económicos. Este último interrogante demuestra que ante los caminos bloqueados de la historia son posibles actitudes muy diferentes y distantes entre sí. Desde la perspectiva contemporánea el historicismo resulta para Bobbio tan absurdo como la concepción opuesta de la contingencia absoluta, según la cual todo lo que sucede se debe a la libertad del hombre, y por lo tanto podía *no* haber sucedido. En vez de justificarse la historia, como hace el historicismo, se desprecia o se ignora. Ni siquiera habría caminos bloqueados¹⁶.

En el ámbito de la filosofía de la ciencia, von Wright, discípulo, albacea y sucesor de Wittgenstein en Cambridge, ha profundizado en el

15. BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, pp. 24-25.

16. BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, pp. 27-28. Del reino de la contingencia "se deriva el desinterés o el desprecio por la historia, la indiferencia (tan frecuente por otra parte en los espíritus religiosos) ante los acontecimientos del pasado. Para estas filosofías no puede haber caminos bloqueados: ¿quién o qué nos garantiza que la esclavitud no reaparecerá? Efectivamente, no sabemos nada al respecto: el trabajo forzado, que ha hecho su reaparición en las últimas décadas, aunque en momentos catastróficos, es una forma modernizada, y quizá más bárbara y brutal, de esclavitud, es decir, la consideración del trabajo como castigo y expiación de delitos (el aspecto particularmente infame de la esclavitud de hoy es que casi siempre se trata de delitos no cometidos). Pero existe siempre una diferencia respecto de la esclavitud antigua: ésta era aceptada como lícita o natural, y hasta los filósofos la justificaban; los trabajos forzados, hoy, son condenados por la conciencia moral general, y donde se los ha instituido, o se ha desmentido su existencia o se ha adoptado, como justificación, un estado de necesidad momentáneo".

paradigma *explicación vs. comprensión* subrayando las aportaciones de la filosofía hermenéutica para redefinir el concepto de *comprensión*, que en la metodología antipositivista decimonónica se había *psicologizado* acercándose a la idea de *empatía*, de recreación en la mente del *historiador del espíritu* de sus objetos de estudio¹⁷. En el caso que nos ocupa, el historiador, como *científico del espíritu*, *comprendería* a Hitler y a Putin aceptando y entendiendo las motivaciones que le hicieron tomar sus decisiones, por más que esas motivaciones tuvieran a su vez orígenes remotos inaccesibles para el propio historiador. Para von Wright, por el contrario, no se trata de comprender psicológicamente la acción humana, sino de una *comprensión semántica* que penetre en la intención de los agentes mediante el *razonamiento práctico*¹⁸.

Para demostrar la imposibilidad de explicaciones puramente causales de los fenómenos históricos, von Wright se centra en el inicio de la primera guerra mundial. Es un error evidente considerar que la causa del inicio de la guerra fue el asesinato del archiduque Francisco Fernando en Sarajevo en el verano de 1914. Pero sin embargo es innegable que fue uno de los factores que influyó, no sólo en la decisión final de la declaración de guerra, sino también acumulativamente en la aparición de nuevos factores cuya influencia conjunta pudo terminar siendo decisiva. Ello demuestra que la *comprensión histórica* puede consistir en explicaciones que no sean finalistas o teleológicas, sino que asimismo pueden ser, en palabras de von Wright, *cuasicausales*¹⁹.

Tras el asesinato de Sarajevo se encadenaron una serie de acontecimientos. El asesinato provocó la amenaza del gobierno austrohúngaro de declarar la guerra a Serbia si el asesino no recibía un rápido castigo; este ultimátum provocó que el gobierno ruso movilizara su ejército; y así podríamos ir uniendo eslabones hasta desembocar en el inicio material de la guerra. Aunque los eslabones son independientes desde el punto de vista lógico, están íntimamente interrelacionados. Por ejemplo, las primeras decisiones del gobierno austrohúngaro tras el asesinato hubieran sido distintas si éste hubiera tenido lugar en otro país. Una serie de consideraciones relacionadas con los intereses austriacos en los Balcanes determinó las inferencias prácticas que llevaron al gobierno a materializar su amenaza. La reconstrucción histórica de los hechos establece una conexión entre el ultimátum y el trasfondo contextual de los motivos por los que los actores históricos tomaron sus decisiones. Se podría decir que

17. WRIGHT, *Explicación y comprensión*, pp. 24 ss.

18. WRIGHT, *Explicación y comprensión*, pp. 52 ss.

19. WRIGHT, *Explicación y comprensión*, pp. 165 ss.

el asesinato de Sarajevo, como acontecimiento *causal*, puso en marcha o activó una inferencia práctica que estaba latente. La conclusión de esta inferencia fue la emisión del ultimátum, que a su vez activó una segunda inferencia práctica, por parte ahora del gobierno ruso, cuya conclusión fue la movilización del ejército. Y así sucesivamente hasta que la última inferencia práctica tuvo como conclusión el estallido de la guerra²⁰.

La intervención causal del asesinato de Sarajevo para provocar la primera guerra mundial fue concurrente con una serie de factores que globalmente tuvieron ese resultado final. Del mismo modo el Tratado de Versalles condicionó causalmente el surgimiento del nazismo al influir en él junto a otra serie de factores estructurales que preparaban la emergencia de un fenómeno hasta entonces sólo latente. También fue en este sentido el *crack* de 1929 *causa* del triunfo electoral del partido nazi, y la traición de Hitler a Stalin al invadir en 1941 la Unión Soviética fue *causa* de la derrota alemana en la segunda guerra mundial. Incluso podríamos especular con el conjunto de *causas psicológicas* de que Hitler llevara a cabo el holocausto, o de que Putin invadiera Georgia, Crimea o el resto de Ucrania, pero en ninguno de los casos citados la explicación causal sería completa. Requiere la *comprensión* de las *formas de vida* que contextualizaron las acciones producidas alrededor de las causas concurrentes.

Quizás hubiera que encontrar otro verbo distinto de *causar* con un juego semántico según el cual el antecedente no fuera condición suficiente del consecuente. Decir que el hecho A ha *causado* el hecho B hace pensar que el hecho A ha sido *la causa*, la *única* causa de B. Para querer decir que el hecho A ha sido sólo *una de las causas* del hecho B la ausencia de un verbo alternativo obliga a dar un rodeo lingüístico, o en todo caso a sustituir *causar* por algún otro verbo, como *contribuir a* o *influir en*, siempre con resultados imperfectos por la inexactitud de las equivalencias. El asesinato de Sarajevo no *causó* la declaración de guerra, pero sí *contribuyó a* ella, influyó evidentemente en ella. El Tratado de Versalles no *causó* el surgimiento del nazismo, pero sí *contribuyó* para que surgiera, igual que el crack de 1929 no *causó* el triunfo de Hitler en las elecciones de 1932, pero sí *contribuyó* para que triunfara. Y la actitud expansionista de Estados Unidos no *causó* la respuesta de Putin, pero al menos la impulsó. En la medida que no hay una explicación causal única, la interpretación de la diversa influencia de cada una de las múltiples causas que convergen requiere la *comprensión* de las *formas de vida* que contextualizaron las acciones humanas individuales y colectivas que produjeron las causas concurrentes.

20. WRIGHT, *Explicación y comprensión*, pp. 168-169. Véase Anscombe, *Intention*; Alarcón, *Causalidad y normatividad*.

La historia de Hitler y del nazismo, de Stalin y del estalinismo, de Putin y del neonacionalismo ruso, proporciona innumerables ejemplos de cadenas argumentativas similares, en las que los eslabones nunca están unidos por una sola causa. *Comprenderlas* significa profundizar en los contextos que fueron influyendo en el conjunto de tomas de decisiones, las cuales fueron consecutivamente *fabricando* los fenómenos históricos correspondientes. Se podría decir que, a diferencia de la explicación causal, la comprensión es conceptualmente un hecho institucional en tanto que depende siempre de un contexto. Sólo se puede *comprender* que un peón se convierta en una dama en el contexto *institucional* del juego del ajedrez. Sólo se puede *comprender* la creación de una obligación a partir de la emisión de determinados sonidos o de un determinado vertido de tinta sobre un soporte documental en el contexto de la *institución* de la promesa o de la *institución* de la sucesión testamentaria. Sólo se puede interpretar lo emitido o escrito, sólo es posible su *comprensión*, en el contexto de la propia *institución* del lenguaje. Y sólo se puede *comprender* que Hitler, Stalin o Putin llegaran a comportarse tal como lo hizo en el contexto de sus *formas de vida* y de las formas de vida de quienes se relacionaron con él.

La sumisión *voluntaria* a los deseos impulsivos de líderes políticos y sociales como Hitler, Stalin o Putin demuestra cómo muchos seres humanos sitúan sus objetivos *vitales* en las antípodas de su propia vida. La atracción y excitación que suscita la capacidad de destrucción resulta de las tendencias sádicas y masoquistas de quienes han renunciado a la libertad y a la felicidad. En la Alemania de las primeras décadas del siglo XX se dieron las circunstancias para que este fenómeno psicosociológico se produjera de forma exacerbada, pero tras la segunda guerra mundial hemos vuelto a conocer muchas situaciones bastante semejantes. Sigue existiendo una propensión a la violencia que es a la vez la causa y la proyección de comportamientos políticos demasiado similares a los que se practicaron durante la etapa nacionalsocialista.

Fromm no sólo habló de *necrofilia* para referirse a un rasgo individual del carácter, como en el caso de Hitler, sino que también destacó lo *necrofílica* que es en muchos aspectos la sociedad contemporánea, en la que el dominio de las máquinas ha provocado que la realidad se convierta en “una suma de artefactos sin vida”. Se corre así el riesgo de que el *mundo de la vida* se transforme en un *mundo de no vida*, de muerte; y las personas en *no personas*²¹. Una muestra de esta tendencia era para Fromm la frivolidad con la que los gobiernos actúan en relación con el riesgo de conflicto nuclear. Como sugiriera Bobbio al analizar las *filosofías de la historia* desde

21. FROMM, *Anatomía de la destructividad humana*, p. 348.

el punto de vista de la justificación de las guerras, se podría decir que el apocalipsis ya *ocurrió* con el holocausto y el resto de las consecuencias de la actuación de Hitler, cuyo ensayo general de exterminio podría ser el preludio del fin de la humanidad provocado por una eventual guerra nuclear²².

Como *camino bloqueado* de la historia, la guerra es para Bobbio en la era atómica moralmente injustificable. Bobbio afirmaba que a su tesis se oponía la de los *realistas* que no excluyen la posibilidad de la guerra nuclear en tanto que *extrema ratio* que aparece en el contexto de la lucha por el poder; o la de los *fatalistas* que la asumen como un hecho necesario predestinado por el destino ante el que hay que resignarse; o especialmente la de los *fanáticos* que sostienen que el sacrificio de la humanidad es éticamente preferible a la pérdida de ciertos valores superiores. El mismo espíritu autodestructivo que empujó a Hitler a buscar la *merecida* desaparición del *poco valioso* pueblo alemán parece animar a quienes justifican así la autodestrucción de la humanidad, bien sea afirmando que la guerra es un aparente mal que *esconde un bien*, como defiende el *providencialismo*, o afirmando que es un aparente mal *del que deriva un bien*, como ocurre en el caso del finalismo al apelar al progreso moral que acompaña al proceso bélico²³. Contra esta perspectiva finalista, que parece presuponer que la razón profunda de la guerra reside en un defecto humano asociado a un determinado modelo conceptual (el pecado original, el dominio de las pasiones, el contraste entre razón y voluntad, la *grandeza* humana, etc.), Bobbio reclamó no sólo enfrentarse a los instrumentos con los que se ejerce la violencia y a las instituciones que la ejercen, sino sobre todo a las mentalidades de los seres humanos que la justifican: “a los mitos ancestrales de la fecundidad de la violencia y de la regeneración a través de la sangre, a una ética de los políticos que sea sólo una ética del poder”, a quienes siguen viendo en definitiva en la violencia “un medio de rescate o de redención”²⁴. Sólo entonces se podrá superar la dura prueba de la *violencia exterminadora*, evitando así el triunfo definitivo y total del *sadomasoquismo colectivo*, y la derrota correlativa de la vida, y con ella de la libertad.

El proceso educativo es trascendental para *aprender* a querer vivir en libertad y para vacunarse contra la tentación de someterse a poderes externos, que para algunos siguen resultando fascinantes y succionadores. La psicología y la pedagogía contemporáneas han incidido en la influencia decisiva de los estímulos procedentes del entorno familiar y escolar para

22. BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, p. 33.

23. BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, pp. 36-37 y 62 ss.

24. BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, pp. 93-94.

explicar la formación de la estructura del carácter del futuro adulto. De ello dependerá que el individuo crezca desarrollando sus posibilidades creativas a partir de su inmensa potencia intelectual y emocional innata, *haciendo viva su vida* y favoreciendo a su vez la vitalidad de la sociedad y de la naturaleza que le rodea; o que por el contrario renuncie a servirse de su capacidad natural para ser libre entrando en una dinámica oscura de sumisión y repetición de los patrones preestablecidos que irá apagando paulatinamente su originaria positividad vital y acercándole cada vez más a la destrucción y a la muerte física o mental.

El proceso que conduce al incipiente adulto a enfrentarse a la disyuntiva entre la autonomía y la heteronomía es largo y complejo, y está marcado por la evolución de su relación desde la primera infancia con los padres o sus sustitutos. La actitud de éstos determinará el camino vital que tome el niño cuando comience a dejar de serlo. A través de la expresión directa de sus sentimientos, opiniones y emociones, o de la transmisión indirecta de los valores sociales dominantes, los padres *acompañan* a sus hijos en el tránsito desde el *realismo infantil* hasta la percepción objetiva de la realidad material. En un ensayo sobre la naturaleza lógica de las proposiciones valorativas, Ross definió la *realidad moral* como el residuo de la progresiva evolución infantil desde la inconsciencia hasta la consciencia. La indistinción entre consciente e inconsciente se refleja en la primera infancia en la omnipresencia del *deber ser*, que en principio no sólo concierne al comportamiento de los seres humanos, sino también al de la naturaleza. La paulatina delimitación de la consciencia respecto a la inconsciencia produce residualmente la creación de una consciencia moral que ya sólo se centra en una parte de la realidad, en la parcela de la conducta humana que es objeto de valoración ética. La realidad resulta así de un proceso de aprendizaje a lo largo del cual un número creciente de elementos dejan de ser subjetivos al no poder superar el *test de la intersubjetividad*. Pero en un primer momento el niño no distingue entre lo subjetivo y lo objetivo, sino que *reifica* el contenido de la consciencia. Este *realismo infantil* se refleja por ejemplo en que hasta los siete, ocho o nueve años el niño crea que los sueños son una realidad objetiva y material²⁵. Hasta esa edad, como también pusiera de manifiesto Piaget, las normas que gobiernan la realidad se *sienten* a la vez físicas y morales. Pero ello no significa que no haya empezado ya el proceso de creación de la idea de *deber*, resultante de las experiencias infantiles en las que no es posible la imitación inmediata del comportamiento paterno. El desarrollo de este proceso presupone un sentimiento de respeto hacia las autoridades paternas, afirma Piaget, de un *respeto* concebido como muestra de la vinculación personal

25. ROSS, *On the Logical Nature of Propositions of Value*, pp. 188-189.

con el padre. El *universo* está dominado durante la primera infancia por la equivalencia entre *ser* y *deber ser*, por la aceptación de que la realidad *es* como *debe ser*, y también por la idea de que las acciones humanas deben responder a un orden universal, que por consiguiente regula tanto lo físico como lo ético. El sentimiento de respeto no es asumido por el niño ante el carácter obligatorio de la regla prescrita por un sujeto, sino ante el sujeto en sí mismo, desdoblándose como sentimiento de deber y obediencia respecto a él. Antes de la intervención paterna no existen para el niño reglas imperativas, ni por tanto deberes, sino sólo *reglas motrices*, regularidades espontáneas, pero cuando tiene lugar la intervención el niño pasa a aceptar las pautas paternas, y con ellas también las leyes físicas, como moralmente necesarias²⁶.

Lo que Piaget denomina *realismo moral* es así la tendencia a considerar los deberes y valores como heterónomos, ya que se identifica la bondad con las normas emanadas de los padres. La conciencia no juega todavía ningún papel, hasta el punto de que, como Piaget subraya, el niño sigue la *letra* de la ley, no su *espíritu*, y su responsabilidad es además objetiva, independiente de su intención, contando sólo el resultado de la acción. Existe una correspondencia entre la teoría valorativa y la práctica valorativa. Al seguimiento inconscientemente egocéntrico de la norma que se desprende del sentimiento de respeto hacia quien la establece le corresponde un juicio teórico que hace de la norma una "realidad mística y trascendente". En palabras de Piaget, la experiencia práctica moral se construye paulatinamente en contacto con los hechos y con los conflictos, y desemboca en juicios de valor que orientan al niño para decidir en cada situación particular y para evaluar los actos externos relacionados con los suyos. Pero en ocasiones tal práctica se convierte en *teoría* para valorar los actos ajenos que no le afectan o para enunciar principios morales generales. La aparición de estos principios generales es un reflejo de la presencia de un nuevo tipo de sentimiento de respeto, que ya no es completamente heterónimo, sino que comienza a responder a la reciprocidad y a la cooperación social, lo que va facilitando la autonomía moral²⁷.

Piaget hablaba de dos morales distintas resultantes de dos procesos paralelos: la presión moral del padre que provoca la heteronomía y el realismo moral, y la progresiva cooperación social que provoca la autonomía moral. El primero de estos procesos es la base de la obligación moral y el sentimiento de deber, que a su vez conllevan la conceptualización del *bien* como conformidad con la voluntad del adulto y, como tal, como ideal

26. PIAGET, *El criterio moral en el niño*, pp. 70 ss.

27. PIAGET, *El criterio moral en el niño*, pp. 146 ss.

consciente cuyo seguimiento es más espontáneo que coercitivo. Pero, paulatinamente, el niño comienza a obedecer la norma como contenido objetivo más que al sujeto que la crea, con lo que nace la autonomía moral y se descubren las ventajas del respeto mutuo y de la reciprocidad, las cuales empujan a buscar ideales independientes de la presión exterior. La necesidad moral es así el fruto de la relación intersubjetiva, ya que responde a la concienciación del beneficio mutuo que comporta el seguimiento de reglas sociales²⁸.

El sentimiento de justicia surge en buena medida a partir del respeto mutuo, y es definido por Piaget como la “condición inmanente o ley de equilibrio de las relaciones sociales”. Pero también influye en él la moral de la autoridad o conjunto de mandatos paternos imitativamente seguidos, que puede hacer confundir lo justo con lo meramente establecido y con el reconocimiento de la sanción expiatoria. Esta moral de la autoridad, a la que Piaget también denominaba *moral del deber* o *moral de la obediencia*, se combina en el niño con la moral del respeto mutuo o *moral del bien*, que frente a la primera es la fuente del sentimiento de justicia distributiva, igualitaria y solidaria. El equilibrio entre estas dos morales es un equilibrio siempre difícil e inestable porque, paradójicamente, la segunda requiere para su plena realización el pleno desarrollo de la primera, pero también su superación sin dejar pendientes elementos reprimidos²⁹.

La génesis social de las conciencias morales colectivas sigue de algún modo un proceso similar. Cuando los individuos que forman las sociedades confían en su capacidad de autodeterminación para elegir las pautas que rijan sus formas de vida y se conciencian de sus posibilidades para desarrollar su libertad con autonomía y fe en sí mismos, dejan de estar anclados en la *moral de la autoridad*, dejan de estar sometidos exclusivamente a deberes externos. Pero si tal confianza en la suficiencia humana para encarar los problemas sociales no existe, y se elude buscar soluciones que resulten de la cooperación y de la deliberación racional conjunta, entonces los seres humanos se inhiben poniéndose en manos de alguna autoridad que sepa administrar adecuadamente su *libertad natural*, la cual deja aparentemente de ser una fuente de ansiedad ante la obligación angustiada de enfrentarse continuamente a la toma de decisiones. Si a nivel individual el hombre paga entonces el precio de convertirse en un ser neurótico, a nivel colectivo podría decirse igualmente que se construye una *sociedad neurótica*. Un niño puede llegar a *adaptarse* a situaciones de sumisión como mal menor ante la alternativa de recibir castigos por

28. PIAGET, *El criterio moral en el niño*, pp. 164-165.

29. PIAGET, *El criterio moral en el niño*, pp. 167 ss.

parte de su padre o su maestro, incluso a costa de reprimir su agresividad contra la fuente de dominación, y tal adaptación le producirá angustia y le hará neurótico. Y algo similar le ocurre a una sociedad que a lo largo del tiempo aprende que la contestación ante la actitud opresora e inflexible del poder es contraproducente porque provoca una mayor firmeza por parte de la autoridad. Se conforma una sociedad dócil y sumisa a costa de reprimir su inclinación natural a la defensa, una sociedad que *enferma* por no canalizar su agresividad y queda neurotizada. Del mismo modo que el niño neurotizado es después un adulto con dificultades para la cooperación interindividual, también la sociedad neurótica se resiste a racionalizar los procesos sociales buscando respuestas a los conflictos mediante el diálogo, la discusión libre y la argumentación, y por el contrario prefiere la negación de la democracia y de la libertad, y opta por el seguimiento compulsivo y dogmático de normas externas. La sociedad puede no ser ya *joven*, puede tener muchos siglos de historia, pero puede también haber quedado anclada en el pasado mediante su incapacidad de superar sus vínculos *primarios* con una serie de mitos nacionales fundacionales que impiden su emancipación. Con el paso del tiempo la incapacidad para regir su propio destino empuja a la sociedad a crear otros vínculos diferentes, unos vínculos *secundarios* que por su propia naturaleza no pueden dar la absoluta seguridad que proporcionaban los primarios, con lo que sólo queda el recurso de buscar a alguien que la conduzca, a un conductor, a un *conducator*, a un *fuhrer*, a un *zar*. La deriva de la sociedad es similar a la del niño que tras terminar la fase en la que se vincula primariamente con la madre, el padre y el resto de figuras familiares y educativas cercanas, comienza a ser consciente de su autonomía y de su capacidad potencial para vivir por sí mismo. Si no sabe utilizar la libertad recién conquistada creativa, productiva y enriquecedoramente podrá limitarse a sentir angustia y pánico ante la sensación de aislamiento social, y para combatir su neurosis creará unos vínculos secundarios que le encadenarán y someterán a una nueva autoridad³⁰.

Treinta y cinco años después de escribir *El miedo a la libertad*, en *Tener o ser*, Fromm incidió en la importancia de distinguir entre lo que denomina *tener autoridad* y *ser autoridad*. Por *tener una autoridad* entiende tener una autoridad *irracional*, detentar el poder satisfaciendo necesidades de dominio y de imposición de la voluntad propia sobre la ajena. Por *ser una autoridad* entiende ser una autoridad *racional*, basada en la capacidad para favorecer a quienes son objeto de la misma en un contexto relacional de apoyo, cooperación y ayuda mutua³¹. Esta distinción es perceptible en el

30. FROMM, *El miedo a la libertad*, pp. 156 ss.

31. FROMM, *Tener o ser*, pp. 50-51.

ámbito de las autoridades políticas, pero también en el de las autoridades familiares y en el de las autoridades educativas. En todos los casos se puede afirmar que quien *es una autoridad* ha conseguido un alto grado de desarrollo e integridad de su personalidad. Para quien *es una autoridad*, no resulta necesario *serlo*, no resulta necesario conectarse con los demás a través de órdenes y prescripciones. Ser una autoridad no es la consecuencia de una necesidad o de un impulso psicológico, sino el reflejo de un determinado posicionamiento ante la vida, basado en el desarrollo de la libertad y la creatividad. Esa disposición se refleja a su vez en las personas sobre las que se ejerce la autoridad, que tenderán a sentirse respaldadas y protegidas por la autoridad sin tener que formar una relación simbiótica con ella, con lo que podrán también potenciar con más facilidad sus posibilidades y capacidades para *construirse* una vida libre y creativa.

De una forma similar, Bochénski también diferenció la autoridad como *propiedad* de la persona autoritaria, de la persona que *tiene* autoridad, de la autoridad como *relación* entre quien *es* autoridad y quien la sigue en tanto que se siente respaldado por ella. Como *relación*, la autoridad no debe consistir sólo en la capacidad para ordenar (autoridad *deontológica*), sino que debe significar también capacidad de conocer, de saber (autoridad *epistemológica*)³². Es más, la *autoridad como relación* no es para Bochénski conceptualmente bilateral o *binaria*, sino *ternaria*, porque además del *portador* de la autoridad y del *sujeto* que se favorece, existe en ella un tercer elemento: el *ámbito* en el que se desarrolla la autoridad, que puede provocar que portador y sujeto intercambien sus papeles. Quien es una autoridad en un determinado ámbito, puede seguir a otra autoridad en un ámbito diferente en el que no sea autoridad, y viceversa. De ese modo la autoridad pierde su carácter intrínsecamente vertical y jerárquico y puede horizontalizarse. El fascismo, dice Bochénski, cometió el error de presuponer que una persona podía *ser* autoridad en todos los ámbitos, podía ser una autoridad absoluta, y así se basó en el axioma *Mussolini ha sempre ragione*. Trató de sustituir la autoridad epistemológica de la que carecía mediante la fe ciega e irracional para justificar la sumisión ante el líder, configurándose así como un sucedáneo de la religión³³.

Desde que las sociedades dejaron de sustentarse en la caza y la recolección, complejizándose y jerarquizándose más acentuadamente, la autoridad tendió a irracionalizarse y *alienarse*, al sustituir la verdadera capacidad interior para *ser* una autoridad por sus manifestaciones externas

32. BOCHÉNSKI, *¿Qué es autoridad?*, pp. 60 ss.

33. BOCHÉNSKI, *¿Qué es autoridad?*, pp. 98 ss.

y superficiales³⁴, que podían confundir y cegar a quienes la seguían, como en el cuento de Andersen que narra la aparente belleza del traje nuevo de un emperador que realmente va desnudo. Formando un círculo vicioso, esa confusión y esa ceguera son incentivadas si desde sus primeros años el individuo ha padecido la presión de autoridades paternas o escolares para las que el *poder* no es un instrumento que contribuya a la racionalización y ordenación de las relaciones sociales, sino un fin en sí mismo que representa la expansión de la voluntad de dominio y del deseo de someter. Del mismo modo que se puede aprender a ser libre, se aprende a ser sumiso. La tendencia a la sumisión que se expresa en la vinculación antilibertaria con el poder político autoritario es casi siempre la continuación de una sumisión *aprendida* desde la primera infancia, cuando al niño se le enseña y recompensa por su docilidad, por su obediencia y por no cuestionar la supuesta racionalidad intrínseca de las normas que recibe.

Si quien ocupa una posición de autoridad no se limita a *tener autoridad*, y realmente *es autoridad*, influirá en que las personas a quienes se dirige tengan más confianza en sí mismas y sean a su vez más propensas a *ser* autoridad en muchos campos de su vida sin necesidad de *tener* una autoridad y un poder que constituya un fin en sí mismo. En relación con esta oposición está la que opone paralelamente en el ámbito cognoscitivo a la educación para *tener conocimiento* y la educación para poder *ser conocedor*. Una autoridad educativa que *sea* autoridad más que *tenerla*, fomentará que el estudiante no se limite a *poseer* gran cantidad de información y conocimiento, sino que goce de su capacidad para investigar las raíces profundas de la realidad de un modo activo y crítico.

Adiestrarse creativamente en los métodos para la adquisición de conocimiento, como también en el aprovechamiento de nuestras capacidades para construirnos una existencia rica sensitiva e intelectualmente, es la mejor forma de apartarse de la tentación de renunciar a la libertad y someterse a poderes externos. Hay maneras más sanas de afrontar el hecho de la individualidad humana que pueden conducir a su plena realización tras la ruptura paulatina, sostenida y equilibrada de los vínculos primarios. Si estos vínculos primarios no se han basado sólo en la autoridad incuestionable que tienen los padres, y por el contrario se han vivido como una red de actitudes y conductas paternas no sólo dirigidas a la protección negativa y pasiva de los hijos, sino sobre todo al fomento de su capacidad para armarse emocionalmente ante los eventuales embates de la vida, será mucho más fácil que en el futuro los individuos adultos eviten dinámicas de dominio y sumisión, tanto en lo que se refiere a las

34. FROMM, *Tener o ser*, p. 52.

relaciones amorosas o a las relaciones laborales, como en lo relativo a su participación en el proceso político.

Hitler, Stalin, Putin y tantos otros dictadores han tenido tanta autoridad porque no *eran* autoridad, porque desde su juventud su vida estaba vacía y *alienada*. Basta con echar un somero vistazo a sus biografías. Su alienación le llevaba a servirse del pueblo alemán o del ruso como instrumento para la satisfacción de sus irrefrenables e insaciables necesidades sádicas, por más que se adornaran con promesas y se revistieran de un ropaje ideológico. Antes que Freud, ya Marx concibió la historia como una lucha entre la liberación y la alienación, entre la vida y la muerte, una lucha que en la sociedad capitalista mantenía el hombre contra las cosas, y que en cada ser humano libra la tendencia a la libertad y a la creatividad contra los impulsos hacia el sometimiento y la destrucción. Freud reelaboró su teoría de las tres instancias psíquicas centrándola en el contexto de la antítesis entre la pulsión de vida y la pulsión de muerte. El sadismo, como el masoquismo, representa la victoria de la pulsión *tanática* sobre la *erótica*, el triunfo de la muerte sobre la vida después del fracaso del individuo en su intento de recorrer equilibrada y compensadamente las diversas etapas de su desarrollo evolutivo. Ambos provienen de la neurosis asociada a la imposibilidad de superar el complejo de Edipo, que distorsiona al *superego* y lo deja en manos del *ello*, de un inconsciente que produce necesidades sólo saciables mediante el dolor propio o ajeno, mediante el dominio y la sumisión³⁵. Tanto el sadismo como el masoquismo encubren un sentimiento de inferioridad latente que impide relacionarse igualitariamente y disfrutar de la libertad innata con la que nacemos.

El riesgo de emergencia de vínculos simbióticos enfermizos, como los que *apegan* patológicamente a los miembros de una sociedad con el detentador del poder, no es desde luego exclusivo del ámbito político. Las relaciones familiares, las relaciones amorosas y en general todas las formas de relación social siguen corriendo el peligro de estructurarse simbióticamente como uniones marcadas por los deseos más o menos conscientes de dominación y sumisión. De hecho, la alerta ante la amenaza de la aparición de autoridades políticas dañinas y destructivas no puede aislarse de la vigilancia genérica que se debe ejercer ante la posible presencia de manifestaciones *sadomasoquistas* en cualquier vertiente de la vida social.

Comparto la tesis de Fromm de que estas manifestaciones tienen su origen en la incapacidad humana para afrontar la transición entre la etapa infantil, en la que el individuo está *blindado* por los elementos externos que le proporcionan seguridad y le permiten satisfacer sus necesidades,

35. FREUD, *El problema económico del masoquismo*, pp. 206 ss.

y la etapa juvenil en la que el nuevo adulto debe apoyarse en la libertad alcanzada, y desplegarla para construir una vida rica y diferenciada en la que poder expresar sus capacidades emocionales e intelectuales en conexión activa con el resto de la sociedad y con la naturaleza. El fracaso en esta labor constructiva puede hacerle retroceder y sentirse superado por la sensación de aislamiento e impotencia ante el mundo circundante, lo que le puede empujar a anhelar la creación de relaciones con otros seres humanos caracterizadas por ser fallidas soluciones para los problemas intrínsecos a la individualidad. La angustia ante la alternativa de la soledad puede propiciar que estos nexos se vivan como condiciones imprescindibles para la subsistencia emocional, cuya ruptura volvería supuestamente a dejar indefenso al individuo. Ante el pánico que le provoca esa alternativa, se esfuerza en mantener los vínculos pareciendo ignorar los corrosivos elementos de dominio y sumisión que con frecuencia están presentes en ellos, y que impiden así que a través de los mismos se resuelvan realmente sus conflictos existenciales. En su combate contra la soledad, el *yo* renuncia a sí mismo fundiéndose con algo o alguien exterior cuya fuerza y poder agranda para tratar de sentirse más seguro. Es ahora parte integrante de una entidad superior que aparentemente le proporciona protección y confianza, pero que verdaderamente le está absorbiendo toda su libertad original y *desnudándole* de su propia potencia humana. Tanto el líder dictatorial como el Dios omnisciente, el padre intolerante o la pareja amorosa dominante cumplen la función de administrar la libertad del individuo sometido, que en cierto modo pierde su condición de adulto, y a la vez la posibilidad de que su vida tenga sentido. El individuo se desresponsabiliza de su propio destino negándole significado a su propia identidad personal. Ahora pertenece a otro ser, real o ideal, dentro del cual se siente, como explícitamente decía E. Hertel en su carta a Hitler de 1934, como “una pequeña partícula entre las millones que componen el pueblo alemán”³⁶.

Una vez instalada la relación simbiótica, se genera un círculo vicioso de dependencia mutua cuya ruptura resulta cada vez más complicada. No sólo el individuo sometido depende compulsivamente del poder dominador, sea éste político, religioso, familiar o amoroso, sino que inversamente la supervivencia de este poder está también supeditada a la existencia de los individuos que se someten a él haciendo posible la satisfacción de sus necesidades irracionales de mando y dominio. Los ejemplos de Hitler, Stalin y Putin son paradigmáticos. El sadismo les impulsó a procurar el dominio completo del mayor número posible de seres humanos, para

36. EBERLE (ed.), *Cartas a Hitler. Documentos de los archivos de Moscú*, p. 147. Véase Fromm, *El miedo a la libertad*, pp. 156 ss.

lo cual se sirvió de estrategias encaminadas a producir sistemáticamente sufrimiento, destrucción y terror. Pero a la vez *borró* su propia existencia después de comprobar su impotencia para sostenerse como individuo adulto. Distorsionó sus propios fines humanos naturales sublimándolos y suplantándolos a través de las ideas de *nación*, *historia* o *destino*, que encubrían la paralela desaparición de su *yo*, apagado definitivamente tras el punto de inflexión de la guerra cuando percibió que pronto iba a perder sus objetos de dominio. Al igual que los sumisos alemanes que confiaron ciegamente en él, disolviéndose como seres humanos en el seno de su gigantesco poder, también Hitler perdió su individualidad al *entregarse* a Alemania y a los alemanes. Compartió con sus seguidores la necesidad compulsiva de destrucción y autodestrucción que le acompañó hasta el momento de su suicidio.

III. LA SOMBRA ALARGADA DEL SADISMO

En uno de sus últimos libros, Dahrendorf analizó los motivos de que tantos intelectuales se dejaran seducir por el nazismo y por la *tentación esclavizante* de ceder la libertad a un poder totalitario. Y lo hizo consciente de que en el siglo XXI todavía existe el riesgo de construir nuevos *dioses* a los que adorar y seguir irracionalmente, de que las fronteras entre los *tiempos convulsos* de la primera parte del siglo XX y los *tiempos actuales* no son claras ni están definidas³⁷.

Junto al estalinismo, el nacionalsocialismo fue definido por Dahrendorf como “tentación de servidumbre que induce a renunciar a la libertad”³⁸. *Tentación* en tanto que impulso irracional que conduce a *capitular* ante él, a rendirse y entregarse, derrotados y subyugados ante la atracción y la seducción que ejerció. No fue difícil para muchos dejarse atrapar por el enganche emocional y cuasireligioso basado en la idea de que Hitler era un salvador providencial que regeneraría la nación alemana, algo que se ha repetido en buena medida posteriormente con figuras como Putin. Para conseguirlo necesitaba la ayuda del pueblo, que sumisa y sacrificadamente debía dedicarse a seguir las pautas marcadas por el dirigente

37. DAHRENDORF, *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria*. Véase Arendt, *Tiempos presentes*.

38. DAHRENDORF, *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria*, p. 20. Ambas *tentaciones*, resalta Dahrendorf, se reforzaban mutuamente: “A nivel internacional, la tentación que supuso el comunismo para los intelectuales fue incluso algo mucho más seductor. Ambas tentaciones se impulsaban mutuamente: un motivo para el fascismo era ya la lucha contra el bolchevismo; un motivo a favor del comunismo era ya el antifascismo”.

máximo. Se renunciaba a la libertad, pero gracias a ello se obtenía la fusión con una entidad todopoderosa que supuestamente solucionaría los conflictos existenciales derivados de la inmensa angustia que provocaba la sensación de soledad, aislamiento, insignificancia e impotencia derivada de la irrupción de la modernidad³⁹.

El principal factor constitutivo del nacionalsocialismo fue para Dahrendorf el “sentimiento de pertenencia solidaria”, que se plasmaba en la necesidad de establecer *vínculos* con nuevos *padres*. Tras la derrota en la primera guerra mundial, la caída del imperio, la fugaz revolución y la hiperinflación, la *excesivamente* libertaria República de Weimar no había logrado que los perdidos, atomizados y huérfanos alemanes hubieran encontrado elementos sustitutivos de los primeros vínculos familiares. Sí los proporcionaba el nacionalsocialismo, tal como había precisado y reclamado Heidegger en su discurso de toma de posesión como rector de la Universidad de Friburgo, en mayo de 1933: El estudiantado alemán estaba ya en marcha, afirmaba Heidegger, y lo que buscaba es “un Führer por cuyo medio eleve a verdad fundada su propia vocación”. La libertad académica debía ser expulsada de la universidad por su negatividad e inautenticidad, por su “ausencia de compromiso en el hacer”, y sustituirse por un concepto verdadero de libertad basado en tres tipos de vínculos: el vínculo con la *comunidad nacional*, que obliga a participar y compartir los esfuerzos, deseos y capacidades de todos los miembros y estamentos de la nación, y que se debe afianzar a través del *servicio del trabajo*; el vínculo con *el honor y el destino de la nación*, que exige la voluntad disciplinada de entrega ilimitada, y que se debe materializar a través del *servicio de las armas*; y el vínculo con la *misión espiritual del pueblo alemán*, que “forja su destino colocando su historia en medio de la manifiesta hegemonía de los poderes de la existencia humana que configuran el mundo y luchando, una y otra vez, por conseguir su mundo espiritual. El pueblo exige “a su Führer, desde sí y para sí, la más severa claridad del más elevado, amplio y rico saber”, con el que la juventud alemana se vincula a través del *servicio del saber*, al cual deben *someterse* todas las profesiones, y la educación para formarse en ellas, al amparo de un estado que “exige del pueblo trabajo y lucha”. El saber es *acción* acerca del pueblo, y *voluntad* acerca del destino del estado, y se unen con “el saber de la misión espiritual” para crear la “esencia plena y originaria de la ciencia”, cuya enseñanza disciplinada es garantizada por el Führer del destino alemán”⁴⁰.

39. DAHRENDORF, *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria*, pp. 26-27.

40. HEIDEGGER, *La autoafirmación de la universidad alemana*, pp. 13-15. En el mismo trascendental 1933 en el que, en su discurso al tomar posesión como rector de la

Los tres tipos de vínculos que mencionaba Heidegger eran, “por el pueblo al destino del estado *en el seno de una misión espiritual*”, igualmente originarios del *ser alemán*, y los tres *servicios* que surgían de ellos eran igualmente necesarios⁴¹. Sin embargo, como destaca Dahrendorf, su carácter vinculante era tan artificial como la ideología de sangre y suelo (*Blut und baden*) que los fundamentaba, y por ello la creación de los vínculos no aportaba soluciones reales para combatir la desestructuración emocional que desbordaba a muchos millones de alemanes. Las escenificaciones grandiosas, ritualistas y estetizantes en las que participaban interminables masas ordenadas y *desfiladas* servían para hacer revivir la ilusión de que la *redentora* unión simbiótica era posible, pero no contribuían sustancialmente, sino que por el contrario trasladaban al pueblo los anhelos destructores procedentes de la autoridad endiosada⁴².

El sentimiento de pertenencia solidaria, traducido en la creación de vínculos con la comunidad nacional, con el honor y el destino, y con la misión espiritual del pueblo, presuponía “la consagración del principio de la jefatura”, que significaba la emergencia de un poder carismático que desde sus inicios revestía un carácter apocalíptico. La *unicidad* de la figura del dirigente máximo y la ausencia de previsiones normativas sobre una eventual sucesión parecían mostrar que, si Hitler desaparecía, el *III Reich* lo haría con él. Y de hecho Hitler dedicó gran parte de sus últimos años

Universidad de Friburgo, Heidegger analizaba el vínculo del pueblo con el nazismo, respondía también a la acusación que Arendt le había dirigido de filonazismo y antisemitismo: “Quien quiera llamarlo *antisemitismo furibundo* que lo haga. Soy hoy en día tan antisemita en cuestiones universitarias como lo era hace diez años” (Arendt / Heidegger, *Correspondencia 1925-1975*, p. 67).

41. HEIDEGGER, *La autoafirmación de la universidad alemana*, pp. 15-16. Este concepto originario de ciencia no sólo obliga para Heidegger a la *objetividad*, sino sobre todo “a que el cuestionar, en medio del mundo histórico-espiritual del pueblo, sea esencial y sencillo. Más aún, sólo desde ahí es posible fundar auténticamente la objetividad, esto es, delimitar cuál es su tipo y cuáles sus límites. La ciencia, tomada en este sentido, tiene que convertirse en el poder configurador de la corporación de la universidad alemana. Lo cual significa dos cosas: que profesores y alumnos tienen, cada uno a su manera, que estar y permanecer poseídos por este concepto de ciencia. Pero, a la vez, que este concepto de ciencia tiene que insertarse, configurándolas, en las formas fundamentales en cada una de las cuales profesores y alumnos ejercen su labor científica en comunidad. (...) Partiendo de la referida esencia de la ciencia, una cosa evidentemente sabemos: que la universidad alemana sólo llegará a tomar forma y poder cuando los tres servicios –del trabajo, de las armas y del saber– se reúnan originariamente en *una* única fuerza conformadora. (...). Todas las facultades de la voluntad y del pensamiento, todas las fuerzas del corazón y todas las capacidades del cuerpo tienen que desarrollarse *mediante* la lucha, aumentar *en* la lucha y conservarse *como* lucha” (*ibid.*, pp. 16 ss.).
42. DAHRENDORF, *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria*, pp. 29-30.

de vida, desde que a finales de 1941 fracasó en la toma de Moscú e intuyó la inevitabilidad de la derrota bélica, a *deconstruir* caótica y brutalmente la nueva Alemania que había creado.

¿En qué consistía, no sólo para el ciudadano medio sino también para muchos intelectuales, la seducción y fascinación que dimanaba de Hitler, no muy diferente de la que hoy en día percibimos en demasiados lugares? No basta con responder que la Alemania de los años veinte era una *democracia sin demócratas*, afirmaba Dahrendorf, ni que la libertad recién alcanzada estaba directamente conectada con la idea del imprescindible orden que debía regir en la sociedad. Menos todavía referirse al *carácter nacional* o al *alma de un pueblo*⁴³, consideraciones que igualmente cabrían respecto a la Rusia del siglo XXI. Para Dahrendorf es preferible centrarse en la “glorificación de la causa”, en la religiosidad más o menos sucedánea de la *misión* de Hitler, quien era visto como un salvador providencial que podía llegar a hacer *milagros*, lo cual estaba muy relacionado asimismo con el concepto de *nación* como entidad ideal con plena supremacía sobre el individuo; una idea básica para que encajara la apelación a unos grandiosos y glorificadores valores nacionales que estaban muy por encima del bienestar y la felicidad personal, completamente subordinados a su consecución. El pretexto del *diktat* de Versalles se utilizaba recurrentemente para persuadir a quienes dudaban respecto a la primacía de los fines colectivos sobre los individuales, respecto a la fortaleza del *Estado nacional*, como “única envoltura del dominio del derecho”, que primaba sobre *vid.* los egoístas intereses particulares⁴⁴.

-
43. DAHRENDORF, *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria*, p. 31. “¿En qué consistía, sobre todo para los intelectuales, esta seducción?”, se pregunta específicamente Dahrendorf. “¿Era una *fatal fascination*, una especie de defecto de orden psíquico? ¿Y por qué se difundió, de una forma especial, en Alemania? Éstas son preguntas que vienen ocupando desde hace décadas a historiadores, sociólogos y a otros muchos. (...). En la historia alemana sólo se habían dado algunos inicios de surgimiento –y, la mayoría de las veces, limitados a determinadas regiones– de una burguesía consciente de sí misma y que entendiera como una oportunidad para su realización las incertidumbres de la vida y hasta el desorden de las cosas humanas. Para los ciudadanos cultivados y, sobre todo, los funcionarios del estado, la libertad estaba estrechamente vinculada al orden, de modo que cuando el *desorden* de la democracia y de la economía de mercado llegó demasiado lejos, fue bien recibido un personaje así, que prometía restablecer de nuevo el orden”.
44. DAHRENDORF, *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria*, pp. 31-32. “La grandeza nacional podía convertirse en una verdadera embriaguez, que absorbía y desencadenaba toda clase de frustraciones”, afirma Dahrendorf. Las frustraciones no sólo estaban relacionadas con las imposiciones externas de la posguerra, sino también con la retórica de “la *nación atrasada* que se encuentra, al fin, a sí misma, es decir, con sueños completamente abstractos”.

Sin embargo, el nacionalsocialismo significó el descarrilamiento de ese *Estado nacional*, recuerda Dahrendorf, al articularse mediante una actuación internamente represiva e intolerante, y externamente agresiva y belicista. Dahrendorf habla de una *ideología de represión* y de una *ideología de agresión*, pero pronto pasa a precisar que los elementos viscerales se superponen sobre los racionales e ideológicos. Y así subraya que el *paquete* que forman los vínculos con el nazismo está vacío de contenido, revelándose realmente como un “envase tramposo”. Está, eso sí, *adornado* de ornamentos como el enaltecimiento de la violencia y la dialéctica *amigo-enemigo*, que contribuyen a explicar lo tentador que fue. Tan tentador como desoladoramente frustrante y decepcionante. La fascinación se desvaneció, y en su lugar sólo quedó la falta de libertad y la violencia para mantenerla. Porque “el caudillaje no crea, propiamente, un orden, sino un séquito sectario encaminado hacia el apocalipsis”⁴⁵.

En los comienzos del siglo XXI el riesgo de crear nuevos *dioses* terrenales al que aludía Dahrendorf continúa. Todavía vivimos *tiempos convulsos* y peligrosos para la libertad. Y la prueba de ello es que los apoyos fundacionales del nazismo citados amenazan con revivir en muchas partes del mundo. Lamentablemente, seguimos dispuestos a renunciar a nuestra libertad en aras de obtener una falsa seguridad derivada del *apego* a autoridades que suplan la extinción de nuestros vínculos primarios.

Sesenta años después de haber abandonado el bunker de Berlín donde pasó junto a Hitler las últimas semanas de la guerra, Loringhoven dio el paso de publicar sus memorias. Tras relatar detalladamente la vida cotidiana en el búnker, el arrepentido nazi nonagenario concluyó alertando ante el riesgo de ignorar que la terrible experiencia de la dictadura nazi, de la guerra y del holocausto forma parte de la historia de la humanidad, una historia que no puede dejar de iluminar la memoria para prevenir el retorno del totalitarismo. Por eso acaba afirmando que aunque el recuerdo lúcido del pasado no debe forzar a las generaciones futuras a un *mea culpa* permanente, sí constituye una indispensable obligación de vigilancia⁴⁶.

El totalitarismo nazi consiguió la “superfluidad humana”, afirmó Arendt. A través del *mundo* de los campos de concentración y exterminio, un mundo de *moribundos*, atrapó con la lógica irracional de la *superstición ideológica* el cuerpo y el alma de millones de seres humanos. Esta *lógica* tenía como premisa mayor la necesidad y el deseo de Hitler de dañar, dominar y destruir, y se trasladó a otros cuantos de millones de fieles

45. DAHRENDORF, *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria*, p. 33.

46. LORINGHOVEN, *En el búnker con Hitler*, p. 163.

seguidores que *repercutieron* su sumisión a Hitler sometiendo a las víctimas en los campos, anulándolas como ellos estaban a su vez siendo anulados. La superfluidad *unió* a víctimas y verdugos transmutando revolucionariamente la sociedad y transformando en cierto sentido la propia naturaleza humana, cuya *reacción* fue analizada y comprobada en el *laboratorio* que supuso la institución fundamental de los campos de concentración y exterminio. Los lemas nihilistas *todo está permitido* y *todo es posible* se tradujeron exacerbadamente en el aplastante *todo puede ser destruido*. Y al destruir no sólo vidas humanas, sino también normas ancestrales, la experiencia constituyó un precedente que lamentablemente se repite a otra escala en el mundo actual, que para muchísimas personas es también un colosal campo de concentración del que es imposible huir, tan imposible como combatir esa misma *superfluidad*. Hizo bien Arendt en alertar ante la situación política, social y económica de la era posnazi, en la que el deslumbrante progreso esconde la *tácita conspiración* con instituciones totalitarias presentes en la mayoría de los países. La refundación de nuevas *fábricas de aniquilación*, como *solución* para el problema de “las masas humanas económicamente superfluas y socialmente desarraigadas”, en palabras de Arendt, constituye tanto en el orgulloso *norte* como en el desheredado *sur* una tentación atractiva, y asimismo una dura advertencia: la de que las soluciones totalitarias pueden sobrevivir a la caída de los regímenes totalitarios como el que Hitler armó⁴⁷.

Al focalizar el holocausto desde el punto de vista de las creencias, Goldhagen pretendió invertir el planteamiento marxista concibiendo el *ser* como algo determinado por la *conciencia*. Similarmente a como Weber vinculó la emergencia del capitalismo al surgimiento previo de la conciencia religiosa reformista, recolocando así la pirámide estructuralista del marxismo, Goldhagen incidió en la fuerza interior que engendró la influencia de las *formas de vida* de Hitler, algunas veces presentadas a través de su histórica retórica pseudoideológica, y otras veces a través de la acción directa. La *revolución* que promovió Hitler fue sobre todo una revolución interior que transformó las mentalidades, las necesidades y los deseos de los alemanes, con lo que resultó a la vez constructiva y destructiva. *Construyó* un hombre nuevo capaz de *destruir* masiva y sistemáticamente. Por eso los campos de concentración y exterminio fueron el elemento paradigmático para el desarrollo institucional de las ansias sádicas generalizadas que dirigirían a ese *nuevo hombre*. Podría decirse que constituyeron una institución revolucionaria en el sentido de que *gestionaron* una *protorevolución cultural* con la que ya Hitler, décadas antes que Mao y que su aprendiz camboyano Pol Pot, se propuso romper con los *decadentes* modelos

47. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, pp. 686 ss.

ilustrados, que sobre todo desde el pragmatismo reclamaban la inmersión moral, intelectual y emocional en los valores de la libertad, la igualdad, la democracia y la no violencia. Gracias a su penetración en el ámbito educativo y a la potencia del aparato propagandístico de su partido y de su gobierno, Hitler tuvo éxito, aunque fuera inevitablemente temporal, al lograr que en muchos millones de alemanes su conducta estuviera mediada por una atmósfera desbordante de brutalidad, tortura y humillación. El *alemán corriente* había dejado de ser un hombre para convertirse en *superhombre* que imitaba la capacidad de dominio y de destrucción del propio *Führer*, y de esa forma consagraba también el nacimiento de una nueva cultura, la *Kultur* del exterminio⁴⁸.

No fue una revolución de ideas ni de valores teóricos, como recalca Goldhagen, sino una particular *revolución cultural* de sensibilidad y práctica que impulsó a los alemanes a expresarse cruel y destructivamente. En los campos de concentración y exterminio no sólo se institucionalizó el terror, sino también la vinculación sadomasoquista basada en la exacerbación del dominio y la sumisión, que se hacía tangible en el disfrute y la satisfacción ante el dolor y el sufrimiento ajeno, y en la distorsión culpabilizadora a la que muchas enloquecidas víctimas recurrían para combatir su sensación desbordante de vértigo y pavor. Los campos constituían también los *embriones* del infinito campo de concentración en el que se convertiría el mundo dominado por Hitler; en el que los alemanes tendrían capacidad para decidir el devenir de las vidas del resto de las razas y pueblos, distribuyéndolos jerárquicamente para dosificarles en mayor o menor grado la educación y la cultura, y también el maltrato y la tortura según su nivel de sometimiento o esclavización. Como innovador subsistema de la sociedad, la red de los campos no podía más que crecer y crecer, y la guerra no sólo no interrumpió este proceso, sino que lo desbocó, sobre todo desde que se intuía su *final*, un final adverso para Alemania⁴⁹.

IV. EL MIEDO A LA LIBERTAD Y LA VIOLENCIA COMO VÍA DE ESCAPE

El *miedo a la libertad* del que hablaba Fromm hace más de ochenta años persiste, y con él la tendencia a caer en espirales de sumisión y dominación, en los que la violencia física o psicológica juega un papel central. No sólo con el poder político, sino también con los padres o con los hijos, con la pareja amorosa, con los compañeros, superiores o subordinados

48. GOLDHAGEN, *Los verdugos voluntarios de Hitler*, pp. 559 ss.

49. GOLDHAGEN, *Los verdugos voluntarios de Hitler*, pp. 563-564.

laborales, tendemos demasiado frecuentemente a vincularnos buscando los supuestos *beneficios* de la cercanía a la *grandeza* y a la capacidad de decisión de seres dominadores y controladores, que recíprocamente necesitan sentirse obedecidos y seguidos.

Repensar la realidad teniendo en cuenta la experiencia nazi y el holocausto exige por ello no confundirla con la *facticidad*, con la parte del pasado que ha triunfado y llegado hasta nosotros. De la realidad forma parte también lo *contrafáctico*, lo que pudo ser y quedó eliminado⁵⁰. La identificación hegeliana de la realidad con la racionalidad puede confundirnos y tratar de convencernos de que sólo lo que ocurrió *pudo ocurrir*. Como ha señalado Hawthorn, el mundo humano consiste de particulares contingentes, lo que provoca paradójicamente que al tratar de explicarlo las posibilidades aumentan a la vez que disminuyen. Una vez sucedidos, los hechos pueden intentar explicarse, y para ello es imprescindible conectar lo real mediante causas y razones. Pero a medida que vamos teniendo en cuenta causas y razones resulta más difícil entender cómo los hechos hubieran podido ser distintos de cómo fueron⁵¹.

Sin embargo, por otro lado, las *explicaciones* conducen a un ensanchamiento de la perspectiva, y su fuerza se basa precisamente en los condicionales contrafácticos que presupone. Para explicar los *motivos* de la llegada al poder de Hitler y del holocausto, podríamos hablar de la tradición antisemita alemana, de la traumática infancia, adolescencia y juventud de Hitler, de las conexiones entre los financieros judíos y el Tesoro británico o del resentimiento alemán durante el periodo de entreguerras. Consideraciones similares podrían hacerse respecto a Stalin o Putin. Cada una de estas referencias no sirve para *cerrar* la explicación, sino que por el contrario abre una serie de interrogantes que hace aumentar las posibilidades explicativas: si el reformismo no hubiera triunfado en la mayoría de Alemania, entonces...; si el Tratado de Versalles no hubiera sido tan draconiano, entonces.... La validez de la explicación está determinada por contrafácticos como éstos, que empleamos para razonar sobre cómo podían haber sido distintas las cosas con diferentes antecedentes. La explicación es paradójica, subraya Hawthorn, porque al atribuir las causas a unos hechos provoca la percepción de la contingencia de tales causas y de sus condiciones⁵².

Por eso, analizar intelectualmente las tragedias ocasionadas por las guerras exige renunciar a cualquier tipo de *certeza* científica. Obliga a

50. Véase NIEMAND, *Hitler: la ira y la rabia de una victimización*, p. 208.

51. HAWTHORN, *Mundos plausibles, mundos alternativos*, pp. 15 ss.

52. HAWTHORN, *Mundos plausibles, mundos alternativos*, p. 21.

entender localizando algo real en un espacio con muchas otras alternativas, y mostrando las conexiones de éstas con la realidad localizada. Entendemos en la medida que consideramos cómo fue posible, e incluso probable, que el holocausto no se hubiera producido si se hubiera cumplido algún contrafáctico. Es un *entendimiento* que no sólo sirve para lamentarse por el terrible pasado, sino también para contribuir a que se pueda impedir su repetición. Del mismo modo que, a nivel individual, cuando reflexionamos sobre nuestras vidas identificamos con mayor o menor claridad cómo pudimos evitar nuestros errores, y ese proceso nos sirve del presente hacia adelante, también al nivel de las ciencias sociales la profundización en las causas de las *tragedias* históricas puede prevenirlas en el futuro.

La *caída del muro* en 1989 representa una frontera útil para el análisis comparativo de los diferentes tipos de dificultades con los que se encontraron los *espíritus* libertarios al este y al oeste de Alemania, en dos sistemas políticos opuestos y antagónicos. Pero lo que se gestó en los *ochenta*, desde que Gorbachov inició la *perestroika* y la *glasnost*, y ocurrió en el crucial año de 1989, no debe hacernos olvidar cómo terminó la década de los *setenta*. Rompiendo el esquema bilateral marcado por el *equilibrio del terror* entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, un terremoto social, político y cultural sacudió en 1979 la superficial estabilidad internacional. Una revolución triunfó en Irán elevando al poder al islamismo integrista, que instaló un régimen teocrático conceptualmente negador de las libertades individuales, el cual impulsó la *cultura* religiosa de la intolerancia y de la anulación del *diferente*. A partir de entonces el fundamentalismo antilibertario fue contagiándose en mayor o menor medida a la mayoría de los países islámicos, fortalecido a su vez por la política errática y descaradamente interesada de los Estados Unidos, sobre todo desde la desaparición de la Unión Soviética. Pero, como ha destacado Griffin, el mismo *extremismo religioso* que explica la irrupción del fundamentalismo, sirve también heurísticamente para comprender cómo surgieron tentativas trágicas de *revolución cultural* en entornos tan distintos como la Alemania de entreguerras o la China de finales de los *sesenta*, y también explica las limpiezas étnicas o ideológicas llevadas a cabo en las siguientes décadas en lugares tan dispares y alejados como la península indochina, Sudamérica, el África subsahariana, los Balcanes o las diferentes repúblicas que formaban parte de la extinta Unión Soviética. Como manifestaciones totalizadoras de *política sacralizada*, todos los intentos explícitos o implícitos de *revolucionar* culturalmente las sociedades se han apoyado para Griffin en una serie de presuposiciones religiosas o cuasirreligiosas maniqueas y paranoicas, según las cuales la *comunidad de fe* corre el riesgo de ser víctima de la *modernidad*. La apelación a una regeneración moral que sólo se podría supuestamente conseguir a través de actos de *terror catártico*

recupera así la idea nazi de *destrucción creadora*. Como recuerda Griffin, *Al Qaeda* significa en árabe *base*, la base cultural sagrada y tradicional que se tiene que proteger del progreso y de los *excesos* de la razón a través de la violencia, la cual constituye una expresión ritualizada de la guerra *palingenésica* contra la modernidad. Este *extremismo religioso* muestra importantes similitudes estructurales con el irracionalismo del nacional-socialismo, en la medida que ambos se dirigen a la *justificación* ideológica del terrorismo a partir de la creación de temibles referentes imaginarios, lo cual los ha hecho coincidir a su vez en sus planteamientos con los de sus propios enemigos⁵³.

La implacable conciencia hegemónica de Estados Unidos llegó a su punto culminante con la simbólica guerra ilegal de Irak de 2003, que provocó justamente lo contrario de lo que teóricamente pretendía: islamizar y radicalizar a la sociedad iraquí, posiblemente la más laica de la región hasta entonces. Como la mayoría de las guerras durante la historia, su utilidad debía interpretarse a través de claves internas. La guerra no pretendía verdaderamente *liberar* a los iraquíes del yugo religioso liberticida, sino consolidar a Bush ante las cercanas elecciones presidenciales, recurriendo precisamente al *miedo a la libertad*, a la necesidad de elegir a alguien fuerte y poderoso con capacidad para responder a los enemigos de la *nación*, incluso a costa de renunciar a importantes parcelas de libertad para así obtener supuestamente mayor seguridad.

El tono mesiánico de muchos de los discursos de Bush durante los meses posteriores al atentado de las Torres Gemelas, no muy diferente del que mucho más recientemente observamos en Putin, mostró el retorno a la idea de la providencial aparición de un líder salvador. El *miedo a la libertad* volvía a ser el presupuesto para su renuncia y entrega al *guía* de la nación. Como *acto de exorcismo* en el que Bush construye su propio Dios⁵⁴, la guerra de Irak se armó ideológicamente a partir de una retórica redentora que partía de la absoluta maldad e inhumanidad de los enemigos de América y de su amenazante potencia destructiva, como razones legitimadoras de la actuación bélica. “Sabemos que Dios nos ha unido para sobrellevar el dolor, para permanecer unidos, para servirnos unos a los otros y para entregarnos a nuestro país; a nosotros se nos ha encomendado el deber de defender a América y la libertad”⁵⁵, dice Bush en un discurso conmemorativo del atentado del 11-S. Y en esta línea insiste en los

53. GRIFFIN, *Modernismo y fascismo. La sensación de comienzo bajo Mussolini y Hitler*, pp. 481 ss.

54. Véase HINKELAMMER, *La guerra de Irak. El asalto al poder sobre el mundo*, p. 104.

55. Discurso de 11 de septiembre de 2002 (En Alarcón / Soriano, *El nuevo orden americano. Textos normativos, gubernamentales y doctrinales*, p. 63).

meses anteriores a la guerra: “En las oraciones compartimos el deseo universal de hablar y escuchar a nuestro Creador y buscar los planes que Él tiene para nuestras vidas. (...) En estas horas en que la historia nos llama, pido a nuestra nación que se una a mí en la oración para que Dios nos dé fuerza para cumplir los desafíos que tenemos ante nosotros, la sabiduría de saber lo que es bueno”⁵⁶.

Veinte años antes que Bush, Reagan había afirmado en un discurso ante la Asociación Nacional de Evangélicos que “el experimento americano de la democracia descansa en la idea de que la libertad prospera sólo cuando las bendiciones de Dios se persiguen ávidamente y se aceptan humildemente”⁵⁷. La prosperidad política de un país, entendida como reforzamiento de la primacía de la libertad, era así una consecuencia directa del cumplimiento de la *ley de Dios*. Los atentados del 11-S sirvieron para renovar la alianza entre el neoconservadurismo nacionalista estadounidense y el *cuasiintegrismo* cristiano, basada en la presuposición de la necesidad de obedecer la *voluntad de Dios*, omnipresente a lo largo de toda la historia. La idea del *sacrificio*, subraya Bocardo, reforzó el sentido psicológico de la *misión* porque era una señal divina de la inminencia de la salvación, un *signo metafísico* del fin último querido por Dios, cuya existencia proporcionó el marco conceptual para entender cualquier acción dirigida al cumplimiento de los fines divinos. Desde esta perspectiva neocalvinista, el *fin moral* de la historia apunta, dice Bocardo, al lugar hacia el que caminan los seres humanos cuando actúan como *agentes históricos*, de modo que sus acciones se interpretan en términos del personaje que están interpretando en la historia de la salvación. Esta nueva teocracia permite redefinir la noción de la *misión* del pueblo elegido⁵⁸.

Sería *tremendo* volver a caer en las manos de un dios del tipo de Hitler o Stalin, dice Hinkelammer, de un “Dios de la culpabilización extrema, cuyo perdón siempre es condicionado por condiciones de las cuales se originan nuevas culpabilizaciones”. No parece un error incluir a Putin junto a Hitler y Stalin. Estamos ante un riesgo doble porque el *poder de la dominación* favorece la creación de una imagen divina para arrogarse la legitimidad de comportarse como ella. También este poder es casi un dios que se transforma en un *satanás* que actúa apocalípticamente. Como el *Dios de la noche de los cuchillos largos*, cumple la ley constituyéndola,

56. Discurso de 1 de mayo de 2003 (En Alarcón, / Soriano, *El nuevo orden americano. Textos normativos, gubernamentales y doctrinales*, pp. 90-91).

57. Discurso de 12 de marzo de 1983 (En Bocardo, *Teocracia americana: Dios, Bush y los neoconservadores*, pp. 12-13).

58. BOCARDO, *Teocracia americana: Dios, Bush y los neoconservadores*, pp. 19 ss.

abarcando con su omnipotencia “tanto el poder constituyente como el constituido”⁵⁹.

Desde la irrupción del fundamentalismo islámico, el peligro de la *muerte* de la libertad no sólo emerge trágicamente en sociedades alienadas por la teocracia, sino que, como advierte Hinkelammer, esta hecatombe provoca un efecto especular que puede arrastrar a las sociedades occidentales. Y el ejemplo más claro quizás sea el de Sadam Hussein. Para justificar la guerra de Irak, se trató de olvidar que el dictador que se contemplaba con horror se había consolidado y fortalecido gracias al cuantioso apoyo de Estados Unidos y sus aliados, quienes dos décadas antes, poco después de la revolución islámica iraní, necesitaron crear un *monstruo* que golpeará a su islamizado vecino apoderándose de territorios que le daban acceso al Golfo pérsico. A Sadam Hussein lo vimos realmente en un espejo, recalca Hinkelammer, porque fuimos nosotros, a través de nuestros líderes, quienes provocamos que a principios de los ochenta iniciara esta guerra insensata contra Irán que, además de *servirnos* al debilitar a otro *monstruo* representado por Jomeini, llevó a la miseria a su pueblo, sometiénolo a una dinámica belicista casi incesante. “Cuando aparece Sadam Hussein, lo que vemos en el espejo son aquellos que lo construyen como monstruo”, incide Hinkelammer, y eso es posible gracias a la voluntad del poder de distorsionar y manipular la realidad produciendo desmemoria histórica, destruyendo el recuerdo de lo que verdaderamente había dentro del *monstruo*⁶⁰. La capacidad para llevar a cabo estas proyecciones es en sí misma sintomática de que la libertad no sólo está gravemente amenazada en donde es explícitamente excluida y sustituida por la sumisión y la fe *político-religiosa*, sino también en nuestra engreída y crecida civilización occidental.

La política del asalto al poder mundial se asume como un exorcismo, de modo que todo el lenguaje de este asalto se convierte en un lenguaje religioso. Hinkelammer considera revelador que la primera reunión del ejército estadounidense con la oposición iraquí posterior a la guerra se celebrara en Ur, el lugar en donde Abraham nació y vivió la primera parte de su vida. Y de hecho la seguridad de la reunión fue garantizada por los tanques *Abramtank*. Esta “unión de lo piadoso con lo mortífero”, que hace recordar las *cruces-espadas* de los conquistadores de América, también se había percibido en la obsesión de Reagan por dar nombres bíblicos a las armas más letales, y se reflejó en la insistencia con la que las autoridades estadounidenses mostraban fotografías de prisioneros iraquíes postrados frente a los soldados vencedores, quienes como semidioses parecían

59. HINKELAMMER, *Crítica de la razón mítica*, pp. 141-142.

60. HINKELAMMER, *Crítica de la razón mítica*, pp. 143 ss.

formar parte de escenas religiosas de un fundamentalismo tan peligroso como el que pretendían combatir⁶¹.

En todo caso, la intervención bélica en Irak no fue un hecho aislado. Mediatizada por sus intereses electorales y estratégicos, la administración estadounidense había provocado ya una década antes con su apoyo la llegada de los talibanes al poder en Afganistán, y seguiría actuando similarmente durante los años posteriores en varios países musulmanes más hasta entroncar con la tormentosa primavera árabe que comenzó en 2011. Y paralelamente la Rusia de Putin intervenía en conflictos como la guerra de Chechenia, la guerra armenio-azerí, la rebelión de Abjasia y Osetia en Georgia, o Transnistria en Moldavia, y sobre todo las guerras de Ucrania, desde la invasión de Crimea en 2014 hasta la ocupación total en 2022. Ya tras la *caída del muro* pronto se comprobó lo equivocados que estaban quienes pensaban que la historia había terminado, y que había terminado felizmente, y ello a pesar de que la filosofía política norteamericana girara a principios de los noventa, alrededor de la idea del *fin de la historia*. El bloque soviético, principal peligro teórico para la democracia, la libertad y el bienestar de la humanidad, había caído supuestamente en un acto de *justicia histórica*. La *historia* había acabado, y lo había hecho con un *happy end*: con el triunfo de la democracia y la libertad, con el triunfo del *bien*. Después de pocos años esta perspectiva se reveló completamente errónea y distorsionada, como lo atestigua la trágica historia reciente de los Balcanes y de algunas repúblicas exsoviéticas. La *historia* no ha terminado, y menos aún con el triunfo de la libertad. Es más, en los antiguos países comunistas de Europa oriental resulta especialmente visible y sintomática la incesante búsqueda de vínculos que nutran emocionalmente las *almas* perdidas y desconcertadas ante la desaparición del opresor y paternalista Estado totalitario, y por ello no sorprende el explosivo renacimiento de los sentimientos religiosos en ellos, acompañado a veces de propuestas políticas neofascistas, coincidentes en el rechazo de la libertad. Esta tendencia es también perceptible en las democracias occidentales, sobre todo después de que la caída de las Torres Gemelas sirviera de excusa para que los gobernantes progresaran en su avance contra las libertades individuales, y para que inversamente la temerosa ciudadanía prefiriera ceder parte de su libertad asumiendo dogmáticamente que constituía la única forma de obtener más seguridad.

Este conjunto de reacciones y contrarreacciones, paradójicamente convergentes en sentido contrario a la defensa de la libertad, regenera la espiral antilibertaria y muestra lo fácilmente que se recupera el deseo de dominar y de someterse, de vincularse simbióticamente para poner

61. Véase HINKELAMMER, *La guerra de Irak. El asalto al poder sobre el mundo*, pp. 105-106.

distancia respecto a los conflictos emocionales internos recurriendo a mecanismos de evasión autoritarios que en muchos casos enmascaran inercias sádicas y masoquistas, revestidas casi siempre, directa o indirectamente, de elementos religiosos o cuas irreligiosos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, Carlos/SORIANO, Ramón (ed.), *El nuevo orden americano. Textos normativos, gubernamentales y doctrinales*. Almuzara, Córdoba, 2004.
- ARENDT, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*. Traducción castellana de Guillermo Solana. Alianza, Madrid, 2002.
- ARENDT, Hanna, *Tiempos presentes*. Traducción castellana de R. S. Carbó. Gedisa, Barcelona, 2006.
- BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Traducción castellana de Jorge Binagui. Gedisa, Barcelona, 1982.
- BOCARDO, Enrique, *Teocracia americana: Dios, Bush y los neoconservadores*. En: Soriano, Ramón (ed.), *Fuentes intelectuales de los neoconservadores americanos*. Aconcagua, Sevilla, 2008, pp. 11-72.
- BOCHÉNSKI, J. M., *¿Qué es autoridad?* Traducción castellana de Claudio Gancho. Herder, Barcelona, 1989.
- BULLOCK, Alan, *Hitler*. Traducción castellana de E. Ladd y J. Luelmo. Grijalbo, Barcelona, 1984.
- BULLOCK, Alan, *Hitler y Stalin: Vidas paralelas*. Traducción castellana de Pedro Gálvez. Círculo de Lectores, Barcelona, 1994.
- DAHRENDORF, Ralf, *La libertad a prueba. Los intelectuales frente a la tentación totalitaria*. Traducción castellana de Pedro Madrigal Devesa. Trotta, Madrid, 2009.
- EBERLE (ed.), *Cartas a Hitler. Documentos de los archivos de Moscú*. Traducción castellana de Olga Martín. Libros del atril, Barcelona, 2009.
- FREUD, Sigmund, *El yo y el ello* (1923). Traducción castellana de L. López-Ballesteros, R. Rey y G. Dessal. En: Freud, Sigmund, *Textos fundamentales*. Alianza, Madrid, 1988, pp. 547-598.
- FREUD, Sigmund, *El problema económico del masoquismo* (1924). En: *Ensayos sobre la vida sexual y la teoría de las neurosis*. Traducción castellana de Luis López-Ballesteros y de Torres. Alianza, Madrid, 1967, pp. 195-207.

- FREUD, Sigmund, *El malestar en la cultura* (1930). Traducción castellana de R. Rey. Alianza, Madrid, 1999.
- FREUD, Sigmund, *La división de la personalidad psíquica* (1932). Traducción castellana de L. López-Ballesteros, R. Rey y G. Dessal. En: Freud, Sigmund, *Textos fundamentales*. Alianza, Madrid, 1988, pp. 599-625.
- FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*. Traducción castellana de Gino Germani. Paidós, Barcelona, 1947.
- FROMM, Erich, *Anatomía de la destructividad humana*. Traducción castellana de Félix Blanco. Siglo XXI, Madrid, 1975.
- FROMM, Erich, *¿Tener o ser?*. Traducción castellana de Carlos Valdés. Fondo de cultura económica, México D. F., 1978.
- GALBRAITH, John K., *La anatomía del poder*. Traducción castellana de J. Ferrer Aleu. Plaza & Janés, Barcelona, 1984.
- GARCÍA AMADO, Juan A., *Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho*. "Anuario de filosofía del derecho", 8 (1991), pp. 341-364.
- GETTY, J. A./Naumov, O. V., *La lógica del terror: Stalin y la autodestrucción de los bolcheviques, 1932-1939*. Traducción castellana de Santiago Jordán. Crítica, Barcelona, 2001.
- GIRARD, René, *La violencia y lo sagrado*. Traducción castellana de Joaquín Jordá. Anagrama, Barcelona, 1983.
- GOLDHAGEN, Daniel J., *La Iglesia católica y el holocausto*. Traducción castellana de María Cándor, Jesús Cuellar y Pablo Hermida. Taurus, Madrid, 2002.
- GOLDHAGEN, Daniel J., *Los verdugos voluntarios de Hitler*. Traducción castellana de Jordi Fibla. Taurus, Madrid, 2003.
- GRIFFIN, Roger, *Modernismo y fascismo. La sensación de comienzo bajo Mussolini y Hitler*. Traducción castellana de Jaime Blasco Castiñeira. Akal, Madrid, 2010.
- HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*. Traducción castellana de Ramón García Cotarelo. Península, Barcelona, 1985.
- HAWTHORN, Geoffrey, *Mundos Plausibles, mundos alternativos*. Traducción castellana de Gloria Carnevali. Cambridge University Press. Cambridge, 1991.
- HEGEL, Georg W. F., *Filosofía de la Historia Universal* (1820). Traducción castellana de José Gaos. Anaconda, Buenos Aires, 1946.

- HEGEL, Georg W. F., *Filosofía del derecho* (1821). Traducción castellana de Eduardo Vázquez. Biblioteca nueva, Madrid, 2000.
- HEIDEGGER, Martin, *La autoafirmación de la universidad alemana*. En: Heidegger, Martin, *La autoafirmación de la universidad alemana. El Rectorado, 1933-1934. Entrevista del Spiegel*. Traducción castellana de Ramón Rodríguez. Tecnos, Madrid, 1989, pp. 7-19.
- HINKELAMMER, Franz, *La guerra de Irak. El asalto al poder sobre el mundo*. En: Soriano, Ramón/Juan J. Mora (ed.), *El nuevo orden americano. ¿La muerte del derecho?*. Almuzara, Córdoba, 2005, pp. 101-112.
- HINKELAMMER, Franz, *Crítica de la razón mítica*. Arlekín, San José (Costa Rica), 2007.
- HOBBS, Thomas, *Leviatan* (1651). Edición de C. Moya y A. Escohotado. Nacional, Madrid, 1979.
- LORINGHOVEN, Bernd F. von, *En el búnker con Hitler*. Traducción castellana de María Pons Irazazabal. Crítica, Barcelona, 2007.
- MAISTRE, De, *Las veladas de San Petersburgo* (1838). Traducción castellana de José Casán Herrera. Aldus, México D. F., 2007.
- MARCUSE, Herbert, *Eros y civilización*. Traducción castellana de J. García Ponce. Ariel, Barcelona, 1995.
- NIEMAND, Javier, *Hitler: la ira y la rabia de una victimización*. Ecu, Alicante, 2013.
- NIETZSCHE, Federico, *Humano, demasiado humano* (1878). Traducción castellana de Carlos Bergara. Edaf, Madrid, 1980.
- PIAGET, Jean, *La representación del mundo en el niño* (1926). Traducción castellana de L. Hernández Alfonso. Presses Universitaires de France, París, 1978.
- ROSS, Alf, *On the Logical Nature of Propositions of Value*. "Theoria", (11), 1945, pp. 172-210.
- SARTRE, Jean-Paul, *El ser y la nada*. Traducción castellana de J. Valmer. Losada, Buenos Aires, 1968.
- TARSKI, Alfred, *The Semantic Conception of Truth*. "Philosophy and Phenomenological research" (4), 1944, pp. 341-375.
- VICO, Giambattista, *Ciencia Nueva* (1725). Traducción castellana de J. Carner. Fondo de cultura económica, México, 1978.

VOEGELIN, Eric, *Hitler and the Germans*. En: *Collected Works of Eric Voegelin*. University of Missouri, Columbia (Missouri), 2002, vol. 31.

WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905). Traducción castellana de Luis Legaz Lacambra. Península, Barcelona, 1969.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*. Traducción castellana de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Crítica, Madrid, 1988.

WRIGHT, George G, von, *Explicación y comprensión*. Traducción castellana de Luis Vega Reñón. Alianza, Madrid, 1987.

III ARANZADI

PARTE 2

Libertad de expresión y delitos de odio

III ARANZADI

III ARANZADI

Sobre cuando el odio debe ser penalmente relevante

ALBERTO DAUNIS RODRÍGUEZ

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿QUÉ SON LOS DELITOS DE ODIO? III. ¿ES DELITO EL ODIO A CUALQUIER PERSONA SIEMPRE QUE COINCIDAN LOS MOTIVOS EXPRESADOS EN LA NORMA? IV. ¿CUÁNDO SE FOMENTA, PROMUEVE O SE INCITA AL ODIO? V. ¿CUÁNDO EL ODIO AFECTA AL COLECTIVO DISCRIMINADO? VI. ¿CUÁNDO SE APLICA LA AGRAVANTE POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS? VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, un individuo intentaba matar de un disparo a la vicepresidenta de argentina Cristina Kirchner. Afortunadamente, el individuo falló porque la pistola se encasquilló. Durante los días posteriores al intento de magnicidio, muchos de los columnistas de los medios de comunicación argentinos e internacionales responsabilizaron de la acción cometida sobre la vicepresidenta a la polarización política y a una de sus consecuencias: el discurso de odio. De forma paralela, a solo cientos de kilómetros de Buenos Aires, Lula da Silva en Brasil insistía en su campaña electoral sobre la necesidad de frenar el “discurso de odio”.

Sin duda, las nuevas redes sociales, como Facebook, Tuitter y Tiktok han propiciado la raída propagación y difusión de discursos políticos, ideológicos o de cualquier otra clase en los que los insultos, injurias, acusaciones y/o noticias falsas se propagan como la pólvora, activando la xenofobia, el racismo y otro tipo de comportamientos.

A nivel español, el panorama es muy similar que el del resto de países. Y, puede afirmarse que existe un constante incremento o aumento de los denominados “incidentes de odio” como ponen de manifiesto los informes del Ministerio del Interior que publica periódicamente en la página web de la propia institución.

Frente a esta realidad, no puede afirmarse que los gobernantes no hayan hecho nada o se hayan “cruzado de brazos”. La situación es especialmente paradójica: los propios políticos que alimentan –algunos más que otros– este clima político polarizado, aprueban, al mismo tiempo, importantes medidas para responder a los denominados comportamientos de odio.

Concretamente, en España han sido varias y numerosas las iniciativas que se han puesto en marcha en los últimos años para frenar estos comportamientos de odio. Entre ellas, podemos destacar la creación por parte de la Fiscalía General del Estado de una red de fiscales especializados en delitos contra el odio, con la designación de un Fiscal en cada provincia; la creación en el año 2018 de la Oficina Nacional de Lucha contra los delitos de odio, dependientes del Ministerio del interior; y, muy especialmente, por lo que a nosotros nos interesa, la reforma del código penal del año 2015, en la que se viene a reforzar y ampliar el delito de discurso odio (hate speech) como delito pero, al mismo tiempo, se incorporan una serie de subtipos penales que están mostrando un importante impacto en la práctica forense, muy especialmente, el delito de injurias colectivas del art. 510.2 a) CP. Además, se han modificado y ampliado otros subtipos penales. Concretamente, tal y como identifica LANDA (2018a: 222 y ss.), en el art. 510 CP, tras la reforma del año 2015, se pueden identificar hasta seis tipos básicos y dos tipos agravados: art. 510.1 a) Incitación al odio, art. 510.1 b) Difusión de incitación al odio, art. 510.1 c) Apología de crímenes de derecho penal internacional, art. 510.2 a) Injurias colectivas, art. 510.2 b) Difusión de injurias colectivas, art. 510.2 c) Apología de delitos de odio.

La reforma del año 2015 del art. 510 código penal y la relevancia de los delitos de odio para la agenda política y mediática del país, han suscitado un importante interés por parte de la doctrina penal, publicándose un *sin-fín* de artículos y trabajos científicos en los que se hace especial hincapié en la abstracción, vaguedad y amplitud que presenta la nueva regulación, denunciándose, en última instancia, el importante adelantamiento de la barrera penal que supone la regulación del delito de odio contenido en el art. 510 CP.

No cabe duda que la doctrina penal se ha mostrado muy preocupada, como no podía ser de otro modo, por la lesión o afección que el art. 510

CP pueda provocar en determinados principios básicos del derecho penal, tales como el de lesividad, el de intervención mínima o incluso el principio de legalidad, centrándose, en consecuencia, en realizar interpretaciones restrictivas de la norma. Sin embargo, debe advertirse que la aplicación práctica del art. 510.1 CP, es decir, del denominado delito de discurso de odio –que es el que más revuelto mediático ha suscitado– no está siendo especialmente significativa y muchos de los procesos que se inician por la comisión de este delito acaban archivándose o en una sentencia absolutoria.

Sin duda, resulta especialmente llamativo que, a pesar de la especial ampliación del art. 510.1 a) CP, en la práctica forense se lamente la falta de aplicación de este delito. Ciertamente, no soy capaz de otorgar una respuesta o solución capaz de resolver esta situación paradójica –en la que una norma penal tan abierta y abstracta se aplique en la práctica–, pero sí entiendo que los partidos políticos y medios de comunicación e, incluso, el gobierno están haciendo un uso de los delitos de odio que los sobredimensiona aún más y genera una serie de expectativas en la sociedad que son claramente inalcanzables, porque los delitos de odio no pueden utilizarse como el “comodín” o “medicina milagrosa” para atajar o frenar todos y cada uno de los comportamientos injuriosos, fóbicos, menospreciativos o vejatorios. La cuestión es, como mínima, preocupante, ya que, una norma penal de por sí amplia y abstracta, el gobierno, los mass media y los partidos políticos pretenden ensancharla, aún más, sin límite alguno. Son varios los motivos que vienen a explicar la deconstrucción de los delitos de odio: en primer lugar, la utilización política y partidista de este delito es especialmente rechazable y muy poco edificante: se producen un importante número de denuncias sobre la posible comisión de un delito de odio de campañas, acciones o discursos políticos que principalmente, persiguen la repercusión o altavoz mediáticos pero que realmente tiene un escaso o nulo recorrido en el ámbito judicial; en segundo lugar, el uso del gobierno de los delitos de odio para otorgar a la ciudadanía o a la sociedad la sensación de que algo se está haciendo frente a comportamientos que pueden generar cierta alarma; en tercer lugar, la propia labor de los medios de comunicación al construir un concepto de delitos de odio claramente desmesurado en el cabe todo.

Resumiendo, puede afirmarse que tanto los medios de comunicación como los propios partidos políticos, el gobierno e incluso el legislador han generado una expectativa alrededor de los delitos de odio que no se traduce en una importante aplicación judicial de estos delitos que, muy especialmente en lo relativo al delito de discurso de odio (art. 510.1 a) no tienen un importante recorrido o trascendencia. Es más, se puede llegar

a constatar siguen existiendo colectivos discriminados o vulnerabilizados que no son lo suficientemente protegidos frente a determinados ataques racistas o fóbicos¹.

El presente trabajo reproduce esencialmente la ponencia impartida en las jornadas organizadas por la Universidad Pablo Olavide los días 14 y 15 de noviembre. Aprovecho para agradecer la profa. Juana del Carpio su amable invitación y el importante esfuerzo que viene realizando en los últimos años para crear espacios académicos en los que se pueda discutir y reflexionar sobre la colisión que se produce entre los delitos de odio y la libertad de expresión.

La ponencia, dirigida fundamentalmente a estudiantes, se centró en la búsqueda de elementos interpretativos que coadyuven a la adecuada y correcta aplicación de los delitos de odio, muy especialmente, los arts. 510 y 22.4 CP. A diferencia de trabajos anteriores, no buscamos criterios de interpretación restrictiva de estas normas –especialmente ampliadas tras la reforma del año 2015– sino como poder aplicarlas en la práctica jurídica. Posiblemente, el contenido del trabajo acabe desembocando en idénticas conclusiones, pero se busca un enfoque diferente que, más de allá de poner el acento en los problemas que presenta la norma, atienda a sus posibilidades de aplicación para proteger a colectivos discriminados.

Durante los días en los que estuve preparando mi intervención pensé que una buena forma de abordar la difícil categorización de los delitos de odio y su aplicación podría ser a través de la imagen que presentan de ellos los medios de comunicación. Con ello se explicaría también algunas de las hipótesis que planteo atrás, sobre el mal y erróneo uso de delitos de odio por parte de los medios de comunicación. Con esta pretensión, introduje los términos “delitos de odio” en el buscador de noticias GOOGLE para identificar cuáles eran las principales noticias publicadas durante la última quincena de septiembre y la primera semana de octubre de 2022.

De entre las noticias que se publicaron durante estos días, seleccioné cinco de ellas que pueden servir para explicar los principales elementos de los delitos de odio, su concepción y sus características más importantes:

1) Dos ataques recientes a imágenes de la Virgen María en España: ¿esto no es delito de odio? Hispanidad. 4/10/2022.

1. Ya BRANADRIZ (2010, 51) denunciaba para la regulación anterior su insuficiencia para responder a los hechos delictivos xenófobos y cómo las expectativas generadas por la previsión legislativa.

2) La policía estudiará si hay delitos de odio en los sucesos relacionados con bandas juveniles. Diario Público. 3/10/2022.

3) El “Vinicius eres un mono” llega a la Fiscalía sobre delitos de odio. Culemanía. 1/01/2022.

4) Un año y medio de cárcel por amenazar a dos transexuales con prenderles fuego, Levante Noticias. 17/09/2022.

5) Piden 18 años por prender fuego a un bazar chino “por haber traído el virus”. Málaga Hoy. 25/09/2022.

A partir del análisis de estas noticias, propongo una serie de elementos que nos sirvan para poder identificar cuándo estamos ante un comportamiento de odio penalmente relevante o, en cambio, ante una acción que merece la activación de las figuras tradicionales del código penal o, incluso, puede solventarse a través de otros ordenamientos jurídicos.

II. ¿QUÉ SON LOS DELITOS DE ODIIO?

Tradicionalmente, los delitos de odio vienen a formar parte de lo que viene a denominarse como derecho penal antidiscriminatorio². En efecto, la incorporación de los arts. 22.4 CP y 510 en el año código penal 1995 respondió fundamentalmente a la necesidad de tutelar a aquellos grupos sociales que por motivos vinculados a su identidad se encuentran en una posición de desventaja en la participación política y social o directamente en situaciones de opresión o exclusión³. En palabras de REY (2017:128),

2. Sobre la naturaleza de los delitos de odio y su esencia como delitos antidiscriminatorios, véase LAURENZO (1996: 219-288 y su trabajo más reciente en 2021: 257-283).

3. Merece la pena reproducir un par de párrafos escritos por LAURENZO (2021:259) que son muy esclarecedores sobre los orígenes de los delitos de odio como delitos antidiscriminatorios en el año 1995: “Y el momento no fue casual. Por esa época volvían a expandirse por Europa preocupantes versiones de las ideologías neonazi y fascista que daban lugar a brotes violentos contra colectivos marcados por el estigma de la diferencia racial, étnica o nacional, lo que llevó a más de un pronunciamiento a nivel internacional reclamando a los Estados la adopción de medidas adecuadas para atajar a esas peligrosas manifestaciones de intolerancia hacia las minorías. También de este periodo es la conocida sentencia del Tribunal constitucional (214/1991, de 11 de noviembre) sobre el caso Violeta Friedman contra el activista nazi León Degrelle, donde el alto tribunal advirtió que *el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos, a lo que añadía que de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o*

“el derecho antidiscriminatorio centra su atención, primordialmente, en la situación de ciertos grupos sociales sobre los que recaen hondos y arraigados prejuicios”.

El hecho de que el sujeto activo actúe movido por “odio” o por otro tipo de motivos ideológicos no convierte o transforma al objeto o destinatario de la acción en un colectivo discriminado. Por tanto, la razón de ser de estos delitos, al menos en el momento de su incorporación, no era el odio que mueve al autor a cometer una determinada acción, sino el efecto y desvalor que produce la misma cuando recae sobre un colectivo discriminado. Desde esta perspectiva, parece lógico defender que estos tipos penales vienen a salvaguardar el “derecho a no ser discriminado” por el hecho de ser diferente, es decir, se protege el derecho a ser diferente (MACHADO, 2002: 100), a no ser tratado de forma peyorativa, injusta o despreciativa y, ante todo, a recibir el trato que merece legalmente (GARCÍA ALVAREZ, 2004:58, 527).

En consecuencia, de los apuntado anteriormente, vuelvo a la noticia de Hispanidad: **“Dos ataques recientes a imágenes de la Virgen María en España: ¿esto no es delito de odio?”**.

La noticia relata dos casos diferentes sucedidos en Jaén y Las Rozas. En el de Jaén, una persona lanzó lejía desde un balcón de la calle por la que se encontraba procesionando la virgen del Rosario, alcanzando tal producto no solo a la propia imagen de la virgen sino también a los músicos y a los capataces de la procesión. En el de las Rozas, durante la festividad de san Miguel, una escultura de la virgen de la iglesia de san Miguel es golpeada y tirada al suelo, sufriendo algunos daños.

Ante la pregunta que se cuestiona la noticia, la respuesta es clara y tajante: no, no estamos ante delitos de odio.

Posiblemente, las dos acciones acometidas contra imágenes de la virgen fueron cometidas por personas con animadversión o, incluso, odio a la religión católica, pero no pueden descartarse otros motivos o razones, como, por citar algunos: el cansancio del vecino de Jaén de soportar el ruido constante al vivir en una calle céntrica de la ciudad o los efectos que produce el alcohol en el caso de las Rozas. Ciertamente, los motivos pueden ser variados y diferentes. Y, en puridad, al derecho penal no suele interesarle la motivación del sujeto que comete el delito sino esencialmente el hecho cometido y el resultado producido por el mismo. Conocer las motivaciones del delincuente es entrar en un terreno fangoso y

inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social”.

movedizo que puede retrotraer al derecho penal a épocas pasadas felizmente superadas, donde se castigaba por a la persona por su ideología, su orientación sexual u otras características personales, en lugar de por sus actos u hechos cometidos.

Pero, siguiendo con la noticia, a ¿qué delitos de odio se refiere la noticia? Fundamentalmente, entendemos que está haciendo referencia a los preceptos penales del código penal contenidos en la sección 2.^a *De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*, del Capítulo IV del Título XXI de Libro II del código penal, concretamente, los arts. 522 y ss. CP.

Respecto al caso de Jaén, entiendo que puede discutirse la aplicación del art. 523 CP que castiga con pena de multa de cuatro a diez meses perturbar actos, funciones o manifestaciones de las confesiones religiosas. Por lo que se refiere al caso de Las Rozas, el tipo penal más apropiado sería el art. 524 CP que castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses realizar actos de profanación dentro de los templos o lugares destinados a culto.

Los datos que arroja la noticia son insuficientes para poder determinar y valorar si nos encontramos antes infracciones penales. A priori, sin tener la suficiente información para valorar más seriamente el caso planteado, entiendo que el principio de intervención mínima desaconseja la sanción penal, pudiendo resolver ambos hechos mediante una indemnización de carácter civil.

No obstante, si quiero aprovechar la noticia para incidir en una tendencia de los operadores jurídicos que vienen a utilizar la represión y lucha de los delitos de odio a la hora de sustentar procesos que en realidad poco o nada tienen que ver con los delitos de odio propiamente dichos. Y también para recordar como los medios de comunicación tienden a calificar rápidamente cualquier tipo de comportamiento injurioso, vejatorio o humillante como delito de odio.

Puede afirmarse que nos encontramos con hasta tres grupos de delitos que de forma genérica se vienen categorizando en los últimos años como delitos de odio:

- a) en primer lugar, nos encontramos con lo que viene a denominarse como el núcleo duro de los delitos de odio o delitos de odio en sentido estricto⁴, que viene constituido fundamentalmente por dos normas penales: por el delito de discurso de odio contenido en el

4. Denominación que utiliza LANDA (2018b: 47) para quien tales normas vendría a sancionar lo que criminológicamente constituye, por una parte, la fase adelantada (510

artículo 510 CP (y sus correlativos arts. 510 bis y 515.4 CP), en los que se estaría castigando la provocación e incitación al odio como paso previo a los propios comportamientos fóbicos y discriminatorios que se castigarían con las figuras correspondientes del código penal y la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP. Aunque solo el art. 510 CP contiene el término odio no cabe duda que el art. 22.4 CP también forma parte del núcleo duro de los delitos de odio o delitos de odio en sentido estricto.

- b) en segundo lugar, estarían aquellos delitos que pueden encuadrarse dentro de lo que viene denominándose tradicionalmente como derecho penal antidiscriminatorio, que castiga aquellos comportamientos que sufren colectivos discriminados por el mero hecho de pertenecer a los mismos. Entre ellos estaría, además de la referida agravante genérica contenida en el art. 22.4 CP, las amenazas a determinados colectivos previstas en el art. 170.1 CP, el delito de torturas por razón de discriminación del art. 174.1 CP, el delito de discriminación en el ámbito laboral del art. 314 CP, el delito de denegación discriminatoria de servicios públicos del art. 511 CP y su correlativa figura en el ámbito de actividades profesionales o empresariales previsto en el art. 512 CP, el delito de asociación ilícita para promover o incitar a la discriminación del art. 515.4 CP.
- c) En tercer lugar, nos encontramos con otros grupos de delitos en los que puede estar presente el odio como motor de la acción pero que no necesariamente se acometen contra colectivos discriminados. Entre ellos se encontrarían algunos preceptos que recientemente se han venido acuñando como delitos de odio por los propios tribunales con la pretensión de justificar o apuntalar la imposición de un fallo condenatorio. Entre ellos destacan muy especialmente los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas de delitos terroristas del art. 578 CP⁵, las injurias a la corona

CP) y la puesta en acto (22.4 CP) de la violencia grave o de eliminación de colectivos o minorías vulnerables.

5. Véase la STS núm. 623/2016, de 13 de julio, que condena a una mujer a un año de prisión por emitir a través de su cuenta twitter una serie de mensajes del siguiente tenor: “Viva Eta miliar”. “Lucha es el único camino. Dale duro hasta ganar”. “Carrero Blanco ministro naval tenía un sueño: volar y volar, hasta que un día eta militar hizo su sueño realidad”. ¿Cómo monta Irene Villa a caballo? Con velcro”. El Tribunal supremo entiende que tales expresiones que implican una alabanza o justificación de acciones terroristas forman parte del denominado “discurso del odio”, el cual “no está protegido por la libertad de expresión ideológica”. “No se penaliza aquí el chiste negro, se penaliza la humillación que está inserta en el discurso de odio pues una de las facetas de la humillación consiste en la burla, que no está recreada en este caso con chistes macabros con un sujeto

del art. 490.3 CP⁶, y los delitos contra los sentimientos religiosos de los arts. 522 y ss⁷. A estos tres grupos de delitos habría que sumarle otros delitos en los que la idea de odio o menosprecio también pueden estar presente como los delitos de derecho penal internacional de genocidio (art. 607 CP), crímenes contra la humanidad (607 bis CP) o crímenes de guerra (art. 611.6 CP). También habría que añadirse los propios delitos de violencia de género, esporádica y habitual (arts. 153.2 y 173.2 CP).

En definitiva, puede afirmarse que se ha producido una fuerte expansión de los delitos de odio en los últimos años o, mejor expresando, una expansión del uso de esta denominación para agrupar bajo este delito o categoría cualquier tipo de delito que suponga una conducta que implique un sentimiento de animadversión, fobia, desprecio... contra cualquier persona. De ahí que se pueda prácticamente corroborar la primera de las hipótesis que planteábamos al inicio del trabajo. Porque la defectuosa utilización de la nomenclatura delitos de odio para agrupar dentro de ella cualquier tipo de delito puede provocar dos efectos: de una parte, frustración y decepción colectivas al producirse un gran número de sentencias absolutorias o archivos de procedimientos iniciados como delitos de odio en sentido estricto (arts. 510 y 22.4 CP) cuando bastaba con la aplicación de las figuras tradicionales del código penal; de otra parte, se produce una especie de repliegue de los propios tribunales a la hora de interpretar y aplicar estos tipos penales, en aras de evitar una aplicación desmesurada de los mismos.

pasivo indeterminado, sino un bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos”.

6. En el año 2015, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 177/2015, de 22 de junio, alude al odio para justificar las condenas impuestas por quemar una foto del rey en una plaza: “quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza. En definitiva, quemar públicamente el retrato de los monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio”.
7. Llama la atención del importante resurgimiento de las denuncias relacionadas con tales delitos impulsados por personas o asociaciones vinculadas a la iglesia católica que introducen la idea de odio como motor principal del procedimiento. Así, por ejemplo, puede citarse el caso conocido como “coño insumiso” en el que varias mujeres saliendo en procesión portando una gran vagina de plástico simulando una procesión religiosa, la Drag Queen Sethlas que se disfrazó en el carnaval de Las Palmas de Gran Canaria, o el caso de la Universidad de Valladolid en la que un humorista presentaba una visión sarcástica de la religión católica y que fue denunciado no sólo por un delito del art. 525 CP sino también por la comisión de un delito de provocación al odio del art. 510 CP. Sobre este resurgimiento de los delitos contra los sentimientos religiosos, véase LAURENZO (2018: 1287-1300).

III. ¿ES DELITO EL ODIO A CUALQUIER PERSONA SIEMPRE QUE COINCIDAN LOS MOTIVOS EXPRESADOS EN LA NORMA?

Siguiendo con el planteamiento anterior, no puede negarse ni obviarse que los delitos de odio han salido, no solo en el espacio de los medios de comunicación, sino también en el ámbito judicial, definitivamente de la esfera del derecho penal discriminatorio.

En efecto, en los tribunales prevalece la forma de entender los delitos de odio atendiendo a la “motivación” del autor que comete el delito, en lugar de los “efectos” que produce tal delito en los colectivos discriminados. Porque, ciertamente, los tribunales no exigen en la práctica forense que el comportamiento recaiga sobre un colectivo discriminado. Expresado de otra forma, el autor debe actuar movido por alguna de las causas que recogen tanto el art. 22.4 CP como el art. 510 CP: “motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”. Pero, la acción no debe necesariamente recaer en un colectivo tradicionalmente discriminado. A este respecto, respuesta especialmente ilustrativa sobre la actual forma de encarar los delitos de odio, la posición de la Fiscalía General del Estado, en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, “sobre pautas para interpretar los delitos de odio”:

“El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así, una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos”.

Imaginemos el siguiente supuesto: Brad Pitt decide pasar el fin de semana en Sevilla y cuando pasea por las calles de Triana, Juan y Pepe, bajo el grito de “muerte a los guapos”, se abalanzan contra Brad para golpearle hasta romperle la nariz. Juan y Pepe habrán cometido un delito de lesiones del art. 147 CP, pero, se le aplicará la agravante genérica del art. 22.4 CP. La respuesta parece ser clara: no. Y ello fundamentalmente porque no concurre ninguna de las causas discriminatorias expresamente en la norma. En efecto, la “belleza” no se recoge expresamente en el catálogo

de causas discriminatorias. Ahora, imaginemos que Juan y Pepe, bajo el grito de “muerte a los heteros” o muerte a los “gringos”, se abalanzan contra Brad para golpearle y romperle la nariz.

A la pregunta anterior, si seguimos entendiendo los delitos de odio como delitos antidiscriminatorios deberíamos responder, de nuevo, negativamente. No obstante, a diferencia del primer supuesto, la respuesta negativa no se basa en la inexistencia de una causa discriminatoria, que sí estaría presente en el catálogo de causas de discriminatorias: nacionalidad y orientación sexual. La agravante no se activaría, más bien, porque Brad no pertenece a un colectivo discriminado merecedor de protección penal: los heterosexuales o los estadounidenses. Este mismo argumento debería utilizarse si Juan y Pepe crean una página de Facebook en la que insultan a los heterosexuales y piden que se les queme en la hoguera. No se activaría el art. 510 CP porque no se está incitando a la violencia frente a un colectivo discriminado.

Sin embargo, la forma de entender los delitos de odio de la FGE, que se centra en los motivos discriminatorios que mueven al autor del delito y no en que las víctimas pertenezcan a colectivos discriminados, conduciría a aplicar en los dos últimos supuestos la agravante del art. 22.4 CP y el delito de discurso de odio del art. 510 CP, respectivamente.

Lamentablemente, los tribunales españoles tienen una forma de entender los delitos de odio muy similar a la de la FGE, al apuntar fundamentalmente a los motivos del sujeto activo en lugar de a los colectivos discriminados. Ciertamente, una interpretación literal de propio contenido de los artículos citados permiten esta interpretación: “cometer el delito por motivos...”.. Entre los últimos pronunciamientos judiciales que castiga los motivos discriminatorios, puede citarse la SAP Valencia, sección 4.^a, núm. 282/2020, de 13 de julio, que aborda el caso en el que personas manifestándose a favor de la independencia de Cataluña agraden a otras dos personas que portaban banderas españolas. Concretamente, golpean a la mujer a la que también le profieren los siguientes insultos: fascistas, asesinos, puta fascista, española de mierda. La propia resolución advierte que es la ideología la que fundamenta la aplicación del art. 22.4 CP: “No se trata de una agravación residual, la circunstancia tiene su propia autonomía y precisa de la concreta prueba de los hechos que la componen, que en el caos no ofrece dudas, habiendo descrito la misma defensa de la acusada lo ocurrido con la frase *dos personas de ideologías opuestas es lo que ha habido*, reconociendo con ello que el motivo del ataque contra dos personas a las que no conocía la agresora era exactamente por haber exhibido la bandera de España, símbolo de unas ideas políticas sociales y culturales no compartidas por ellas”.

Como habrá advertido el lector, las personas que sufren la agresión, es decir, las víctimas no pertenecen a ningún colectivo discriminado: son dos ciudadanos españoles que portan una bandera española. La agravante se aplica, por tanto, por el mero hecho de que las víctimas tienen una ideología diferente al autor, y precisamente es ese el motivo que da lugar o explica la agresión.

Un caso muy similar anterior, aunque con resultados muchos más graves y dolorosos, es el que supuso la muerte de un menor de 16 años perteneciente a un “grupo antifascista”, asesinado en el metro de Madrid por un “skin-neonazi”. La STS 360/2010, de 22 de abril, ratifica la aplicación de la agravante genérica en el delito de asesinato al entender probado el propósito del acusado de acudir a la manifestación convocada por la ultraderechista Democracia Nacional “contra el racismo antiespañol”, ya que, la estética neonazi que exhibía aquél, los gritos “Sieg Heil”, de acentuada tradición nazi o la utilización de la palabra “guarros” para referirse a los antifascistas (término despectivo que utilizan los fascistas para referirse a sus oponentes ideológicos), “avalan de modo inapelable la conclusión del Tribunal sentenciador al expresar que las extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guió la agresión del agresor contra la víctima, como se desprende inequívocamente del comportamiento del acusado al situarse junto a una de las puertas de entrada al vagón, con la navaja escondida, esperando serenamente la entrada de sus oponentes ideológicos, utilizando el nimio pretexto de ser preguntado por su sudadera para asestarle sin más la puñalada mortal”.

Nuevamente, el tribunal pone el acento en el “móvil” ideológico que causó o motivó el delito para activar la agravante y no en que la víctima perteneciese a un colectivo discriminado por motivos ideológicos, cuestión que en este caso efectivamente no podía verificarse.

La posición que sustentan los operadores jurídicos españoles –tanto los propios tribunales como la fiscalía– se aproxima al denominado “animus model” en el que los crímenes de odio son aquellos en los que el autor actúa guiado por un móvil concreto, por su perjuicio basado en la intolerancia hacia una condición personal de la víctima –la etnia (sea cual sea ésta: negro, blanco), su condición sexual (homosexual, heterosexual), etc., y no necesariamente por actuaciones dirigidas hacia grupos históricamente discriminados⁸.

Así las cosas, puede afirmarse que el modelo español de delitos de odio castiga al “hater” por el hecho de serlo, siempre y cuando, las causas

8. Sobre el modelo animus model, véase más detenidamente, CANCIO/DIAZ: 2019, 67 y ss.

del delito coincidan con las previstas en el catálogo recogido en los arts. 22.4 CP y 510 CP. Es decir, se castiga al sujeto que odia al negro por el hecho de serlo, pero también al que odia al blanco o al heterosexual. Lo importante es que el sujeto actúe movido por un motivo de odio o causa discriminatoria y que dicho motivo o causa encaje con las tasadas expresamente por el legislador⁹. Pero, y esto es lo más relevante, no es necesario que la acción recaiga sobre un colectivo discriminado, sino más bien, que tenga como intención discriminar a un sujeto atendiendo a tales motivos o causas. Desde esta perspectiva, el delito de odio vendría a castigar la lesión que produce al principio de igualdad entre todos sean cuales sean nuestras condiciones personales (principio de igualdad in totum)¹⁰.

9. Véase al respecto la crítica de CISNEROS (2021, 430-431), quien propone “desterrar el calificativo odio de la interpretación de la norma”, defendiendo la “idea de que lo óptimo sería traducir dichas motivaciones discriminatorias al término perjuicio”.
10. Al respecto, véase, CANCIO/DIAZ: 2019, 61, quienes establecen claramente las diferencias entre el animus model y el discriminatory selection model. En este último las motivaciones del autor pasan a un segundo plano: el concepto de crimen de odio y por lo tanto el fundamento de la sanción penal, se vincula al hecho de que produce efectos discriminatorios en el colectivo al que pertenece la víctima. Recientemente, la STS 437/2022, de 4 de mayo, condena a cinco personas por el delito del 173 CP y del art. 510.2 a) aplicación del principio de especialidad por este segundo, ante la presencia de los condenados en una carpa donde estaban organizando un sistema para seguir a la selección española de fútbol, siendo agredidos, humillados, y vejados por los condenados por odio a lo que pudiera significar todo lo relativo a España, su odio a las víctimas por ser españolas y por su ideología exigiéndoles bajo amenazas de muerte expresiones de odio para que marcharan de allí. El TS afirma que el ataque se produce por razón de nacionalidad española de las víctimas, con un componente de odio hacia las mismas, por la pertenencia de las víctimas a un grupo calificado de españolista. Se recoge en los hechos probados que los recurrentes se pusieron de acuerdo y guiados por el ánimo de animadversión ideológica a todo lo que representa España con la voluntad de hostigar y humillar a los voluntarios que allí se encontraban entraron gritando: *“putas españolas, fuera de aquí, os vamos a matar, putos españoles de mierda, iros a vuestro país...”*. El TS considera que es correcto el encuadre de los hechos en el delito de odio, y ello dado que se ataca por razón de la nacionalidad, y pertenencia a ella, ya sea de España, o de cualquier país. Los ataques se produjeron por la connotación de la carpa por todo lo relacionado con la nación española y la ideología sobre la nacionalidad y por la significación que entendían los recurrentes que ello tenía allí, y esa fue la razón del ataque, Ni el art. 173 ni el 510.2 a) C.P. señalan que las víctimas sean vulnerables. El concepto de la “vulnerabilidad” no es un elemento del tipo Son dos los motivos de discriminación que concurren en el caso presente: nación, en este caso representada por la nación española, e ideología, al no aceptar las ideas de las víctimas en defensa de sus postulados. La esencia de lo que se trata de proteger con este delito ubicado en el art. 510 CP está en el artículo 14 de la CE, según el cual “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Artículo que protege a toda la sociedad no solo colectivos desfavorecidos, como no puede ser de otra manera. Es la igualdad y dignidad de todos, no de algunos, lo que se protege ante el discurso del odio, ya que no puede dejar de ser típica la conducta cuando se

Volvamos a la noticia que da pie a este apartado: **“La policía estudiará si hay delitos de odio en los sucesos relacionados con bandas juveniles”**. *Diario Público*. 3/10/2022.

Esta noticia está haciendo referencia a declaraciones del ministro del Interior, Fernando Grande-Marlaska durante la rueda de prensa en la que se presentaba el informe anual sobre la evolución de los delitos de odio. En tal acto, el ministro alerta de “un elemento nuevo” y “preocupante” detectado por los agentes en los sucesos relacionados con bandas juveniles para, posteriormente, advertir que “un hecho cometido por una banda puede también constituir un delito de odio”. No obstante, el ministro recuerda que no existe un “repunte” o “incremento” de la actividad de las bandas juveniles, que podrían estar detrás de ambos crímenes. Finalmente, concluye que: “Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado contarán en sus atestados policiales con indicadores que se utilizarán para analizar si, además de otras infracciones penales, los pandilleros incurrir en delitos de odio.

El Ministro de interior, por tanto, abre la puerta a sanción también como delitos de odio asesinatos entre bandas juveniles dedicadas al crimen, por el hecho, imagino, del odio que unas bandas se profesan a otras. El motivo o causa discriminatoria no podría ser otro que la ideología, ya que, el resto de causas parecen alejarse mucho de la motivación de los integrantes de estas bandas cuando se asesinan entre ellos.

Como se observa, el riesgo de enfocar estos delitos dentro o en el seno de un animus model es la completa desnaturalización que puedan sufrir los mismos, ya que son delitos, no puede olvidarse, que nacen fundamentalmente para salvaguardar colectivos discriminados¹¹, pero que podrían acabar aplicándose, en virtud de la deriva expansionista de la política criminal española, para sancionar con mayor pena a los “ajustes de cuenta” entre líderes de bandas juveniles. Y más aún, si se tiene en cuenta que dentro de las causas discriminatorias se encuentra la “ideología”, que permite el encaje de prácticamente toda agresión que apunte a cualquier tipo de actitud o creencia política, económica, deportiva o de otro tipo

odia a un “no vulnerable” pero que está en uno de los grupos identificados en el tipo penal. La clave es la motivación discriminatoria, la pertenencia de las víctimas a la “nacionalidad española”, y la creencia sobre el dato objetivo del odio por la ideología relacionada con la nacionalidad, porque la agresión y humillación tuvo en esta causa la razón por la que actuaron los recurrentes, no por otra”.

11. Como CANCIO/DIAZ (2019, 65) recuerdan como en EEUU la ley federal sobre delitos de odio se volvieron a impulsar definitivamente en el año 1998 tras los asesinatos de un estudiante al que torturaron y mataron por su orientación sexual y de un hombre de mediana edad al que descuartizaron unos simpatizantes del KKK por ser de raza negra.

que provoque cierto rechazo en el autor del delito. Como recuerda TAPIA (2021:317) ya se ha discutido la inclusión dentro de los motivos ideológicos de los insultos y/o agresiones a toreros, miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad o a los monarcas.

IV. ¿CUÁNDO SE FOMENTA, PROMUEVE O SE INCITA AL ODIIO?

Nos es infrecuente escuchar y asistir a cánticos, expresiones y actitudes racistas en los espectáculos deportivos, muy especialmente, en los campos de fútbol¹². Estamos ante comportamientos que preocupan especialmente a las autoridades, fundamentalmente, por los propios protagonistas de tales cánticos que no dejan de ser miembros de grupos radicales, en muchas ocasiones neonazis.

En los últimos meses, el jugador de fútbol Vinicius Junior ha sido objeto de este tipo de cánticos ofensivos e injuriosos. Concretamente, en este trabajo nos referimos a los insultos recibidos en el estadio del Atlético de Madrid antes del inicio del partido de fútbol que enfrentaba al citado equipo al Real Madrid y que fueron objeto del siguiente titular periodístico:

El “Vinicius eres un mono” llega a la Fiscalía sobre delitos de odio. Culemanía. 1/01/2022. Según la Agencia Efe, “la Fiscalía Provincial de Madrid ha abierto una investigación en relación a los cánticos de tintes racistas que se escucharon tanto fuera como en el interior del Civitas Metropolitano contra un jugador del Real Madrid (Vinicius Júnior) el pasado domingo, día 18 de septiembre, en el partido de fútbol entre el Atlético de Madrid y Real Madrid. Entre los insultos que se profirieron durante el derbi madrileño, las cámaras captaron a decenas de personas gritando: *Vinicius eres un mono* a las puertas del estadio. La investigación parte de una denuncia presentada por Movimiento contra la Intolerancia y el ministerio fiscal ya ha pedido a la policía nacional que analice las grabaciones sobre estos hechos a fin de que identifique a las personas que profirieron insultos racistas y, en su caso, le informe sobre si dichas personas tienen algún tipo de relación con grupos violentos o movimientos de ideología extremistas, así como con otra serie de incidentes o infracciones de similar naturaleza. Y continúa diciendo el periódico: “La Fiscalía pide, además, a la Policía que verifique si en el interior del estado se repitieron más episodios de tintes racistas, reclama el acta arbitral del partido y

12. A propósito de la violencia en el fútbol, véase BELTRÁN MARTÍNEZ, J. V./RUIZ GROS, E. (2022), *Violencia en el fútbol (racismo, xenofobia, intolerancia y ultras)*, en DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Odio y discriminación en tiempos convulsos*, Comares.

solicita a los servicios de seguridad del Atlético de Madrid que faciliten cualquier información que pudiera ayudar a la clarificación de los hechos. A falta de que avance la investigación, el Ministerio Público considera que estos cánticos racistas encajarían con un delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”.

La noticia no aclara qué tipo de delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas está investigando la policía, ni tampoco cuál es el delito que entiende el denunciante, Movimiento contra la Intolerancia, que se ha realizado. A partir de aquí, se abren fundamentalmente dos posibilidades:

En primer lugar, activar el art. 510.1 CP que recoge lo que viene a denominarse como delito de “discurso de odio” cuando sanciona con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses a: “Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel (...). La doctrina parece mostrarse prácticamente unánime (como recuerda DE VICENTE, 2018:129) al afirmar que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, donde se persigue otorgar una protección adelantada a la dignidad, libertad, igualdad o al derecho a no ser discriminado. En el mismo sentido se expresa la STS, sección 1.ª, núm. 47/2009, de 4 de febrero, cuando, tras reconocer que el bien jurídico protegido es la dignidad de las personas y colectivos de personas a los que por su especial vulnerabilidad el código otorga una protección específica, afirma que el “el tipo debe completarse con el riesgo que mantener este tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como la vida, la integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad”. Desde esta perspectiva, la lesividad de la prohibición se proyecta sobre el futuro, sobre lo que puede pasar, más que sobre lo que ha pasado: el hecho no se sanciona por lo ya ocurrido, sino por su capacidad objetiva para provocar hechos futuros. Siguiendo este planteamiento, se ha defendido que estamos ante lo que se denomina como un “delito clima”, entendido éste como aquel que pretende generar una atmósfera o clima propicio a la comisión futura de determinados hechos delictivos (GÓMEZ MARTÍN, 2016:93). Mediante el discurso de odio se llega a generar “un envenenamiento del espacio público mediante discursos que tienden a negar la igual dignidad de las personas sugiriendo tácitamente que hay personas de primera categoría y otros de segunda, superiores e inferiores, con todos los derechos y con

derechos en precario o menos derechos, lo que prepararía el clima que desembocaría en el paso al acto, en el enfrentamiento comunitario o la discriminación sistemática e incluso eliminación de colectivos (LANDA, 2018b:38). No obstante, el hecho de que estemos ante un delito de peligro abstracto no significa que cualquier tipo de comportamiento injurioso o incluso racista o discriminatorio merezca la activación del ordenamiento penal. En efecto, no son pocos los autores que identifican el artículo 510 CP como un delito de peligro abstracto y al mismo tiempo utilizan fórmulas restrictivas para delimitar los contornos del tipo penal. En este sentido, LANDA (2018b: 105) advierte que “no toda interferencia de agresión intergrupal potencial puede ser típicamente relevante. Solo en contexto, cabrá filtrar las constelaciones de casos que *hacen crisis* y determinan que el mensaje cala con sus funestas consecuencias liberticidas. De otra manera el artículo 510 CP no tendría límites y terminaría por enterrar el núcleo esencial de otros derechos fundamentales, particularmente la libertad de expresión (...). El discurso de odio *eficaz* despliega un peligro real –no meramente presunto– que debe comprobarse en el contexto de *clima social*. El discurso eficaz refuerza la amenaza: *tiene un efecto amenazante coactivo* pues mina –de verdad– los espacios de libertad en términos grupales”.

Volviendo al caso “Vinicius”, ¿la pregunta es la siguiente? Estos cánticos racistas tienen la entidad suficiente para fomentar, incitar y provocar odio hacia Vinicius y al colectivo de personas de raza negra, capaz de amenazar sus condiciones de seguridad existenciales, su libertad, dignidad o igualdad. En mi opinión, se trata de afirmaciones claramente injuriosas pero que no son suficientemente relevantes para afectar a alguno de los bienes jurídicos citados en relación con Vinicius y el colectivo al que pertenece. Expresado de otra forma, para activar el delito del discurso de odio contenido en el art. 510.1 CP no basta con proferir insultos racistas o discriminatorios, ni con menospreciar o humillar a las víctimas, sino que además se debe crear una atmósfera, caldo de cultivo o ambiente que vaya más allá del mero insulto racista.

Ciertamente, con la reforma del año 2015, basta con promover “indirectamente” el odio, es decir, no debe existir una incitación directa, concreta. Precisamente, uno de los objetivos de la reforma fue eliminar uno de los requisitos que impedían una mayor aplicación de la norma: que la incitación fuese directa. No obstante, a pesar de la desaparición de este requisito, no puede entenderse de forma automática que cualquier tipo de insulto sea capaz, ni incluso indirectamente, de fomentar o provocar al odio, hostilidad, discriminación o violencia. En este sentido, entiendo que el insulto “eres un mono”, a pesar de que tiene un claro tinte racista

–pretende identificar a las personas de raza negra con los simios– no tiene la suficiente entidad para promover el odio hacia el colectivo ni incluso hacia el propio Vinicius, o, al menos, no el suficiente o necesario para activar el instrumento o herramienta penal.

No es fácil encontrar pronunciados en el tribunal supremo en el que se castigue el discurso de odio. Entre las pocas sentencias condenatorias, puede citarse la STS, sección 1.^a, núm. 72/2018, de 9 de febrero, que juzga los comentarios vertidos por un individuo en distintos días y mediante varias cuentas en la red social Twitter: “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas”. “Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias”. “Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande”. “Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre”. “Ya no se ven atentados como los del 11S, estos de la Yihad no valen, sin van a masacrar a gente que lo hagan con estilo, vuelve Bin Laden”. “Marta del Castillo era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad”. “A mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble”. Finalmente, el 16 de enero de 2016 comparte la imagen de una mujer (no consta si fue víctima de maltrato o violencia de género), con el lema “Ya la he maltratado, tu eres la siguiente”.

Ciertamente, en los comentarios analizados no se produce ninguna incitación y/o provocación directa a la comisión de actos violentos, ni discriminatorios, y en consecuencia, su incriminación como delito del art. 510 CP antes de la reforma del año 2015 podría haber generado importantes dudas. No obstante, los hechos se cometieron tras la entrada de vigor de la reforma del código penal, en la que ya no solo se sanciona la provocación directa sino también la promoción o fomento, incluso indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia. Este parece ser el principal razonamiento que utiliza el TS para castigar la conducta como delito: “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, la 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 Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la anti-juricidad 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. 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”. Continua afirmando el Tribunal, “el contenido de las frases revela el carácter agresivo de las expresiones y la constatación del odio al ir referidas a situaciones en las que desea encontrar a mujeres a las que se refiere en términos agresivos en un contexto de género (art. 510 1 a) CP ...”. Finalmente, concluye: “el autor conoce y quiere la realización de las expresiones que vierte a las redes sociales con un contenido indiscutido de odio que merecen reproche contenido la norma”.

Volviendo al caso Vinicius, desterrada la posibilidad de aplicar el art. 510.1 CP, me pregunto si cabe la opción de apreciar en estos casos el art. 510.2 CP que castiga con penas de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas.

En este caso, entiendo que existieran más posibilidades de castigar a los hinchas a través del art. 510.2 CP, donde no hay que probar la promoción del odio, sino únicamente la existencia de una humillación, vejación y/o menosprecio. Pero, nos volvemos a preguntar, es este cántico suficiente o bastante para afectar al colectivo que pretende discriminarse.

V. ¿CUÁNDO EL ODIO AFECTA AL COLECTIVO DISCRIMINADO?

En efecto, en los dos preceptos a los que hemos considerado como delitos de odio en sentido estricto –arts. 510 y 22.4 CP– la acción no solo debe afectar a la víctima concreta que la sufre sino también al colectivo al que pertenece. En este sentido, LAURENZO (2021:102) recuerda que el art. 510.2 CP dice expresamente que “el atentado a la dignidad debe entrañar humillación, menosprecio o descrédito e ir dirigido a alguno de los grupos protegidos, a una parte de ellos o a una persona determinada por razón de su pertenencia al grupo, para posteriormente concluir que: “no se trata entonces de cualquier acto vejatorio aislado que tenga por causa alguna de las circunstancias personales contempladas en la ley (por

ejemplo, la orientación sexual o el origen nacional). Hace falta, además, que por el contexto en el que se realiza, el acto exprese objetivamente una minusvaloración del grupo al que pertenece la víctima, profundizando así en el estigma social con todo lo que ello representa de negativo para sus miembros, en particular, por el paulatino debilitamiento de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales¹³.

Y aquí es el momento de abordar la quinta de las noticias apuntadas al inicio del trabajo: **un año y medio de cárcel por amenazar a dos transexuales con prenderles fuego**. La noticia se expresa en los siguientes términos “dos jóvenes, uno de ellos con numerosos antecedentes, han sido condenados a un año y medio de prisión por dos delitos de amenazas y uno contra el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas tras reconocer que increparon a dos personas transexuales en València, a quienes persiguieron en coche, amenazando con matarles por su condición sexual. Llegando incluso a amedrentarles con una cadena y a decirles que les iban a *rociar con gasolina para prenderles fuego*. *Maricones y travestis de mierda, hay que matar a la gente como vosotros*, son algunos de los mensajes de odio que esgrimieron contra sus víctimas. Instantes antes también había insultado por motivos homófobos idénticos a una tercera víctima. A éste hasta hicieron amago de intentar atropellarlo, según consta en el escrito de hechos del fiscal reconocido por los dos acusados. Ambos jóvenes han aceptado penas que suman el año y medio de prisión –seis meses por cada delito– tras llegar a un acuerdo todas las partes en el juicio celebrado por conformidad esta mañana en la sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia. Inicialmente se enfrentaban a sendas penas de tres años y nueve meses de cárcel, según la petición de la Fiscalía. Los hechos ocurrieron en la madrugada del 23 de noviembre de 2019 cuando los dos jóvenes circulaban en un vehículo por la calle Joaquín Ballester de València. Desde el coche profirieron expresiones contra un hombre como que “iba a culear a un maricón”. Cuando esta persona les respondió diciéndoles (sic) qué les importaba, éstos le asustaron mostrándole una cadena e incluso hicieron amago de atropellarlo. Posteriormente la tomaron con otras dos personas, ambos transexuales, a quienes tras preguntarles insistentemente cuánto cobraban, les gritaron: “maricones, os vamos a cortar la polla”, hay que matar a gente como vosotros”.

13. La autora cita como ejemplo donde se afecta al colectivo o grupo discriminado, el episodio que protagonizaron algunos hinchas del equipo de fútbol PSV Eindhoven en la Plaza Mayor de Madrid arrojándole monedas al suelo a cuatro mujeres rumanas que se habían acercado a pedir limosna, obligándolas a agacharse, a correr y hasta a hacer flexiones, llegando uno de ellos a exhibir un billete de cinco euros que procedió a quemar cuando las mujeres corrieron a buscarlo, todo ello en medio de burlas y comentarios vejatorios.

Cuando sus víctimas trataron de huir, los acusados los siguieron en coche “chirriando ruedas con la intención de amedrentarlos” y les amenazaron con prenderles fuego”.

Como se observa, se trata de una sentencia de conformidad en la que los culpables asumen haber cometido un delito de amenazas y un delito de odio contenido en el art. 510.2 a).

No cabe duda que en el caso relatado existe un componente discriminatorio en las acciones de estos dos individuos que perseguían amedrantar y agredir a personas de otra orientación sexual diferente a la suya. Una posible solución jurídica hubiese sido la aplicación del delito de amenazas y la correspondiente agravante genérica por discriminación homófoba del art. 22.4 CP. No obstante, parece que el fiscal entendió más oportuno calificar los hechos como amenazas y el delito de injurias colectivas del art. 510 2 a) CP que aplicar únicamente el delito de amenazas agravado. Es posible que la opción de la fiscalía suponga una mejor valoración de los hechos, ya que, la aplicación de amenaza agravada, podría dejar sin sanción penal los insultos homófobos, tales como, “maricones y travestis de mierda”. Aunque, ciertamente, este tipo de insultos y comportamientos homófobos son los que justifican la activación de la agravante genérica, pudiéndose quedar vacía de contenido esta agravante si siempre que se produce este tipo de insultos se aplica el art. 510.2 a) CP.

Pero, la cuestión que nos ocupa en este apartado es si los hechos relatados en la noticia suponen una afeción o lesión de los intereses, derechos o bienes no solo de las víctimas concretas, sino también del colectivo o grupo discriminado al que pertenecen. Sin dejar de reconocer que se puede tratar de un supuesto limítrofe” o “frontera” en el que la entidad de los hechos no es lo suficientemente grave para afirmar con rotundidad que se produce una lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos del colectivo discriminado, pueden apuntarse, siempre con dudas y recelos, algunos elementos que vienen a sustentar la calificación de los hechos como delito de odio: muy especialmente, puede destacarse que se tratan de dos hechos diferentes cometidos por los mismos sujetos contra el mismo colectivo o grupo. Ello pone de manifiesto que no se trataba de un supuesto aislado, fruto de una discusión, riña o cualquier otro enfrentamiento en el que se profiere un insulto, sino que es un comportamiento que buscaba amedrantar y asustar a personas homosexuales. Y, aunque los hechos no fueron graves al no pasar de meras amenazas e insultos (no hubo ningún tipo de agresión física) ciertamente son capaces para generar inseguridad, miedo o angustia en las personas homosexuales que habiten por el lugar o que suelen acudir al mismo, no resultando inverosímil que decidan no volver a transitar por la zona por miedo a ser agredido.

Un caso muy similar al anterior es el que aborda la Audiencia provincial de Madrid, sección 4.^a, mediante sentencia núm. 107/2019, de 25 de marzo, en el que varios menores se dirigen a una zona de ambiente con la intención de insultar a personas homosexuales y, tras haber referido las siguientes expresiones “la vamos a liar bien gorda con los maricones de mierda, ya verás como la liamos, no sabes hasta qué punto”, propinó un fuerte puñetazo a un hombre vestido de mujer que en ese momento salía del bar para ver lo que sucedía.

No puede obviarse que la línea que diferencia o distingue el “contexto discriminatorio” o, expresado de otra forma, cuándo estamos ante una afección que afecta al colectivo o grupo discriminado y cuándo no, es especialmente fina. Los propios tribunales vienen articulando soluciones claramente diferentes para casos muy similares. Así, a modo de ejemplo, no se aplica –acertadamente, en mi opinión– el art. 510.2 a) CP cuando una mujer, en el ámbito de una discusión vecinal causada por determinados olores, agrede a otra y además le insulta mediante las siguientes expresiones: “hija de puta, travesti de mierda, te voy a matar, te quiero en la cárcel o bajo tierra” (SAP Barcelona, sección 5.^a, núm. 570/2019, de 16 de septiembre). En cambio, sí se aplicó el art. 510.2 a) para un supuesto muy similar en el que un sujeto salió de un cajero automático en el que solía dormir y se acercó a una mujer de nacionalidad china y tras gritarle “china de mierda”, le “te voy a matar”, “hija de puta”, “vete a tu país”.

Como se observa, las diferencias entre supuestos que sí merecen reacción penal y aquellos para los que los tribunales no responden mediante el acervo punitivo son mínimas o insignificantes, apuntándose fundamentalmente al ámbito o contexto en el que se producen los hechos y a la repetición e insistencia en los mismos.

De igual modo, los tribunales vienen a confundir aún más a los operadores jurídicos al aplicar el art. 510.2 a) para castigar comportamientos en los que bastaría la aplicación de la agravante por motivos discriminatorios para desvalorar adecuadamente desde un punto de vista jurídico el hecho.

VI. ¿CUÁNDO SE APLICA LA AGRAVANTE POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS?

Efectivamente, uno de los principales efectos que ha generado la reforma de los delitos de odio en el año 2015 ha sido el desplazamiento de la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP por el art. 510.2 CP. Porque, como se viene advirtiendo, muchos de los

comportamientos que anteriormente se castigaban a través del delito de injurias, lesiones, amenazas, etc., y la agravante genérica del art. 22.4 CP, en la actualidad, se resuelven mediante la aplicación del delito de injurias colectivas del art. 510.2 a) junto al delito concreto cometido.

En este punto procede abordar las últimas de las noticias apuntadas al inicio del trabajo: **“piden 18 años por prender fuego a un bazar chino por haber traído el virus”**. Un hombre se enfrenta a una petición fiscal de 18 años de prisión por un delito de incendio al haber prendido fuego a un bazar chino en julio de 2020, ya que consideraba que estos ciudadanos de origen chino eran culpables de haber *traído el virus aquí, a España*. El fiscal considera que el procesado realizó los hechos *movido por su menosprecio hacia la raza asiática* y que ha incurrido en el agravante de cometer el delito por motivos racistas o discriminatorios por razón de raza, según el escrito acusatorio, al que ha tenido acceso Efe. *“Habéis traído el virus aquí, a España; este chino te lo quemo; amarillo; mandarín”*, son algunas de las manifestaciones despectivas que hacía a los miembros de esta comunidad dirigió el acusado, concretamente a los dependientes de la tienda, horas antes de que prendiera fuego al bazar. El fiscal destaca en su escrito acusatorio que incluso cuando ya fue detenido y estaba en los calabozos de las dependencias de la Guardia Civil, dijo a los agentes que *los chinos se merecían lo que les había pasado, ya que son unos hijos de puta invasores y son los culpables del coronavirus, por eso le he metido fuego a su tienda*. El incendio se produjo sobre las 23.50 horas del 17 de julio de 2020 en el municipio de Torrox pese a que el acusado tenía *pleno conocimiento del peligro que sus actuaciones suponían para la vida de los vecinos del edificio*. Tras romper el cristal de la puerta de acceso, vertió en su interior un líquido inflamable de carácter desconocido y el fuego se propagó rápidamente. A consecuencia del humo dos ancianas de 85 y 90 años tuvieron que ser evacuadas por agentes de la Guardia Civil y Policía local de Torrox, y fueron necesarios dos camiones de bomberos por la extinción definitiva del fuego. El juicio está previsto que se celebre el próximo miércoles en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga.

Sin conocer la concreta calificación de la fiscalía, entendemos que el hecho de solicitar la pena de 18 años de prisión, responde a la comisión de un delito de incendio del art. 361 CP que prevé una pena de 10 años a 20 años, que se aplica en su mitad superior, debido a la concurrencia de la agravante genérica por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP. En esta ocasión, no cabe duda que nos encontramos ante un supuesto en el que se cumplen las exigencias típicas para apreciar la agravante por motivos discriminatorios: en primer lugar, la acción reviste una gravedad indudable, pues, supone el incendio de un local comercial en una zona urbana

con la puesta en peligro de la vida de personas; en segundo lugar, recae sobre un colectivo discriminado en España, como el chino, no solo por su condición de etnia minoritaria, sino también por la asociación de una serie de etiquetas y prejuicios que se les viene aplicando al colectivo, a los que recientemente se ha añadido el de “portadores de virus”; en tercer lugar, la acción y su resultado no solo afectan al individuo en concreto sino también al colectivo al que pertenece, ya que, es suficiente o bastante para poner en peligro las condiciones de seguridad existenciales del colectivo, para “hacer crisis” y/o generar un clima de miedo e inseguridad en el resto de ciudadanos chinos, muy especialmente, los propietarios de tiendas.

Restaría, ya únicamente, por saber si es más adecuado aplicar el art. 510.2 a) por los insultos e injurias realizadas por el acusado, tales como “hijos de puta invasores” y “culpables del coronavirus”. En esta ocasión, entendemos que no procede la aplicación del delito de injurias y vejaciones colectivas pues el desvalor de la acción recae fundamentalmente sobre el incendio provocado, resultando las expresiones proferidas una especie de complemento y/o corolario que conlleva la acción. Ciertamente, una importante mayoría de este tipo de comportamientos que llevan aparejados la agravante genérica del art. 22.4 CP por “motivos discriminatorios” supondrán también una afeción al honor. No en vano, son comportamientos en los que existe animadversión, rechazo o desprecio hacia la víctima, por lo que, no resulta infrecuente que el delito principal venga acompañado de insultos o comportamientos vejatorios. Así, es más que probable que lesiones, amenazas o incendios (como este último supuesto) vengán acompañados de insultos o acciones vejatorias. No obstante, se trata de analizar cuando tales insultos, vejaciones o, incluso, amenazas se desvaloran de forma adecuada mediante la aplicación de la agravante, sin necesidad de aplicar un nuevo delito. Y, en este sentido, entiendo que cuando estemos ante este tipo de comportamientos, pero sean de leve entidad (es decir, no superen el umbral del delito leve) la aplicación de la agravante puede ser relevante para desvalorar el hecho. No en vano, en este caso, si no hubiese existido el incendio, y la acción cometida se hubiese limitado a los insultos proferidos, el comportamiento hubiese quedado impune por falta de lesividad penal, pudiéndose resolver por la vía civil.

VII. CONCLUSIONES

1.- Cuando hablamos de “delitos de odio” hablamos del núcleo duro de los delitos de odio o delitos de odio en sentido estricto, esto es, los arts. 22.4 y 510 CP. Entendemos que el resto de delitos deben quedarse bajo la

denominación de delitos antidiscriminatorios o la propia denominación del capítulo o título del código penal en el que se encuentra. Resulta necesario una restricción del uso del término “delitos de odio” para evitar no solo su expansión sino también su manipulación por parte de los partidos políticos, los medios de comunicación e incluso las instituciones públicas.

2.– Cuando hablamos de “delitos de odio”, debe verificarse o probarse la existencia de un odio discriminatorio. No basta cualquier tipo de odio, sino que el sentimiento o animadversión que mueve la acción debe basarse en la pertenencia del individuo a un determinado grupo o colectivo. Podríamos decir que se trata de un “odio identitario” en el que se comete la acción por la identidad de la víctima que le sitúa dentro de un colectivo o grupo despreciado o minusvalorado por el autor.

3.– El comportamiento de odio con relevancia penal debe ser grave, debiéndose verificar no solo la puesta en peligro para los derechos o bienes de la víctima que recibe la ofensa sino también para el colectivo al que pertenece.

4.– El comportamiento de odio debe realizarse en un contexto discriminatorio y profundizar en el mismo. Por ello, los hechos aislados frutos de meros exabruptos o reacciones esporádicas no son aptos para generar un clima o ambiente en el que se puedan ver afectados los bienes jurídicos del colectivo discriminado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN MARTÍNEZ, J. V./RUIZ GROS, E. (2022), *Violencia en el fútbol (racismo, xenofobia, intolerancia y ultras)*, en DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Odio y discriminación en tiempos convulsos*, Comares.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A. (2010), *Victimización de migrantes*, en Tamarit Sumalla, J, *Victimas olvidadas*, Tirant lo Blanch.

CISNEROS ÁVILA, F., *La agravante de discriminación por razones de género: una oportunidad para una aplicación del derecho penal con perspectiva de género*, en LAURENZO COPELLO, P./DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares.

CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2019), *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?: Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*, Aranzadi.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018), *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del código penal*, Tirant lo Blanch.

- GARCÍA ÁLVAREZ, P. (2004), *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2016), *Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista*, *Revista electrónica de Ciencia y Criminología*, 18-20.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., (2018a), *El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP*, en Jon-Mirena Landa y Enea Garro (Directores), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., (2018b), *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch.
- LAURENZO COPELLO, P. (1996), *La discriminación en el código penal de 1995*, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19.
- LAURENZO COPELLO, P. (2018), *Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados*, en Paz de la Cuesta y otros (coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basco*, Tirant lo Blanch.
- LAURENZO COPELLO, P. (2021), *No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio*, en LAURENZO COPELLO, P./DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares.
- REY MARTÍNEZ, F. (2015), *Discurso de odio y racismo líquido*, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.), *Libertad de expresión y discurso de odio. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, núm. 12. Edita Universidad de Alcalá y Defensor del Pueblo.
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2021), *Los titulares del bien jurídico en los delitos de odio*, en LAURENZO COPELLO, P./DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares.

La necesaria redefinición de la agravante de discriminación desde el concepto de delito de odio¹

FÁTIMA CISNEROS ÁVILA

*Profesora ayudante doctora
Universidad de Málaga*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO DE DELITO DE ODIO COMO LUGAR COMÚN: 1. *La génesis de la persecución penal de los comportamientos vinculados al odio y la discriminación.* 2. *El concepto normativo de delito de odio.* 3. *Elementos claves en la construcción de una categoría restrictiva de delitos de odio: el objeto de protección y el efecto de las conductas basadas en el odio.* III. OBS-TÁCULOS PARA LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN CONFORME AL CONCEPTO RESTRICTIVO DE DELITO DE ODIO. 1. *Línea doctrinal y jurisprudencial en la interpretación del artículo 22.4.º CP: peligroso protagonismo del elemento subjetivo.* 2. *La motivación como elemento exigido para la aplicación de la agravante de discriminación.* IV. RECAPITULACIÓN: CLAVES PARA LA REDEFINICIÓN DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

-
1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación UPO-1255802 “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?”, del que son investigadoras principales la profesora Dra. D.ª Juana del-Carpio-Delgado (IP) y la profesora Dra. D.ª María Holgado González (CO-IP). Programa Operativo FEDER Andalucía 2014/2020.1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2022.

RESUMEN. La tendencia expansiva experimentada por la categoría de delitos de odio ha afectado irremediablemente a la definición, interpretación y aplicación de la agravante de discriminación contenida en el artículo 22.4.º del Código penal. Esta línea extensiva ha tenido como consecuencia la aplicación de esta figura en supuestos que se apartan del objeto de protección de los delitos de odio y que desvirtúa el que entendemos debe ser el verdadero alcance de la agravante de discriminación. En este trabajo se plantea la redefinición de la agravante de discriminación desde el concepto de delito de odio como lugar común partiendo, previamente de la delimitación de esta categoría y de su verdadero objeto de protección para, a continuación, perfilar las claves para una correcta definición de la agravante.

PALABRAS CLAVE: delitos de odio, discriminación, agravante de discriminación, derecho antidiscriminatorio.

I. INTRODUCCIÓN

Durante la elaboración de este trabajo se aprobó la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, por medio de la cual se ha modificado la agravante de discriminación del artículo 22.4.º del Código penal incorporando la posibilidad de agravar la pena de un delito cuando este se cometa por “motivos antigitanos”. Meses antes, la Ley Orgánica 8/2021 de Protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia incluyó, a pesar de que la temática de dicha ley poco o muy poco tuviese que ver con la agravante del artículo 22.4.º CP, la aporofobia y la exclusión social como motivos discriminatorios que pueden dar lugar al incremento de la sanción a imponer en un delito concreto. También *aprovechó* el legislador para incorporar una cláusula final en este precepto en virtud de la cual se establece que se podrá aplicar esta circunstancia modificativa de la responsabilidad penal “con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recae la conducta²”.

Estas recientes modificaciones de la agravante de discriminación son solo un ejemplo³ de las diversas reformas a las que este precepto se ha ido sometiendo desde su incorporación al Código penal de 1995. La deriva

2. Sobre esta nueva cláusula nos remitimos a la valiosa aportación en esta misma obra de GARCÍA ÁLVAREZ, “La nueva cláusula in fine de la agravante de discriminación y su trascendencia en el contexto de la recepción del fenómeno de los delitos de odio en el sistema penal español. Reflexión crítica”.
3. No tan recientemente la Ley Orgánica 1/2015 añadió las razones de género al listado del artículo 22.4.º CP y, con anterioridad se han ido sucediendo diversas reformas que han ido configurando la actual agravante de discriminación.

legislativa de esta agravante la ha venido configurando como una circunstancia de difícil clasificación y, en algunas ocasiones, de difícil aplicación también.

La redacción final que adoptó la agravante de discriminación en el Código penal de 1995 hace referencia a la comisión del delito por unos motivos⁴ concretos que, podríamos agrupar en el término “motivos discriminatorios”. Esta redacción ha abierto a lo largo de los años de vigencia de esta circunstancia un intenso debate sobre su naturaleza y su ubicación sistemática dentro de la teoría jurídica del delito. Por su parte, el listado original de circunstancias personales incluidas en el artículo 22.4.º CP se ha ido ampliando sin atender a una línea coherente y, de nuevo, ha alimentado la discusión sobre qué grupos deben ser objeto de protección por parte de esta agravante.

El amplio debate doctrinal y jurisprudencial surgido sobre estos y otros aspectos que se abordarán más adelante pone de manifiesto la falta de acuerdo sobre la naturaleza que el legislador le ha asignado y, podría decirse que, a pesar de las magníficas argumentaciones doctrinales surgidas en uno y otro sentido, todavía existe un amplio desacuerdo sobre el contenido de la agravante de discriminación que dificulta, a mi modo de ver, su correcta conceptualización y aplicación.

A esta, en ocasiones incorrecta y confusa aplicación de la agravante del artículo 22.4.º CP ha contribuido la deriva expansionista que, desde hace unos años han tomado los denominados delitos de odio. Hay que tener presente que la circunstancia agravante que ocupa este trabajo se ha erigido como una pieza clave de esta categoría de delitos incorporada al Código penal para perseguir los comportamientos vinculados al odio y a la discriminación y entre los que se integran figuras como el artículo 510 CP en el que se castiga el denominado discurso del odio, nuestra circunstancia agravante del art. 22.4.º CP y también otras figuras como pueden ser las de denegación de prestaciones y servicios públicos de los artículo 511 y 512 CP respectivamente o el delito de discriminación en el acceso al empleo del artículo 314 CP. Estos y otros delitos se aglutinan bajo el paraguas del concepto de delito de odio categoría que, si bien nació en un contexto concreto para proteger a los colectivos más vulnerables de

4. Durante la fase de tramitación del Código penal de 1995 se propusieron redacciones alternativas para evitar la referencia a los motivos y, consecuentemente la remisión a las razones internas de la persona autora de un delito. Como indica LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio (Artículos 510 y 22.4.º CP 1995)*, p. 121, se realizaron enmiendas al texto original que proponían que la mención a los motivos se reemplazase por la siguiente: “cometer el delito con expresión manifiesta de menosprecio a la víctima por razón de su pertenencia a determinado grupo étnico, cultural, nacional, orientación sexual, ideología o creencias”.

la sociedad, ha visto cómo en los últimos años esta finalidad se ha ido desvirtuando para incluir bajo el prisma de los delitos de odio situaciones que poco o nada tienen que ver con el objeto de protección atribuido inicialmente a estas figuras.

La tendencia expansionista que afecta al concepto de delito de odio no ha contribuido a aclarar el debate existente en torno a la agravante de discriminación sino que, más bien al contrario, ha venido a obstaculizar aun más una correcta interpretación de la misma dando lugar a situaciones tan paradójicas como la aplicación de la agravante de discriminación en supuestos en los que las víctimas estaban muy lejos de encontrarse en una situación de discriminación o de pertenecer a un colectivo discriminado.

Teniendo en cuenta esta inevitable relación entre expansión del concepto de odio y la adulteración de la agravante de discriminación en este trabajo se parte de la idea de que para la correcta (re)definición de la circunstancia del artículo 22.4.º CP y para reconducir de manera adecuada el debate en torno a su naturaleza o su fundamento hay que desandar el peligroso camino emprendido en los últimos años y, en primer lugar, fijar los elementos de los delitos de odio adecuándolos al sentido que, en el momento de su nacimiento, tenían estas figuras. En segundo lugar y habiendo fijado de manera correcta los aspectos fundamentales del delito de odio debemos definir conforme a estos la agravante de discriminación.

El presente trabajo no pretende realizar un estudio exhaustivo sobre el debate en torno a la agravante de discriminación ya que son muchos los autores y autoras que ya han abordado esta cuestión en profundidad. Esta aportación pretende ser una invitación a la reflexión sobre cómo debemos definir la agravante de discriminación para que cumpla su cometido como herramienta para tipificar delitos de odio desde la visión de esta categoría delictiva como medio de protección de colectivos vulnerables.

Siguiendo la coherencia de la idea de partida aquí planteada el primer paso deberá ser realizar una aproximación al concepto de delito de odio.

II. EL CONCEPTO DE DELITO DE ODIO COMO LUGAR COMÚN

Como se apuntaba en la introducción de este trabajo la agravante de discriminación del artículo 22.4.º CP se inserta dentro del conjunto de tipos penales agrupados bajo el concepto de los delitos de odio. Sin embargo, esta categoría que podría entenderse aglutinadora y clarificadora del objeto de protección de las figuras delictivas que se definen como tal y guía para su interpretación, cada vez se muestra más difusa. El uso

expansivo de los delitos de odio del que advierte ya parte de la doctrina⁵ desvirtúa el espectro de casos en los que estos pueden ser aplicados y, de este modo, pasa a incluirse bajo esta denominación cualquier supuesto en los que el *odio*, la intolerancia o, incluso la crítica a los poderes del Estado⁶, aparezcan en la raíz de la conducta. Así, se ha pretendido la categorización como delitos de odio de comportamientos como la realización de pintadas contra la iglesia católica, la exhibición en una procesión de la reproducción de una vagina o el uso de simbología sacra en la actuación de una drag queen. Estas conductas, en todo caso reconducibles a la cuestionada categoría del delito de ofensa contra los sentimientos religiosos⁷ distan, como tratará de argumentarse a continuación del sentido de protección otorgado a los delitos de odio. Igualmente ocurre con otros episodios como la agresión a los Guardia Civiles que tuvo lugar en la localidad vasca de Alsasua y en la que en una primera instancia se aplicó la agravante de discriminación pervirtiendo nuevamente el sentido de la protección del artículo 22.4.º CP y, por extensión, de los delitos de odio⁸.

Para comprender mejor porqué parte de la doctrina tacha de incorrecta la definición de estos casos como delitos de odio será necesario profundizar en el origen y en los elementos definitorios de esta categoría.

1. LA GÉNESIS DE LA PERSECUCIÓN PENAL DE LOS COMPORTAMIENTOS VINCULADOS AL OUDIO Y LA DISCRIMINACIÓN

En este apartado se hará una breve referencia al origen del concepto de delito de odio como un paso necesario para contrastar cómo ha

5. Sobre el auge y la expansión del concepto de delitos de odio *vide* LAURENZO COPELLO, P.: "No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio", LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, pp. 257-284.
6. Llama poderosamente la atención que en casos como el ocurrido en 2017 en el que se desplegó en Barcelona una pancarta contra el Rey con el texto "el Rey español no es bienvenido en los países catalanes", acompañado de una foto bocabajo de Felipe VI; o más recientemente en el caso de un twittero que en 2020 fue detenido por lanzar en su perfil de esta red social mensajes de abierto rechazo y de llamada a acciones violentas contra el Rey y otras intuiciones del Estado se hable abiertamente de la comisión de delitos de odio.
7. Para una profundización sobre los argumentos que cuestionan el delito de ofensa contra los sentimientos religiosos, *vide* ALCÁCER GUIRAO, R.: "Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos", *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 21-15, 2019, p. 1-38.
8. En este conocido caso el Tribunal Supremo actuó en cierto modo como freno a la aplicación extensiva de la agravante de discriminación y, en su sentencia 458/2019, de 9 de octubre excluyó su aplicación recurriendo, entre otras argumentaciones, a la exigencia de que el colectivo contra el que se dirige el ataque tenga la consideración de "vulnerable".

sido la evolución desde su nacimiento hasta la forma en que se definen actualmente.

Con carácter general la formulación de una respuesta penal para el castigo de conductas basadas en el odio y en la discriminación se sitúa en dos contextos temporales y geográficos distintos: el contexto estadounidense de los años ochenta y la Europa de después de la segunda guerra mundial. Como veremos en cada caso se fraguaron dos formas distintas de entender y configurar los delitos de odio pero que comparten como base común la lucha contra la discriminación de ciertos colectivos.

Dentro del contexto estadounidense la aparición del término *hate crime* se sitúa en la lucha contra la discriminación racial. El pasado esclavista norteamericano impulsó un movimiento de reivindicación de igualdad de derechos civiles para todos los ciudadanos, el cual se desarrolló con especial intensidad a partir de los años sesenta y culminó con la aprobación de la *Civil Rights Act* de 1968 y con la Ley Federal 18 U.S. 245, de 1969. En virtud de esta ley cual se consideraba delito impedir realizar actividades como acceder al transporte público, al empleo o a colegios en base a la raza, color, religión u origen nacional de la víctima. Estos hitos legislativos trazaron la primera línea en la construcción de instrumentos jurídicos para luchar contra la discriminación de determinados colectivos. Sin embargo, a pesar de la consecución de mayores cuotas de igualdad alcanzadas se seguían sucediendo los episodios violentos basados en prejuicios racistas, lo que intensificó la lucha por alcanzar una respuesta jurídica más adecuada a la problemática de los delitos con una base prejuiciosa. Surgen así las primeras iniciativas que abogan por introducir en los ordenamientos la posibilidad de imponer una pena mayor cuando el delito (delito base) se cometa con una motivación prejuiciosa, esto es, basándose en las características de la víctima. Dentro de esta tendencia se aprueba en California en 1978 la primera *Hate Crime Act* de Estados Unidos, en virtud de la cual se pasaba a agravar la pena cuando un delito se cometía en razón del perjuicio hacia la víctima. Nace así el concepto de hate crime que, de manera paulatina se va extendiendo al resto de Estados americanos.

El debate a nivel federal sobre la necesidad de incorporar la agravación de los delitos cometidos por una animadversión odiosa fundada en las características de la víctima se retoma en 1998 a raíz de los asesinatos de Mathew Shepard por su orientación sexual y de James Byrd, Jr., muerto a manos de supremacistas blancos que lo eligieron como víctima por la única razón de ser negro. El fuerte impacto mediático de estos casos puso sobre la mesa la necesidad de reformar la ley de 1969 para incluir de

manera expresa el concepto de delito de odio. Así, tras un largo recorrido se aprueba en 2009 la Matthew Shepard and James Byrd, Jr. *Hate Crimes Prevention Act* que pasa a agravar un delito cuando este se haya cometido a causa de la raza, color, religión, origen nacional, etnia, género, discapacidad u orientación sexual de su víctima⁹.

La construcción del concepto de *hate crime* en Estados Unidos se realizó conforme al *animus model* esto es, centrando la atención en la motivación del autor de los hechos delictivos para llevar a cabo su conducta. Este modelo se sustenta, principalmente en la agravación de un delito base, ya sea un delito contra las personas o incluso contra la propiedad, cuando en su fundamento se encuentre un motivo odioso. Lo fundamental será, por lo tanto, la existencia de una motivación en el sujeto basada en las características personales o *status* de la víctima.

La más o menos rápida extensión del concepto de *hate crime* al contexto europeo a través de Reino Unido¹⁰ se saldó con la adopción por parte otros ordenamientos jurídicos de la técnica de la agravación de los delitos base para luchar contra aquellos comportamientos que tenían en su base un componente de intolerancia u odio. Así, siguiendo esta tendencia el legislador español opta por la inclusión en el Código penal de 1995 de la circunstancia agravante de discriminación recogiendo en su texto de manera expresa la referencia al término motivos en una muestra, según parte de la doctrina, de la acogida en nuestro Código penal del *animus model*¹¹.

La configuración del *animus model* en el contexto estadounidense y la aparición del concepto de *hate crime* se contraponen a la tendencia seguida inicialmente en el ámbito europeo en el que la persecución de las conductas relacionadas con la violencia intolerante se articula en torno a la criminalización del discurso del odio por medio de figuras penales concretas y,

9. DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *Informe de delimitación conceptual en materia de Delitos de odio*, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2020, p. 38

10. La aprobación en Reino Unido de la *Crime and disorder Act* de 1998 incorporó en su sección 28 a 32 de la parte II referida a los delitos con agravantes raciales o religiosos un listado de conductas que, en caso de cometerse en razón de las características raciales o religiosas de la víctima serían objeto de una pena más grave. Así, por ejemplo, la sección 28 (1) establece que: “An offence is racially or religiously aggravated for the purposes of sections 29 to 32 below if: (a) at the time of committing the offence, or immediately before or after doing so, the offender demonstrates towards the victim of the offence hostility based on the victim’s membership (or presumed membership) of a racial or religious group; or (b) the offence is motivated (wholly or partly) by hostility towards members of a racial or religious group based on their membership of that group”.

11. BUSTOS RUBIO, M.: *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante* (art. 22,4.º CP). Bosch Editor, 2020, p. 194.

en contraste con lo ocurrido en la normativa de Estados Unidos se recurre al denominado *discriminatory selection model*.

En el ámbito europeo la preocupación por los comportamientos vinculados al odio se sitúa en el contexto de después de la segunda guerra mundial y se relaciona con la lucha por erradicar los discursos discriminatorios y odiosos contra determinados colectivos. A pesar de haber vivido las más nefastas consecuencias de la arenga nacionalsocialista contra los judíos, en la década de los 50/60 se experimentó un resurgir de la promoción del rechazo antisemita lo que puso inmediatamente en alerta a los poderes públicos ante el temor de que ese discurso acabase materializado en episodios de violencia contra los judíos¹². Se empiezan a poner así las primeras notas en la configuración del modelo de protección de europeo de las minorías basado, principalmente en la criminalización de la propaganda de odio contra el colectivo judío como una suerte de barrera adelantada de protección que permitiese erradicar comportamientos violentos en un estadio inicial.

A pesar de que ya se habían producido en el contexto europeo algunas iniciativas para perseguir esta forma de discurso, lo cierto es que no es hasta este momento histórico y en el contexto alemán cuando se consolida la tendencia política criminal de persecución de la instigación de masas o *Volksverhetzung*. El hito más importante en el afianzamiento de esta tendencia es la reforma introducida en el § 130 del Código penal alemán (StGB) el cual, si bien ya castigaba la incitación a la comisión de comportamientos violentos, la nueva redacción se referiría expresamente a la lucha contra las expresiones antisemitas. Se va dibujando así el denominado *discriminatory selection model* caracterizado por dirigir la protección penal frente al odio a unos colectivos concretos, en un momento inicial los judíos, por tratarse de un sector de la población históricamente discriminado y vulnerabilizado ante potenciales ataques violentos. Posteriormente esta forma de protección de las minorías a través del castigo del discurso del odio se ha ido ampliando para albergar bajo su paraguas a otros colectivos como los extranjeros o las minorías raciales y ha marcado una auténtica tendencia a nivel europeo de tal forma que se han ido aprobando instrumentos jurídicos supranacionales dirigidos a instar a los Estados a la criminalización de estos discursos y a reforzar la protección frente a las expresiones de rechazo a las minorías. Por señalar los ejemplos más significativos de esta producción normativa cabe hacer referencia al

12. GARRO CARRERA, E.: "Los discursos de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el "laberinto dogmático" del tipo de incitación a la población del § 130 StGB", LANDA GOROSTIZA, J. M./GARRO CARRERA, E. *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*. Tirant lo Blanch, 2018, p. 29.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que insta a prohibir por la ley “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. Por su parte, la Recomendación n.º 7 de 13 de diciembre de 2002 de la ECRI (Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia) sobre Legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial en su apartado 18 insta a los Estados a penalizar la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación contra una persona o categoría de personas por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional y, también la Recomendación n.º 15 de 8 de diciembre de 2015 de la ECRI Relativa a la lucha contra el discurso del odio que en su recomendación 10 establece la necesidad de imponer sanciones penales por el discurso del odio¹³. Por último, de forma más reciente la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal que en su artículo 1 establece que los Estados castiguen la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico¹⁴.

El castigo de las expresiones más graves del discurso del odio se extiende a los ordenamientos jurídicos europeos y consolida esta tendencia en la protección de los colectivos más desprotegidos de la sociedad por

13. Cabe destacar que la Recomendación general n.º 14 de la ECRI realiza una serie de apreciaciones sobre qué discurso del odio debe castigarse en pro de la salvaguarda de la libertad de expresión. Así, en su apartado 173 establece, entre las circunstancias que justifican la responsabilidad penal se refiere a aquellos casos de discurso de odio que revistan un carácter más grave y puntualiza, “cuando tienen la finalidad, o quepa suponer razonablemente que van a tener dicho efecto, incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación y cuando el uso de expresiones de este tipo tiene lugar en público”.
14. A pesar de que el ordenamiento español castiga estas conductas a través del artículo 510 del Código penal incorporado en 1995, la aprobación de la Decisión Marco 2008/913/JAI sirvió de pretexto al legislador para ampliar el ámbito de aplicación del artículo 510 CP y para crear nuevas conductas que van más allá de las exigidas por la normativa europea. Así, junto al fomento, promoción o incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia (art. 510.1, a) CP), la reforma operada en el artículo 510 CP por medio de la Ley Orgánica 1/2015 sumó conductas como la lesión de la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos incluidos en el apartado 1.º a) del artículo 510 CP y adelantó las barreras de protección castigando la posesión de materiales que por su contenido sean idóneos para la realización de alguna de las dos conductas. Para una revisión crítica sobre la adaptación del artículo 510 CP a los estándares europeos *vide* GASCÓN CUENCA, A.: “La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2015, pp. 72-92.

medio de la criminalización de la llamada pública a su discriminación, al odio o la violencia¹⁵.

Por su parte en España la entrada del *discriminatory selection model* se materializó con la persecución del discurso de odio por medio del artículo 510 del Código penal. Sin que corresponda ahora entrar en un análisis sobre su configuración y la última reforma de la que ha sido objeto, sí que corresponde señalar que en esta materia nuestro legislador ha seguido la senda marcada por otros ordenamientos y castiga la incitación pública ya sea directa o indirecta al odio, la hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

El breve repaso aquí realizado a la génesis de la persecución penal de los comportamientos vinculados al odio y la discriminación pone de manifiesto cómo las figuras creadas al calor de uno u otro modelo nacen de la necesidad de proteger a unos colectivos determinados que, con independencia de su característica definitoria tienen en común su situación de minoría vulnerabilizada y testigo de una situación de histórica discriminación. Sirve esta reflexión para sentar el que entiendo que debe ser el criterio rector para la interpretación de estos delitos y que nos acompañará en el resto del trabajo para contribuir a la redefinición de la agravante de discriminación desde estos parámetros.

2. EL CONCEPTO NORMATIVO DE DELITO DE ODIO

La concreción del concepto de delito de odio en aras de la fijación de sus elementos principales pasa necesariamente por acudir a los conceptos elaborados desde la normativa internacional, especialmente relevante en la delimitación de los límites de esta categoría delictiva. A continuación, nos referiremos a algunas definiciones dadas desde el ámbito nacional.

En la delimitación del concepto de delito de odio en el ámbito internacional encontramos definiciones emanadas de distintos ámbitos, entre los que destacan la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Consejo de Europa y la Unión Europea. Algunas de las

15. Así por ejemplo el artículo 261 bis del Código penal suizo, el artículo 283 del StGB de Austria o el artículo 604 bis del Código penal italiano son ejemplos del castigo de la incitación al odio.

definiciones dadas desde estos ámbitos se encuentran recogidas en instrumentos normativos mencionados en el apartado anterior. Veamos cuáles son las más importantes a efectos de perfilar los rasgos más representativos de esta tipología delictiva.

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa en su Decisión Ministerial n.º 9/09, de 2 de diciembre de 2009 ha definido los delitos de odio como “comportamientos criminales cometidos por una motivación prejuiciosa”¹⁶. De esta primera aproximación al concepto dado desde la OSCE extraemos que, por lo tanto, un delito de odio podrá ser cualquier delito siempre que se encuentre en su base un motivo prejuicioso. Esta definición ha sido matizada y completada en instrumentos aprobados con posterioridad aclarándose que, todo delito de odio se compone de un *delito base* que consiste en una conducta prohibida por la normativa penal al que, para que se pueda calificar como delito de odio, debe sumársele un motivo prejuicioso. En la Guía práctica para la persecución de los delitos de odio elaborada por este organismo en 2014 se aclara que estos delitos no penalizan el odio, es decir la animadversión hacia una persona, sino que lo que determina su gravedad es la selección de la víctima por su pertenencia a un grupo con unas características concreta¹⁷. Señala además que estos pueden denominarse también delitos discriminatorios enfatizando que las conductas delictivas que se realizan como manifestación de la animadversión hacia una persona por unas características concretas son una forma *extrema de discriminación*. La definición y el análisis de los delitos de odio, atendiendo a esta matización de las OSCE debe realizarse en clave discriminatoria ya que lo relevante no es simplemente la elección de la víctima por ser extranjero, de una etnia concreta o de una determinada orientación sexual, sino el mensaje discriminatorio que conlleva la acción delictiva. Este delito con base prejuiciosa debe realizarse, además sobre colectivos o sobre una persona con unas características especialmente protegidas¹⁸. Sin duda esta caracterización de los delitos de odio se acomoda a la finalidad protectora de determinados grupos sociales históricamente discriminados que, desde su aparición tanto en el contexto estadounidense como en el europeo, se le ha atribuido a los delitos de odio.

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa el órgano del que han emanado los documentos más relevantes en persecución y delimitación del delito de odio es la Comisión Europea contra el Racismo y la

16. OSCE, Decisión Ministerial n.º 9/09, de 2 de diciembre de 2009, *Lucha contra los delitos de odio*, p. 1.

17. OSCE: *Prosecuting hate crimes. A practical guide*, 2014, p. 20.

18. OSCE: *Los delitos de odio motivados por el racismo y la xenofobia*, 2021, p. 2.

Intolerancia (ECRI) cuyas recomendaciones generales instan a los Estados miembros a la adopción de medidas para facilitar la criminalización de las conductas que sean manifestación de la discriminación, con especial referencia a la lucha contra el discurso del odio¹⁹. En este sentido destaca la Recomendación General n.º 7 de Política General sobre la Legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, aprobada en 2002 y ya mencionada anteriormente en la que se recogen aquellas conductas que, desde la óptica de la ECRI deben ser perseguidas. Así, se deberán castigar comportamientos como la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación contra una persona o categoría de personas por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad, u origen nacional. Igualmente se insta a incluir en las legislaciones penales la agravación de las conductas delictivas cometidas con una motivación racista. A pesar de que desde el Consejo de Europa no se dé una definición expresa de los delitos de odio²⁰ su tratamiento recoge algunos de los rasgos que entendemos como caracterizadores de esta categoría. Así, hace referencia expresa a la existencia de grupos que merecen protección en atención a sus características (raciales, nacionales, étnicas, etc.) y a la necesidad de castigar de una manera agravada cualquier comportamiento delictivo realizado sobre una persona o colectivo por su mera pertenencia a uno de estos grupos.

Igualmente intensa ha sido la lucha en el ámbito de la Unión Europea por perseguir los actos delictivos con una base discriminatoria y prejuiciosa²¹ manifestada en la aprobación de diversos instrumentos destinados

19. La lucha emprendida por parte de la ECRI contra los comportamientos de carácter discriminatorios e intolerantes ha estado especialmente dirigida a la persecución del discurso del odio, definido en su Recomendación General n.º 15 Relativa a la lucha contra el discurso del odio como *“el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación al odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones– basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”*.
20. GASCÓN CUENCA, A.: “El concepto de delito de odio y de discurso de odio en el ámbito internacional y regional europeo”, LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, p. 167.
21. Lucha que continúa perfeccionándose e intensificándose. Así se manifiesta en un comunicado emitido por la Comisión Europea en diciembre de 2021 en el que se recoge la propuesta de ampliar la lista de “delitos de la Unión Europea” para incluir la incitación al odio y los delitos motivados por el odio. Se trata de dar una respuesta al incremento de este tipo de delitos cometidos, principalmente a través de internet y se propone a los Estados garantizar unas normas mínimas comunes sobre la manera de definir las infracciones penales y las sanciones aplicables en todos los países

específicamente a trazar una estrategia común en su prevención y persecución. En este sentido destaca la ya mencionada Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. En este texto se insta a los Estados a perseguir conductas relacionadas con el discurso del odio y a agravar aquellas conductas que tengan en su base una motivación prejuiciosa. Más allá de estas recomendaciones no contiene una definición expresa de delito de odio por lo que para conocer los rasgos de esta figura en el contexto de la Unión Europea debemos acudir a otras manifestaciones realizadas por el legislador europeo. Así, cabe mencionar que la Decisión Marco de 2008 trae causa de la línea marcada por la Unión Europea con otros instrumentos como la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico en la que la protección frente a la discriminación articula toda la intervención propuesta desde la Unión Europea. Precisamente el elemento discriminatorio y la protección de los colectivos más vulnerables a dicha discriminación parece ser el espíritu que inspira las recomendaciones de la Unión Europea en la medida en que, por ejemplo, en los considerando de la Decisión Marco de 2008 se hace referencia al carácter especialmente vulnerable de los colectivos frente a los que se dirige esta protección. Esto, podría decirse, hace patente nuevamente que la protección de los comportamientos basados en el odio y la criminalización de las conductas que son manifestación del mismo no va dirigida hacia cualquier conducta que manifieste el odio de un individuo hacia otra persona por una característica concreta, sino que en ese comportamiento deben aunarse los elementos identificados en la definición de delito de odio de la Unión Europea, esto es, ese comportamiento debe ser manifestación de la discriminación hacia una persona o un colectivo y, además, debe estar referida a un grupo destinatario de tal protección por su especial situación dentro de una sociedad. Nuevamente identificamos como límite de la definición de delito de odio el objetivo de su protección.

En el ámbito nacional ha sido el ministerio de interior el encargado de elaborar una definición expresa de delito de odio. Así en su Informe sobre

miembros de la UE. Los delitos de incitación al odio y otras conductas delictivas se incorporarían al listado de figuras penales mencionadas en el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea entre los que ya se incluyen el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Comunicado de la Comisión Europea disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_178542_comm_eu_crimes_en.pdf.

incidentes relacionados con los delitos de odio en España²² se definen como “todas aquellas infracciones penales y administrativas cometidas contra las personas o la propiedad por cuestiones de raza, etnia, religión o práctica religiosa, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, por razones de género, situación de pobreza y exclusión social o cualquier otro factor similar, como las diferencias ideológicas²³”. No existe, sin embargo más allá de la definición elaborada desde el Ministerio del Interior un concepto normativo ni unívoco de los delitos de odio a nivel nacional. Sí que existe acuerdo en afirmar que dentro del Derecho penal español esta categoría delictiva está integrada por tipos penales de muy distinta naturaleza incluyéndose desde aquellos que castigan las formas más rechazables del discurso del odio (art. 510.1 CP) hasta otras formas de discriminación punibles más concretas como las amenazas a determinados colectivos prevista en el art. 170.1 CP, el delito de torturas por razón de discriminación del art. 174.1 CP, el delito de discriminación en el ámbito laboral del art. 314 CP, el delito de denegación de servicios públicos o, de manera similar en el contexto de actividades profesionales o empresariales de los artículos 511 y 512 respectivamente y, por supuesto, toda conducta delictiva a la que quepa aplicar la agravante de discriminación del artículo 22.4.º CP.

3. ELEMENTOS CLAVES EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CATEGORÍA RESTRICTIVA DE DELITOS DE ODIOS: EL OBJETO DE PROTECCIÓN Y EL EFECTO DE LAS CONDUCTAS BASADAS EN EL ODIOS

Una vez hemos realizado algunas de las definiciones de los delitos de odio dada desde los instrumentos internacionales más importantes en esta materia corresponde ahora, a modo de recapitulación y síntesis recoger las características principales que, conforme a lo ya analizado, deben predicarse de estas figuras delictivas a efectos de una correcta interpretación de la agravante de discriminación. A este fin hay que señalar, en primer lugar,

22. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España*, Madrid, 2014.

23. Hay que tener presente que esta definición se elabora en el marco de la recogida de datos para la elaboración del informe sobre incidentes de odio, incluyendo en esa categoría tanto las infracciones de carácter administrativo como aquellas que pueden tener un recorrido penal presentándose los datos de una y otra realidad de manera conjunta. Esto ha sido así hasta 2019 momento desde el cual se computan de manera separada y así se presentan en los informes del Ministerio del Interior las cifras de conductas de odio que tienen naturaleza penal de aquella que constituyen infracciones que permanecen en el ámbito administrativo.

que se parte aquí de la propuesta de un categoría omnicompreensiva de delito de odio de forma que se abarca tanto la criminalización del discurso que alienta el odio, la discriminación y la violencia, como los delitos de actos de odio, es decir, aquellos comportamientos lesivos dirigidos contra una persona o un grupo como manifestación del rechazo y la animadversión hacia sus rasgos definitorios identificados, con carácter general, con aquellos delitos cuya pena se agrava cuando concurre la circunstancia mencionada. Sin embargo, para evitar que dentro del concepto aquí mantenido se incluya cualquier conducta en la que exista un elemento subjetivo de odio o animadversión es necesario identificar los rasgos comunes a estas figuras que permitan realizar una interpretación restrictiva de los delitos de odio y que se acomode al origen de estas figuras.

De entre los esfuerzos realizados por la doctrina para aportar los elementos que deben identificar los delitos de odio destacan aquellos que se centran en el objeto de tutela y en la naturaleza del perjuicio que existe en estas conductas y el efecto de estas.

En lo que se refiere al objeto de tutela, una correcta identificación del mismo pasa por volver la vista a las raíces históricas de esta categoría de delitos. Tal y como se ha mantenido en el apartado relativo a la génesis de la persecución de los comportamientos vinculados al odio y la discriminación estos nacen con un sentido de tutela muy concreto: la situación de vulnerabilidad y discriminación en la que de manera histórica se ha colocado a determinados colectivos de personas. Partiendo de este planteamiento los delitos de odio deben configurarse e interpretarse acorde con esta finalidad. Acogiendo las palabras de Lorenzo Copello la clave de estos delitos está en preguntarnos qué se quiere proteger con ellas²⁴ y, en esta línea resulta evidente que la introducción de una agravante en nuestro Código penal basada en la dirección del ataque sobre una víctima con unas características concretas o el castigo de determinadas formas de discursos promotores del odio, la violencia o la discriminación se debe fundamentar en la necesidad de proteger de una manera especialmente intensa a los grupos y personas sobre las que se dirige este ataque. No porque se trate de proteger su individualidad, ya suficientemente protegida a través de distintas figuras penales, sino porque se salvaguarda a estos colectivos de la perpetuación de su situación de discriminación histórica y de la condición de vulnerabilidad socialmente atribuida. Las primeras formulaciones de este tipo de figuras así lo apuntaban en la medida en que nacieron en contextos caracterizados por la existencia de grupos en situación

24. LAURENZO COPELLO, P.: "No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio", LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, p. 273.

de discriminación sistemática y ante el peligro de repetición de episodios de violencia graves contra ellos se intensificó la persecución de conductas como el discurso *de odio* o la agravación de delitos cuando estos tengan como efecto la afirmación de la situación de subordinación del colectivo diana. Una interpretación alejada de este objeto de tutela y atenta en exclusividad al elemento subjetivo de la conducta del autor puede ser la vía de entrada a la calificación como delitos de odio de comportamientos que, si bien esconden un sentimiento de animadversión, no se refiere a los grupos para cuya protección se crearon estos. A pesar de que el colectivo o colectivos destinatarios de la protección brindada por los delitos de odio se definirán necesariamente en función del contexto histórico, cultural o social de cada sociedad, siempre deberá existir un rasgo común que deberá ser la posición de desventaja en el disfrute de un estatus igualitario.

Junto con el objeto de protección como guía para construir un concepto restrictivo de delito de odio hay que mencionar los efectos que despliegan las conductas incardinadas en algunos de los tipos penales definidos como delitos de odio. Así, tomemos como ejemplo dos comportamientos basados en el *odio* o, más correctamente, en conductas prejuiciosas y de animadversión ante un colectivo concreto: por un lado la realización de discursos de promoción del odio y, por otro, una agresión física contra una persona por la pertenencia a una religión concreta. Para que el primero de estos supuestos pueda subsumirse en el tipo penal del delito de fomento, promoción o incitación al odio, a la discriminación, hostilidad o violencia deben derivarse unos efectos concretos que, además conecten con el objeto de protección arriba mencionado. Este efecto estará relacionado con el *mensaje* que se lanza sobre el colectivo concreto objeto del ataque y no será otro que un mensaje de contenido discriminatorio por medio del cual se reafirma la posición de vulnerabilidad en la que se ha colocado al grupo destinatario. En palabras de Landa Gorostiza este tipo de mensajes hacen crisis²⁵ y crean un clima que favorece y perpetua el rechazo al grupo diana y que, afirma el autor, preparan la situación para otros potenciales actos de violencia que materializarán en ataque esa situación de rechazo al perteneciente a una minoría.

Respecto a la segunda conducta usada como ejemplo paradigmático de comportamiento de odio, esto es, la agresión física a una persona en base a su religión de pertenencia, para poder plantear su agravación como una forma de delito de odio este debe desplegar el mismo efecto predicado de la conducta anterior. Así, con la agresión física se debe materializar de la manera más cruda el rechazo al grupo “representado” por la persona

25. LANDA GOROSTIZA, J. M.: “Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del ‘caso Altsasu’ STS 458/2019”, LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, p. 360.

sobre la que se ejerce la violencia. La agresión tiene consecuencias que van más allá de la integridad física protegida por el tipo penal de lesiones susceptible de aplicación al caso concreto y se convierte nuevamente en un mensaje amenazante a todo el colectivo y negador de la condición de igualdad de quien la sufre y del grupo de referencia de este.

El efecto que debe predicarse de las conductas señaladas en los párrafos anteriores se producirá cuando estas se desplieguen sobre los grupos históricamente discriminados que como se ha afirmado en este mismo apartado constituyen el sentido de protección de los delitos de odio. Así, podría plantearse la existencia de un discurso constitutivo de delito de odio, por ejemplo, en el caso de la distribución de carteles de propaganda política por parte de VOX con la comparativa entre el gasto público que suponen los menores inmigrantes no acompañados frente al que representa una persona mayor que recibe una pensión por parte del Estado, resaltando la mayor cuantía del primero²⁶ o, por ejemplo, en las declaraciones realizadas por un inspector jefe de la Policía Nacional asociando delincuencia e inmigración. Conforme a los parámetros aquí sostenidos no estaremos ante un delito de odio cuando el destinatario del discurso no pertenezca a un colectivo en situación de vulnerabilidad como ocurre, como muestra, en los discursos críticos dirigidos contra los representantes del poder del Estado como puede ser la Corona²⁷. A pesar del contenido subjetivo de animadversión que pueda albergarse en esta última conducta la situación de poder más que manifiesta en la que se encuentra el destinatario del discurso y la ausencia de efectos de carácter perpetuador de una situación de discriminación impide catalogar como delitos de odio este tipo de comportamientos, en la medida en que esto incluso podría suponer un freno a las críticas a los representantes del poder²⁸.

26. A pesar de los importantes y graves efectos discriminatorios y alentadores del odio contra los menores inmigrante no acompañados que la campaña de comunicación de VOX desplegó en un contexto de especial agitación y alarma social respecto a este tema, la Audiencia Provincial de Madrid archivó la causa al entender que no existía un delito de odio sobre el argumento de que el mensaje se incardina en una línea ideológica política y en el contexto de una campaña electoral.

El País, 19 de julio de 2021. Noticia disponible en: <https://elpais.com/espana/madrid/2021-07-19/la-audiencia-de-madrid-no-ve-delito-de-odio-en-el-cartel-de-vox-contralos-menores-inmigrantes.html>.

27. Como delito de odio precisamente se pretendió calificar la actuación de unos manifestantes que guillotinaron la fotografía del Rey Felipe VI.

Europa Press, 20 octubre de 2020. Noticia disponible en: <https://www.europa.press.es/nacional/noticia-vox-denuncia-cdr-guillotinaron-fotografia-rey-felipe-vi-delitos-contracorona-odio-20201010133200.html>.

28. Esta parece ser la línea marcada también desde los organismos internacionales. Así, refiriéndose a la criminalización del discurso de odio la Recomendación n.º 15 Recomendación General n.º 15 de la ECRI recoge que *“los Estados parte deben asegurarse de*

Respecto a los actos de odio, es decir, las agresiones realizadas eligiendo a la víctima por sus características personales igualmente debemos limitar la calificación como delitos de odio a aquellas en las que se aglutinan los elementos aquí expuestos. Así resulta innegable que podrá entenderse como tal la agresión a una persona por su condición de homosexual por tratarse de un colectivo en situación de discriminación y, a su vez por las consecuencias que para todo el colectivo se derivan, en la medida en que se reafirma su calificación de atribuida inferioridad y de contrariedad con el patrón heteronormativo. No podrá, sin embargo, incardinarse dentro de esta categoría otras formas de agresión dirigidas contra personas o grupos que representan sectores mayoritarios de la sociedad y que, a pesar de que la agresión en cuestión pueda estar motivada por dicha pertenencia, el elemento subjetivo no es lo que resulta determinante sino que habrá que estar a si el grupo diana se encuentra en una situación de discriminación y a si el efecto que se despliega con el ataque la perpetúa. No será delito de odio, por ejemplo, una ataque por parte de una persona negra a otra por su pertenencia a un grupo de ideología nazi²⁹.

Una vez determinados los elementos que entendemos deben caracterizar la categoría restrictiva de delitos de odios anclada en el objeto de protección y en el efecto de las conductas corresponde ahora analizar cómo se ha venido interpretando y aplicando la agravante de discriminación para comprobar cómo se ha alejado de la razón de ser de estas figuras para aproximarse peligrosamente a un concepto cada vez más extensivo de los delitos de odio.

que la persecución penal de estos actos delictivos no se emplee para reprimir las críticas a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas". Igualmente la Recomendación n.º 35 Comité para la eliminación de la discriminación racial afirma que *"las medidas encaminadas a vigilar y combatir el discurso racista no debe emplearse como pretexto para restringir las expresiones de protesta contra la injusticia, ni las de descontento social o de oposición"*.

29. No lo entiende así la Fiscalía General del Estado que en su circular n.º 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, afirma que los sujetos pasivos de estas figuras aquellos colectivos que representan una serie de notas específicamente señaladas en los delitos de odios contenidos en nuestro ordenamiento. Sin embargo y a pesar de que afirma que "el origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos" advierte que la vulnerabilidad no es un elemento del tipo que deba ser acreditado de la misma forma que tampoco lo es el valor ético del sujeto pasivo de forma que, afirma la Fiscalía General del Estado las conductas, por ejemplo de incitación al odio, que tengan como destinatarios a personas de ideología nazi puede ser definido como un delito de odio. Para un análisis crítico más detallado de la circular de 2019, *vide* RODRÍGUEZ RAMOS, M.: "La circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP. Requisitos comunes aplicables a los delitos de odio, DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Dir.): *Odio y discriminación en tiempos convulsos*, Comares, 2022, pp. 155-163.

III. OBSTÁCULOS PARA LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN CONFORME AL CONCEPTO RESTRICTIVO DE DELITO DE ODO

Como se ha venido advirtiendo en este trabajo los delitos de odio se encuentran sumidos en una tendencia expansionista que peligrosamente está ampliando su campo de aplicación e incluyendo bajo este concepto casos que se apartan de las directrices marcadas en el apartado anterior y que, conforme a la línea seguida en este trabajo deberían considerarse para la correcta aplicación e interpretación de las figuras de delitos de odio.

La extensión experimentada por esta categoría de delitos ha afectado de manera especialmente intensa a la agravante del artículo 22.4.º CP de forma que se ha planteado su aplicación a supuestos cuya incardinación como casos de delitos de odio resulta altamente cuestionable. La incorrecta, a nuestro entender, conceptualización de la agravante de discriminación obedece, entre otros factores, a cómo desde un sector doctrinal se ha vinculado esta agravante a la culpabilidad y a la motivación del autor a la hora de cometer el hecho delictivo, ignorando como se verá el mayor injusto que encierran este tipo de conductas. De esta interpretación se ha hecho eco además la jurisprudencia en la medida en que ha venido exigiendo igualmente la presencia de un elemento subjetivo en el autor del hecho, centrando la atención en la tendencia interna de quien comete el acto. En los siguientes epígrafes nos detendremos en los rasgos principales de la línea seguida por la doctrina y por la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de la agravante de discriminación para verificar si, como se ha venido sosteniendo, esta línea ha contribuido a ampliar el campo de aplicación de esta figura desvirtuando el auténtico sentido de protección de apartado 4.º del artículo 22 CP.

1. LÍNEA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 22.4.º CP: PELIGROSO PROTAGONISMO DEL ELEMENTO SUBJETIVO

Desde su introducción en el Código penal de 1995 la agravante de discriminación ha sido objeto de un intenso debate en torno a su fundamento y a los requisitos necesarios para su aplicación que ha revelado dos opciones contrapuestas sobre el contenido de esta figura. Sin ánimo de exhaustividad y sin que corresponda al objeto de este trabajo un análisis detallado de dicho debate sí que resulta fundamental mencionar cuál es el contenido de las posiciones enfrentadas ya que de ellas se extraen importantes consecuencias prácticas.

Es cuestión pacífica en la doctrina que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal inciden en el injusto o en la culpabilidad³⁰. Así con carácter general, se entiende que la afectación a la culpabilidad se refiere a la posibilidad de reprochar al autor de un hecho concreto, la realización del mismo. Por su parte, la referencia al injusto obedece a consideraciones relacionadas con el grado de afectación del bien jurídico lesionado con la conducta criminal. Teniendo esto en cuenta, conviene aclarar que las circunstancias agravantes que tienen su fundamento en la culpabilidad incrementarán la pena a imponer en base a la existencia de una motivación especialmente rechazable en la actuación del autor. Mientras que, las que se sustentan en el incremento del injusto, se basarán en que la conducta del sujeto pasivo ha supuesto un daño adicional al ya causado con la comisión de la conducta típica³¹.

Llevado al ámbito de la agravante de discriminación del artículo 22.4.º CP hay que plantearse, por lo tanto, si esta circunstancia encuentra su fundamento en la existencia de un mayor reproche penal por la motivación del sujeto en la realización de la conducta criminal o si, por el contrario, es la mayor gravedad del injusto por el efecto de la conducta lo que fundamenta su aplicación.

Para una parte mayoritaria de la doctrina la agravante recogida en el artículo 22.4.º CP encuentra su razón de ser en un mayor reproche penal del autor de un delito en base a los motivos discriminatorios que fundamentan su comisión. En otras palabras, la existencia de un móvil discriminatorio en la actuación del sujeto activo supone un mayor grado de culpabilidad que será la causa del aumento de la pena a imponer. Quienes sostienen esta postura³² se apoyan en el tenor literal del apartado 4.º del art. 22 CP y su referencia al término *motivos*, entendiéndose que dicha mención supone necesariamente que la discriminación con base en alguna de las características incluidas en este precepto debe haber sido la motivación

30. BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho penal*. Comares, 1998, p. 60.

31. Principales representantes de esta postura LAURENZO COPELO, P.: "La discriminación en el Código penal de 1995". *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 19, 1996, pp. 219-288 y LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Los delitos de odio (Artículos 510 y 22.4.º CP 1995)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

32. Entre otros DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*. Tirant lo Blanch, 2020, p. 530. BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho penal*. Comares, 1998, p. 65 y ALONSO ÁLAMO, M.: "La circunstancia agravante de discriminación", en JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GARCÍA MARTÍN, JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ (eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Tecnos, 2003, pp. 533-42.

determinante para la realización de la conducta típica. Así, lo que se desvalora es el sentimiento interno del autor, la existencia de un rechazo de convicción hacia una persona por lo que es.

Esta propuesta de la doctrina, pegada al tenor literal de la ley y sustentada en el acercamiento de nuestro sistema a un modelo de *animus model* no exige que dicho ánimo discriminatorio y odioso se dirija contra un colectivo en situación de vulnerabilidad, sino que lo relevante a efectos de hablar de un delito de odio es dicho ánimo, que la intención de discriminar y manifestar el odio hacia una persona sea el motor de la conducta delictiva. A efectos de la aplicación de la agravante de discriminación esto supone que, para los defensores de esta postura sea susceptible de aplicación en un caso en el que un grupo de personas inmigrantes agredan a una persona de ideología de extrema derecha que participa en una manifestación en la que se relaciona el incremento de la delincuencia con la inmigración ilegal³³.

En lo que se refiere a la aplicación e interpretación de la agravante de discriminación por parte de los operadores jurídicos parece que la tendencia jurisprudencial ha estado marcada también, en buena parte, por la referencia al elemento subjetivo vertebrador de la conducta. Sirva como ejemplo lo sostenido por el Tribunal Supremo en su sentencia 1145/2006, de 23 de noviembre en la que afirma que “se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito”³⁴.

Como se verá en el siguiente epígrafe, la fijación del fundamento en el ámbito de la culpabilidad ha tenido una influencia directa sobre los requisitos exigidos por la doctrina y por la jurisprudencia a la hora de aplicar la agravante de discriminación.

Junto con los defensores del ánimo odioso como fundamento de la agravante del artículo 22.4.º CP existe otro sector doctrinal, cuya opinión se comparte en este trabajo, que busca el fundamento de la agravante de discriminación más allá del elemento subjetivo y del ánimo interno del autor y recalca en los efectos de la conducta en cuestión para afirmar que, lo verdaderamente relevante no es el ánimo que mueva al autor del hecho sino las consecuencias que de él se deriven para el sujeto pasivo y también

33. Representante de esta línea doctrinal Díaz López, J. A.: *El odio discriminatorio como agravante penal*, Civitas, 2013.

34. En esta misma línea también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 743/2017, de 1 de diciembre o las Sentencias del Tribunal Supremo 47/2019 y 646/2018 en las que se destaca también que el ánimo subjetivo es lo que caracteriza los delitos de odio.

para su comunidad de pertenencia. Así, se afirma que la agravante de discriminación por razones de género no afecta a la culpabilidad del autor sino al injusto del hecho cometido. Es decir, la actuación con un fin discriminatorio supone una mayor lesividad de la conducta de modo que se afecta no solo al bien jurídico protegido por el delito concreto, sino que se proyecta una ofensa mayor sobre la víctima a la cual se le niega su condición de igualdad³⁵. Puede afirmarse, por lo tanto, que esta figura encuentra su fundamento en el mayor desvalor de resultado que se produce cuando una persona es víctima de un delito por el mero hecho de serlo. Pongamos como ejemplo el supuesto recogido en la sentencia del Tribunal Supremo 444/2020, de 14 de septiembre en cuyos hechos probados se relata un caso de agresión sexual cometido sobre una mujer que se dedica a la prostitución. La agresión cometida en este supuesto no solo implica un atentado a la libertad sexual de la víctima, sino que también le lanza un mensaje negándole como mujer su condición de ser humano en igualdad de derechos al hombre y perpetúa, además su posición de subordinación respecto a este. Compartimos, por lo tanto, la opinión de un sector de la doctrina que entiende que, la agravante de discriminación, en este caso por razones de género tiene su fundamento en el aumento de lo injusto³⁶.

Este razonamiento enlaza, además, con lo ya sostenido sobre el origen histórico de las figuras de delitos de odio cuya protección se debe entender dirigida a los colectivos vulnerabilizados y en una situación de sistemática discriminación de tal forma que solo cuando una conducta ahonde y perpetúe esta situación, podrá entenderse que constituye un delito de odio³⁷. Así, en el ejemplo puesto anteriormente en el que un grupo de inmigrantes agrede a un participante en una manifestación contra la

35. A este respecto LAURENZO COPELLO, P.: "La discriminación en el Código penal de 1995". *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 19, 1996, p. 282.

36. En este sentido en relación expresa a la agravante de discriminación por razones de género SEOANE MARÍN, María Jessica; Olaizola Nogales, I.: "Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.º CP)", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX. 2019, p. 467.

37. A pesar de que la línea jurisprudencial mayoritaria seguida en la aplicación de la agravante de discriminación se ha situado a favor de la exigencia del elemento subjetivo motivacional, lo cierto es que encontramos algunos pronunciamientos en los que se hace referencia de manera expresa a los colectivos vulnerables y a su situación de discriminación como los destinatarios de la protección penal otorgada por las figuras de delitos de odio. En esta línea es especialmente relevante la Sentencia del Tribunal Supremo 458/2019, de 19 de julio de 2019 en la que el alto tribunal afirma que "el legislador al incluir como agravación un contenido propio del derecho antidiscriminatorio otorga protección a las personas vinculadas a colectivos discriminados que se encuentran en desventaja para un desarrollo en libertad de su vida, evitando que esta pueda sufrir una situación de discriminación por la mera pertenencia a un colectivo minoritario y vulnerable".

inmigración irregular, a pesar de que efectivamente la agresión se produzca obedeciendo a la ideología de extrema derecha de la víctima es innegable que el efecto que esta agresión despliega sobre el colectivo de personas blancas pertenecientes a la ideología de derecha poco o muy poco tiene que ver con la perpetuación de una situación de discriminación que, para este colectivo en concreto, no puede afirmarse bajo ningún concepto. Los potenciales resultados lesivos de la agresión usada de ejemplo encontrarán reproche en los tipos penales en los que la conducta y el resultado sean subsumibles pero, desde el criterio sostenido en este trabajo no será de aplicación la agravante de discriminación al faltar ese mayor injusto en el hecho.

Quienes defienden que el mayor injusto del hecho debe sustentar la agravante de discriminación realizan un firme crítica al excesivo apego de los partidarios del *animus model* al tenor literal del artículo 22.4.º CP. Así, autoras como Lorenzo Copello sostienen que la referencia a *motivos* o *por razón de* mencionadas de manera expresa en el contenido del artículo 22.4.º CP no necesariamente debe suponer la exigencia de un elemento subjetivo del injusto más allá del dolo y propone que la referencia a los motivos se interprete como la exigencia de que “el autor realice la conducta con conciencia de estar discriminando a la víctima, de estar proyectando sobre ella un trato degradante relacionado con sus características identitarias”³⁸.

El excesivo apego al elemento subjetivo manifestado por buena parte de la doctrina ha venido obstaculizando un análisis adecuado de la agravante de discriminación, en la medida en que se ha apartado del espíritu de la norma y del resto de tipos penales pensados para proteger frente al odio a los colectivos más desprotegidos de la sociedad.

El posicionamiento sobre el fundamento de la agravante del artículo 22.4.º CP ha influido necesariamente en los requisitos exigidos para su aplicación y, nuevamente ha marcado una línea divisoria entre quienes hablan de una agravante de la culpabilidad y quienes se refieren al mayor injusto para legitimar su aplicación.

2. LA MOTIVACIÓN COMO ELEMENTO EXIGIDO PARA LA APLICACIÓN DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN

La correcta definición de la agravante de discriminación se ha visto inevitablemente condicionada por cómo se han configurado los requisitos

38. LAURENZO COPELLO, P.: “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, pp. 280.

que deben concurrir para que esta figura pueda ser aplicada en un caso concreto. Partiendo de la distinción realizada anteriormente entre las dos posiciones doctrinales que sitúan en la culpabilidad o en el injusto el fundamento de esta agravante, puede mencionarse que el diseño de sus requisitos por parte de la doctrina y la jurisprudencia se ha visto influido por estas dos corrientes.

Conviene recordar que, tal y como sostiene la mayoría de la doctrina, la circunstancia agravante por motivos discriminatorios contenida en el artículo 22.4.º CP se compone de dos elementos: un elemento objetivo y otro subjetivo³⁹ que deben darse para que esta figura despliegue sus efectos. El elemento objetivo hace referencia a los rasgos que motivan la realización de la conducta delictiva y que, hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, necesariamente tenían que concurrir en la víctima. Por su parte, el elemento subjetivo ha estado referido tradicionalmente al móvil del autor exigiéndose que su actuación esté impulsada por el ánimo discriminatorio en base a la raza, nacionalidad, sexo, género o a cualquier otra de las circunstancias mencionadas en el artículo 22.4.º CP. En este sentido la doctrina ha venido exigiendo que el móvil discriminatorio sea el motivo preponderante de la actuación del sujeto. Así ha sido requerido también por la jurisprudencia. Cabe mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 171/2010, de 28 de junio, en la que se enumeran los elementos que componen la agravante por motivos de discriminación entre los que se exige que este móvil sea el determinante para cometer el delito. Así, esta sentencia define como elementos para su aplicación: en primer lugar que haya quedado acreditado que la persona agredida forma parte de un grupo o de un colectivo que pueda ser objeto de discriminación por su posición respecto al grupo mayoritario; en segundo lugar que se acredite objetivamente que en el hecho ilícito que se juzga existan elementos que exterioricen el desprecio por la minoría afectada; y, por último que el hecho ilícito al que se aplica la agravante no aparezcan otras justificaciones que pudieran explicar por sí mismas la motivación de la actividad ilícita o que, apareciendo no sean determinantes del hecho ilícito.

39. Es importante no confundir los elementos objetivos y subjetivos de las circunstancias agravantes con el carácter objetivo o subjetivo de las mismas. Con esta segunda clasificación se hace referencia a si su concurrencia supone un incremento de la gravedad objetiva del hecho, en el caso de las circunstancias objetivas o si, por el contrario, se refiere a un mayor reproche del autor. Tradicionalmente entre las circunstancias objetivas que incrementan la pena se han incluido el ensañamiento (art. 22.5.º CP) o la alevosía (art. 22.1.º CP) mientras que, entre las subjetivas se han incluido la reincidencia (art. 22.8.º CP). MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 2015, p. 492.

El debate doctrinal y jurisprudencial sobre el contenido de los requisitos objetivos y subjetivos de la agravante de discriminación se ha reavivado en los últimos años tras la incorporación del género al artículo 22.4.º CP hasta tal punto que en 2019 se produjo un giro jurisprudencial relevante en cuanto al contenido del requisito subjetivo. Este debate se ha dividido entre quienes defienden que el requisito subjetivo de la agravante de discriminación debe referirse al ánimo del autor y los que defienden la exclusión de la motivación del autor como un elemento exigible y desplazan el requisito subjetivo al conocimiento por parte del autor de la situación de discriminación y de especial vulnerabilidad de la víctima y de que su conducta ahonda en la misma.

Entre quienes afirman que la aplicación de la agravante de discriminación exige la presencia de un elemento objetivo y otro subjetivo consistente en una motivación concreta del autor encontramos a Rueda Martín⁴⁰. Esta autora, refiriéndose a la agravante por razones de género, entiende que la agravante de discriminación tiene un doble fundamento basado, tanto en el incremento del injusto por el mayor daño provocado al colocar a la víctima en una situación de discriminación, como en una mayor culpabilidad del autor del hecho por la motivación existente detrás de su conducta. En consecuencia, afirma esta autora, debe exigirse la existencia en el autor de un móvil discriminatorio basado la característica que recaiga en la víctima⁴¹. En este sentido también Orejón Sánchez de las Heras⁴² quien, a pesar de asumir los problemas probatorios que puede tener el elemento subjetivo, exige su concurrencia para poder aplicar la agravante de discriminación.

Esta línea doctrina fue ampliamente seguida por la jurisprudencia que, en diversos pronunciamientos ha venido exigiendo la existencia en el autor de una motivación de animadversión.

En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en la Sentencia número 64/2017, de 23 de febrero, en la que se condenaba por un delito de asesinato a un hombre que roció con gasolina

40. RUEDA MARTÍN, M. A.: “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21-04.2019, p. 28.

41. Para salvar la posible vinculación de esta exigencia con el Derecho penal de autor, esta autora afirma que el móvil de discriminación debe deducirse de los concretos actos llevados a cabo por este que deben ser manifestación del ánimo de discriminar y someter a la mujer por el mero hecho de serlo. Hay quienes ven este vínculo del elemento subjetivo con los actos concretos realizados una definición más cercana al elemento objetivo.

42. OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género. Iustel, 2019, p. 197.

a su mujer y le prendió fuego. La Audiencia somete a consideración la concurrencia de la agravante de discriminación habida cuenta de que antes de los hechos objeto de enjuiciamiento se habían producido diversos episodios entre víctima y autor del delito en los que él había ejercido un fuerte dominio sobre la mujer. En concreto, destaca el tribunal la negativa de este a que la víctima se separase de él y a que iniciase una vida económicamente independiente de su marido. Esta oposición del acusado a la libertad de su mujer y la intención de continuar con la situación de superioridad y control sobre ella llevan a afirmar a la Audiencia que existe en el autor una específica motivación de perpetuar el escenario de subordinación de su mujer respecto al poder del marido⁴³. Otros pronunciamientos como el contenido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña número 198/2017, de 2 de mayo hablan también del móvil discriminatorio como fundamento de la aplicación de esta circunstancia agravante.

La tendencia de la jurisprudencia menor coincide con la línea tradicionalmente seguida por el Tribunal Supremo. De forma más actual destacan las sentencias 420/2018, de 25 de septiembre y la 565/2018, de 19 de noviembre, ambas referidas a un supuesto de agresión por razón del género de la víctima. En la primera de ellas el alto tribunal sostiene que para la aplicación de la agravante de discriminación deben concurrir los siguiente elementos: en primer lugar el sujeto activo del delito debe ser un varón y el pasivo una mujer que se encuentre o se haya encontrado unida a aquel por una relación matrimonial o análoga⁴⁴; en segundo lugar debe comprobarse que el sujeto activo haya cometido el delito con el ánimo de ejercer dominio sobre a mujer, es decir, de colocarla en un rol de inferioridad y subordinación en la relación.

A pesar de que la exigencia de la motivación como requisito necesario concurrente en el autor del delito ha sido la tendencia general en la jurisprudencia, resulta especialmente interesante el cambio de criterio jurisprudencial observado en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Así, la sentencia 99/2019, de 26 de febrero acerca los requerimientos para su concurrencia a las exigencias de una parte de la doctrina para la que, en

43. En un sentido similar se pronuncia la Audiencia Provincial de Lleida en la sentencia número 56/2017 de 7 de febrero, en un caso también de asesinato de una mujer a manos de su marido. La relación de pareja marcada por los malos tratos de él hacia ella lleva al tribunal a admitir la aplicación de la agravante por razones de género sobre el argumento de que “los hechos se cometieron abusando de una posición de dominio que dota a su comportamiento de una mayor gravedad”.

44. Es importante recordar que esta aplicación restrictiva de la agravante de discriminación por razones género fue corregida por el Tribunal Supremo en la sentencia 656/2018, de 19 de noviembre en la que se interpretó que el ámbito de aplicación de la agravante va más allá del contexto de la relación de pareja.

esta circunstancia, basta con la comprobación de la existencia de un contexto objetivo de dominación y su conocimiento por parte del autor. Así, para autoras como Seoane Marín y Olaizola Nogales⁴⁵, la dificultad probatoria del móvil discriminatorio dificulta su exigencia como un elemento de la agravante ya que, según estas autoras, conduciría a una inaplicación de esta figura con el consiguiente efecto de no valorar el injusto contenido en un delito cometido como manifestación de la situación de discriminación, en este caso, de la mujer. Esta tendencia doctrinal ha encontrado, como ya se ha anunciado, acomodo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia 99/2019 ha supuesto un cambio respecto del parecer inicial del Tribunal Supremo y ha excluido la motivación como elemento configurador del requisito subjetivo. De este modo, se descarta la necesidad de probar la concurrencia en el sujeto activo de una motivación de discriminación y supedita la aplicación de la agravante a la existencia de un contexto objetivo de dominación y al conocimiento de este por parte del autor del hecho susceptible de agravación.

La no exigencia del elemento subjetivo representado por el ánimo discriminador del autor no puede suponer, sin embargo, la aplicación directa de la agravante cuando en el sujeto pasivo concurra alguna de las circunstancias tasadas en el artículo 22.4.º CP, sino que como se mantenía al inicio del apartado debe concurrir también el elemento subjetivo. Puesto que ya no se corresponde con el móvil (motivación) de quien comete el delito, entendemos que este ahora deberá identificarse con el conocimiento por parte del autor de que con la conducta típica está atacando a una persona perteneciente a un colectivo amenazado y en situación de vulnerabilidad y que con esa actuación está perpetuando la misma⁴⁶.

45. SEOANE MARÍN, María Jessica; OLAIZOLA NOGALES, I. (2019): “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.º CP)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX. 2019, pp. 455-90.

46. En esta línea los planteamientos de LAURENZO COPELLO, P. No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, p. 280. Por su parte, autoras como García Álvarez, a pesar de sostener que la agravante de discriminación tiene un fundamento objetivo y que su aplicación se basa en la mayor lesividad que encierra un delito cuando este se comete sobre una persona por su pertenencia a un colectivo vulnerabilizado, en la medida en que con esa agresión se perpetúa la situación de discriminación, exige para su aplicación un elemento tendencial. Esto es, en el autor del hecho debe darse la intención de discriminar al sujeto pasivo. GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante de discriminación: cuestiones problemáticas y su aplicabilidad en los “delitos de opinión”, como “delito de odio”, CARPIO DELGADO, J., HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dir.): *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*. Marcial Pons, 2021. pp. 163.

La última línea jurisprudencial y la elaboración de autoras como las mencionadas en el párrafo anterior han abierto, posiblemente, la vía a una aplicación de la agravante de discriminación separada de la referencia tradicional a la motivación interna del sujeto y, cuya prueba se manifestaba en ocasiones diabólica. Sin embargo, avances producidos desde la interpretación doctrinal y desde la aplicación jurisprudencial de la agravante de discriminación no encuentran su reflejo en la interpretación que de la misma se realiza desde la Fiscalía General del Estado que en su circular n.º 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP exige de manera expresa que “el sujeto ha de actuar con conocimiento y voluntad de cometer el hecho típico (dolo), pero solo es responsable penalmente si, como se expuso anteriormente, al conducta se realiza por un motivo de odio o discriminación contra un determinado grupo o alguno de sus integrantes (motivación). Se trata de un elemento subjetivo tendencial que se ha introducido en la descripción típica de la acción y que, como tal, ha de concurrir para que esta pueda ser perseguida penalmente”. Como apunta Daunis Rodríguez⁴⁷ los efectos de esta afirmación sobre la aplicación de la agravante de discriminación se verían mitigados si la Circular de la Fiscalía General del Estado limitase los sujetos pasivos de los delitos de odio a los grupos tradicionalmente discriminados, sin embargo, lejos de esto la Fiscalía pone todo el peso de la agravante en la motivación del autor descartando que la vulnerabilidad del colectivo sea un elemento configurador de los delitos de odio y, por extensión de la agravante de discriminación.

El repaso aquí realizado a cómo se han configurado los requisitos para la aplicación de la agravante de discriminación ponen nuevamente de manifiesto la necesidad de reconducir la definición de esta figura para acercarla al campo de protección de los delitos de odio. Las posiciones interpretativas centradas en la culpabilidad o en la exigencia de un elemento subjetivo llevan a peligrosos resultados que extienden más allá de lo conveniente la intervención del Derecho penal criminalizando los sentimientos de animadversión y, a la vez, privan a la agravante de discriminación de su verdadero objetivo: la protección de los más desprotegidos de una sociedad ante los ataques más crueles como manifestación de la discriminación. Por eso, es necesario redefinir desde los parámetros aquí propuestos la agravante de discriminación. A esto se dedicará el último apartado de este trabajo.

47. DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio”, LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, p. 289.

IV. RECAPITULACIÓN: CLAVES PARA LA REDEFINICIÓN DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN

Como se ha venido manteniendo a lo largo de este trabajo la agravante de discriminación ha sido *arrastrada* por la tendencia expansiva que han sufrido los delitos de odio lo que ha desvirtuado por completo la razón de ser de estas figuras y la función del Derecho penal en este ámbito. El uso interesado de la categoría de delito de odio en contextos como las agresiones a representantes de la Corona o de la iglesia católica ponen de manifiesto la instrumentalización de estas figuras para proteger a los estratos sociales que concentran el poder. A pesar de poder identificar un elemento de animadversión en los posibles ataques sufridos por estos y otros grupos sociales privilegiados no pueden catalogarse como delitos de odio en la medida en que estos deben configurarse como una herramienta para proteger a los colectivos más discriminados de la sociedad y en constante peligro de ver puesta en entredicho su propia condición de ser humano en igualdad. Por muy rechazables que puedan resultar los ataques a integrantes de la Corona, la Guardia Civil o la Iglesia su desvalor deberá encontrar acomodo en las distintas figuras que para este fin dispone nuestro ordenamiento pero debe rechazarse de plano su protección por medio de vías como la agravante de discriminación del artículo 22.4.º CP.

Para tratar de poner freno a esta peligrosa tendencia expansionista en este trabajo se ha puesto de manifiesto la necesidad de repensar la agravante desde la categoría de los delitos de odio, lo que nos ha exigido previamente volver la vista a la propia definición de estos. Así, se proponen las siguientes claves para una correcta redefinición de la agravante de discriminación.

- a) Los delitos de odio como lugar común. La agravante de discriminación es un componente fundamental de la categoría de delitos de odio por ello se hace imprescindible una adecuada comprensión de esta para, desde ahí y como lugar común, dibujar los límites de esta y otras figuras delictivas vinculadas a los comportamientos de odio. En esta línea ya se ha puesto de manifiesto que resulta fundamental atender al origen histórico de esta categoría ya que solo de esta forma podrá comprenderse que su sentido no es criminalizar las conductas en las que existe un sentimiento de *odio* sino que esta nación con la finalidad de proteger a quienes formando parte de una sociedad no lo hacen en condiciones de igualdad. Por medio del castigo de conductas como las expresiones más graves del discurso del odio y de los actos de odio se trata de poner freno

a la perpetuación de la discriminación sufrida por los colectivos más vulnerables de una sociedad. Aquí, es imprescindible traer a colación las importantes reflexiones realizadas por Lorenzo Coppel quié ya en 1996 con la reciente aprobación del Código penal puso de manifiesto que se trata de una cuestión de discriminación. A pesar de la rápida popularización del concepto de delitos de odio no debemos perder de vista que, como afirma esta autora, *no es odio, es discriminación* y que esta quizás mal llamada categoría de delitos de odio solo tendrá operatividad y se dirige a proteger a los colectivos diana frente a las manifestaciones más graves de la discriminación.

- b) La agravante de discriminación debe interpretarse desde el mayor desvalor del resultado. Partiendo de la idea de que los delitos de odio deben concebirse como un instrumento de protección frente a la discriminación debemos afirmar que, el fundamento de la agravante de discriminación debe ubicarse en la mayor gravedad que se predica de una conducta criminal cuando esta se realiza sobre una persona perteneciente a un colectivo discriminado. A la lesión del bien jurídico afectado por la agresión (integridad física, vida, libertad sexual...) deberá sumarse el daño causado a la propia condición de igualdad de la persona víctima de la misma y a su grupo de pertenencia, en la medida en que, como se ha puesto aquí de manifiesto con el delito común realizado se ha lanzado también un mensaje a esa persona y a su grupo de referencia, un mensaje de rechazo que lo define como otro, como extraño y, en definitiva como un ser humano inferior. Este y no otro debe ser el fundamento de aplicación de la agravante porque si atendemos a los motivos internos del sujeto únicamente estaremos castigando, en un uso desmedido del derecho penal, el sentimiento de odio pero no estaremos teniendo en cuenta que ese sentimiento solo añade un mayor perjuicio cuando el hecho se proyecta sobre quienes están en una situación de desventaja.
- c) La exclusión de la motivación como requisito para la aplicación de la agravante de discriminación. Como consecuencia de lo sostenido en la letra anterior y de la definición de la circunstancia del artículo 22.4.º CP como una circunstancia de carácter objetivo debe rechazarse la exigencia para su aplicación de que concorra un elemento subjetivo motivacional en el sujeto toda vez que esto supone volver nuevamente la vista hacia la inclinación interna del autor y no hacia el efecto que su conducta tiene sobre el sujeto pasivo. Así, como requisito subjetivo de la agravante de discriminación se defiende la

exigencia del conocimiento de la situación de discriminación de la víctima y la voluntad de proyectar sobre ella esa discriminación.

Si se atiende a las claves aquí expuestas, si bien no se eliminarán la totalidad de los problemas interpretativos de la agravante de discriminación⁴⁸ sí que podrán ponerse las bases para iniciar un camino restrictivo en su aplicación, cercano al verdadero objeto de protección de los delitos de odio. Esto impedirá que se plantee la aplicación de la agravante de discriminación como un caso de delito de odio a supuestos como la agresión a varios agentes de la Guardia Civil en el País Vasco ocurrida en 2016 o en el de la agresión a unos sacerdotes por parte de una mujer en Palma para la que, la fiscalía solicita la aplicación de la agravante de discriminación. Sin descartar el reproche penal que deben conllevar estos ataques por medio de otras figuras penales, su definición como delito de odio por medio de la aplicación de la agravante desvirtúa y empaña el verdadero objeto de esta figura: defender a los más desprotegidos frente a los ataques violentos de quienes quieren negar su condición de igualdad.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÁCER GUIRAO, R.: "Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos", *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 21-15, 2019, p. 1-38.

ALONSO ÁLAMO, M.: "La circunstancia agravante de discriminación", en JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GARCÍA MARTÍN, JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ (edts.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Tecnos, 2003.

BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho penal*. Comares, 1998, p. 60.

BUSTOS RUBIO, M.: *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4.º CP)*. Bosch Editor, 2020, p. 194.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: "Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio", LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS

48. Todavía quedan pendientes en la discusión doctrinal algunos aspectos como, por ejemplo, las características incluidas en el artículo 22.4.º CP y las dudas sobre la adecuación de todas ellas dentro de esta figura o, también, los problemas interpretativos planteados recientemente con la incorporación de la cláusula final de la agravante en la que se posibilita su aplicación sin perjuicio de que las características ahí señaladas no recaigan en la víctima.

RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, pp. 285-311.

DÍAZ LÓPEZ, J. A.:

– *El odio discriminatorio como agravante penal*, Civitas, 2013.

– *Informe de delimitación conceptual en materia de Delitos de odio*, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2020.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general*. Tirant lo Blanch, 2020.

GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La agravante de discriminación: cuestiones problemáticas y su aplicabilidad en los “delitos de opinión”, como “delito de odio”, CARPIO DELGADO, J., HOLGADO GONZÁLEZ, M. (Dir.): *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*. Marcial Pons, 2021. pp. 163.

GARRO CARRERA, E.: “Los discursos de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del § 130 StGB”, LANDA GOROSTIZA, J./GARRO CARRERA, E. *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*. Tirant lo Blanch, 2018.

GASCÓN CUENCA, A.:

– “El concepto de delito de odio y de discurso de odio en el ámbito internacional y regional europeo”, LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, pp. 159-188.

– “La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 32, 2015, pp. 72-92.

LANDA GOROSTIZA, J. M.:

– *Los delitos de odio (Artículos 510 y 22.4.º CP 1995)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

– LANDA GOROSTIZA, J. M.: “Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del “caso Altsasu” STS 458/2019”, LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, pp. 351-374.

LAURENZO COPELLO, P.:

– “La discriminación en el Código penal de 1995”. *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 19, 1996, pp. 219-288.

- “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.), *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; García Arán, Mercedes (2015): *Derecho penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 2015.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.: La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género. Iustel, 2019.
- OSCE: *Prosecuting hate crimes. A practical guide*, 2014.
- OSCE: *Los delitos de odio motivados por el racismo y la xenofobia*, 2021.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.: “La circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 CP. Requisitos comunes aplicables a los delitos de odio, DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Dir.): *Odio y discriminación en tiempos convulsos*, Comares, 2022, pp. 155-163.
- RUEDA MARTÍN, M. A. “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21-04.2019, pp. 1-37.
- SEOANE MARÍN, María Jessica; Olaizola Nogales, E.: “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.º CP)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX. 2019, pp. 455-90.

III ARANZADI

La nueva cláusula *in fine* de la agravante de discriminación y su trascendencia en el contexto de la recepción del fenómeno de los delitos del odio en el sistema penal español. Reflexión crítica¹

PASTORA GARCÍA ÁLVAREZ

Profesora Titular de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO DE LA CLÁUSULA *IN FINE*. 1. *Naturaleza jurídica de la agravante de discriminación. Especial referencia a la jurisprudencia.* 1.1. Consideración por nuestros tribunales de la agravante de discriminación (art. 22.4.^a CP) como una agravante de naturaleza subjetiva. 1.2. Consideración por nuestros tribunales de la agravante de discriminación (art. 22.4.^a CP) como agravante de naturaleza objetiva. 1.3. Recapitulación. 2. *La apreciación de la agravante de discriminación en los casos de asociación por error. Especial referencia a la jurisprudencia.* III. TOMA DE POSTURA DEL LEGISLADOR PENAL ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DEL ART. 22.4.^a CP POR LA LO 8/2021, DE 4 DE JUNIO. EXPLICACIÓN DE LA RAZÓN DE LA PREVISIÓN DE LA CLÁUSULA *IN FINE* DEL ART. 22.4.^a CP EN EL CONTEXTO DE LA RECEPCIÓN DEL FENÓMENO DEL DISCURSO DEL

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación UPO-1255802 “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?”, del que son investigadoras principales la profesora Dra. D.^a Juana del-Carpio-Delgado (IP) y la profesora Dra. D.^a María Holgado González (CO-IP). Programa Operativo FEDER Andalucía 2014/2020.1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2022.

ODIO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL. IV. OTRAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA NUEVA CLÁUSULA FINAL. V. REFLEXIÓN CRÍTICA FINAL. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Tras las respectivas reformas introducidas en el Código penal por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (a partir de ahora LO 8/2021) y por la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (a partir de ahora LO 6/2022), la circunstancia 4.^a del artículo (en adelante, art.) 22 del Código penal recibe un nuevo tenor literal.

En efecto, si bien hasta la entrada en vigor de la LO 8/2021 disponía lo siguiente:

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

Tras las reformas introducidas por ambas disposiciones su tenor literal es el que se indica a continuación:

“Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, *antigitanos* u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, *edad*, orientación o identidad sexual *o de género*, razones de género, *de aporofobia o de exclusión social*, la enfermedad que padezca o su discapacidad, *con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*”.

Para mayor claridad he resaltado en el precepto que acabo de reproducir las modificaciones incorporadas tanto por la LO 8/2021 como por la LO 6/2022² y, como puede comprobarse, por una parte se han incrementado los factores diferenciadores que pueden determinar la agravación de la pena correspondiente al delito cometido caso de que se entienda acreditada la concurrencia de esta circunstancia; y, por otra parte, se le ha añadido una cláusula final en virtud de la cual ahora esta agravante será de aplicación aunque el sujeto pasivo del delito ni siquiera posea ese

2. La LO 6/2022 ha incorporado exclusivamente los motivos *antigitanos*, el resto de los cambios los introdujo ya con anterioridad la LO 8/2021.

factor que le caracteriza diferenciándolo –expresado de una forma genérica³ del resto de la población.

Ambas modificaciones constituyen cambios importantes en el ámbito de aplicación de esta circunstancia. El incremento de los factores diferenciadores porque obliga a replantear la coexistencia de alguno de ellos con los anteriormente existentes⁴, así como a reflexionar sobre la oportunidad y utilidad de la incorporación de cada uno de ellos individualmente considerados⁵. Y la incorporación de la cláusula *in fine* a la que ya he hecho referencia porque supone la toma de postura por parte del legislador sobre una serie de cuestiones controvertidas que ha venido suscitando esta circunstancia agravante desde su incorporación en el Código penal español⁶, y que han recibido diferentes respuestas tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia.

3. Ya que, como argumentaré, no hay en realidad base legítima que permita sostener que esta agravante tenga por qué operar por el simple hecho de que el sujeto pasivo del delito esté caracterizado por una de esas notas que se indican en el artículo 22.4.^a CP. En última instancia todos tenemos un determinado sexo biológico, una determinada orientación sexual, una edad concreta, etc.
4. Es lo que considero sucede en el caso del factor de reciente incorporación “identidad de género”, que se añade a otros (sexo, orientación o identidad sexual y razones de género) con los que guarda, al menos, una cierta similitud, por lo que habría que analizar también si todos y cada uno de ellos responden a realidades distintas; ya que, de no ser así, el factor redundante debería ser suprimido. De hecho, en mi opinión, si bien la incorporación expresa de la “identidad de género” como factor diferenciador con relevancia penal a estos efectos ha de valorarse muy positivamente, ésta convierte en superfluo al factor “identidad sexual” ya que este último no cubre las realidades que formalmente justificaron su incorporación y, además, carece de autonomía real respecto a factores como el sexo y la orientación sexual (para más información, *Cfr.* GARCÍA ÁLVAREZ, P., El contrasentido del nuevo tenor literal de la agravante de discriminación tras su reforma por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. En: CARUSO FONTÁN, V./ MACÍAS CARO, V. (Dirs.), RODRÍGUEZ RAMOS, M. (Coord.). *Nuevas tendencias y modernos peligros de la Política criminal*. 2022, en prensa).
5. Así, si bien considero que puede valorarse positivamente la previsión expresa como nuevos factores diferenciadores de la “aporofobia” y de la “identidad de género”, no soy de la misma opinión en el caso de los factores “exclusión social” y “edad”. En concreto y refiriéndome a este último, estimo que hubiera sido preferible que el legislador hubiera optado por el de “gerontofobia”, ya que los menores de edad no conforman, desde luego, por razón de su edad un colectivo que se encuentre de forma generalizada en una posición social deficitaria. Para mayor información, *Cfr.* GARCÍA ÁLVAREZ, El contrasentido del nuevo tenor literal..., *op. cit.* Por otra parte, tampoco considero hubiera una necesidad real de incorporar los “motivos antigitanos” de forma expresa dado que, aun siendo efectivamente el colectivo más discriminado en nuestro país (https://www.gitanos.org/que-hacemos/areas/igualdad/cifras_discriminacion.html, última consulta 16 de julio de 2022), lo es por su etnia, factor ya existente en la redacción anteriormente vigente de esta circunstancia agravante.
6. Incorporación que tuvo lugar tras la reforma introducida en el CP anterior por la LO 4/1995, de 11 de mayo (de Modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de Genocidio).

Con independencia de que el incremento de los factores diferenciadores plantea también su propia problemática⁷, dedico estas páginas a la nueva cláusula *in fine* que, desde mi punto de vista, tiene unas consecuencias tan trascendentales y, por qué no decirlo, en mi opinión tan absurdas, que no puedo dejar pasar la oportunidad que me ofrece esta obra para hacer una reflexión sobre las mismas.

II. SIGNIFICADO DE LA CLÁUSULA *IN FINE*

Como ya he apuntado, basta atender al tenor literal de la nueva cláusula *in fine* del art. 22.4.^a del Código penal (en adelante, CP) para poder sostener que ésta conlleva como efecto inmediato que esta circunstancia agravante de la responsabilidad habrá de ser apreciada aunque en el sujeto pasivo del delito –digamos “base”–⁸ ni siquiera posea factor alguno que le caracterice diferenciándolo del resto de la población.

En mi opinión, lo primero que tendríamos que preguntarnos es si esta previsión tiene e, incluso, si *puede* tener algún sentido. La respuesta a este interrogante enlaza estrechamente con dos cuestiones sobre las que, con la incorporación de esta cláusula y como evidenciaré, el legislador penal español ha adoptado postura de una forma podríamos decir tajante: la primera, la naturaleza jurídica de esta agravante y, la segunda, la posibilidad de su apreciación en los casos en los que el sujeto activo comete el delito “base” creyendo *erróneamente* que el sujeto pasivo del mismo poseía alguna de las notas caracterizadoras que se indican en el art. 22.4.^a CP o pertenecía a un colectivo caracterizado por alguna de ellas. Dicho de otra forma, pensaba que el sujeto pasivo del, por ejemplo, homicidio que comete tenía una determinada orientación sexual, una determinada ideología o cualquier otro factor de los enumerados en el precepto y, posteriormente, sin embargo, se comprueba que no era realmente así. Se trata de los casos denominados de “asociación por error”⁹.

Pues bien, para poder entender cómo repercute la previsión de esta cláusula en la respuesta a estas dos controvertidas cuestiones paso, a continuación, a exponer cómo venían siendo abordadas hasta la fecha por la doctrina y, muy especialmente, por nuestra jurisprudencia.

7. Abordada por lo demás en esta misma obra por CISNEROS ÁVILA, F. en su aportación “La necesaria redefinición de la agravante de discriminación desde el concepto de delito de odio”.
8. Esto es, el delito cometido que, caso de que proceda, será agravado con la apreciación de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.
9. Conforme a la definición ofrecida por el artículo 6.2.b) de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA¹⁰

En este apartado el interrogante es obvio: ¿es la agravante de discriminación de naturaleza objetiva y, por tanto, apreciable en todos aquellos que la conozcan en el momento de la comisión del delito, o, por el contrario, nos encontramos ante una circunstancia de naturaleza subjetiva apreciable única y exclusivamente en aquel en quien concorra? La respuesta al mismo también es evidente. Ésta siempre ha dependido de dónde se entendiera residía el fundamento del incremento de la pena que esta circunstancia conlleva.

Así, todos aquellos partidarios de entender que el aumento del castigo obedecía al mayor juicio de desvalor que merece el autor por los móviles que presiden su conducta, concluirían que nos encontrábamos ante una circunstancia de naturaleza subjetiva¹¹. Y evidentemente, aquellos que han venido considerando que respondía a una mayor gravedad del injusto, han defendido coherentemente que estábamos ante una circunstancia de naturaleza objetiva. Es más, los partidarios de entenderla como una circunstancia de naturaleza objetiva normalmente también sostienen que otra forma de concebir esta agravante no sería de recibo, ya que supondría atender a un factor que tiene más que ver con la personalidad del sujeto activo que con la gravedad del hecho cometido¹², consecuencia

10. Aclarar que me he ceñido en los términos de búsqueda a las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y fundamentalmente por el Tribunal Supremo en las que se haya planteado la aplicación de la agravante de discriminación plasmada en el artículo 22.4.^a de nuestro vigente CP, prescindiendo de las resoluciones que pudieran haber recaído conforme a su redacción anterior.

11. Cfr. por ejemplo, en este sentido, AYA ONSALO, A., *Delitos de odio, evolución legislativa y perspectiva actual*. En: LANDA GOROSTIZA, J. M./GARRO CARRERA, E. (Dirs.), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 313; BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho penal*. Granada: Comares, 1998, p. 65 y 69 y ss.; y MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*. 11.^a edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 458.

12. En este sentido, entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., *La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal*. *Manual de formación continuada*, N.º 5, 1999 (Ejemplar dedicado a: El extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica de 4/2000)), p. 331; GARCÍA ÁLVAREZ, P., *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 288-289; LAURENZO COPELLO, P., *Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*. *Cuadernos de Derecho Judicial*, N.º 1, 1996 (Ejemplar dedicado a Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado), pp. 268 y ss.; LA MISMA, *La discriminación en el Código penal de 1995*, *Estudios Penales y*

ésta más propia de un Derecho penal de autor que de un Derecho penal de acto como el nuestro^{13/14}. Por lo que puede decirse que la toma de postura sobre la determinación de la naturaleza jurídica de esta circunstancia agravante ha venido poniendo de manifiesto incluso, la opción por una determinada concepción del Derecho penal.

Por lo que a nuestra jurisprudencia se refiere, si bien tiene razón LANDA GOROSTIZA cuando sostiene que “la postura de la jurisprudencia en esta materia a favor de una agravante interpretada en clave subjetiva apenas sí ha variado desde los primeros pronunciamientos hasta los más recientes”¹⁵, la afirmación de este autor, que abarcaba a las resoluciones jurisprudenciales dictadas hasta 2018, creo que ha de matizarse tras el análisis de las sentencias dictadas en estos últimos años. Pasemos, pues, a comprobarlo.

1.1. Consideración por nuestros tribunales de la agravante de discriminación (art. 22.4.ª CP) como una agravante de naturaleza subjetiva

En este apartado son encuadrables, para empezar, todas aquellas sentencias en las cuales se sustenta la apreciación de esta agravante sobre la mera constatación de la comisión del delito por los *motivos* o por la

Criminológicos, XIX (1996), p. 278; y LA MISMA, No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio. En: LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.). *Odio, prejuicios y derechos humanos*. Granada: Comares, 2021, p. 269, entre otras.

13. Así también, por ejemplo, BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada: Comares, 1999, p. 325 y nota 428 y p. 327; y SEONAE MARÍN, M. J./OLAIZOLA NOGALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.ª CP)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019), p. 465.
14. No ve sin embargo la incompatibilidad entre un Derecho penal de acto y una agravación de la pena por los *motivos* de la actuación, la STS 571/2020, de 3 de noviembre, que en su FD Quinto dispone lo siguiente: “En lo referente a la agravante de género, hemos de dejar constancia de que el derecho penal, que no es de autor, sino de hecho, no puede juzgar exclusivamente los pensamientos, pero también es cierto que las acciones son más reprochables cuando se cometen y justifican por un motivo abyecto, como lo es perpetrar el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad (art. 22.4.ª del Código Penal)”.
15. LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 128. Así lo reconocen también SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 331; y SEONAE MARÍN, M. J./OLAIZOLA NOGALES, I., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 463.

motivación racista o discriminatoria del sujeto activo, sin exigir la afectación de bien jurídico alguno ni el incremento, por tanto, del juicio del desvalor del hecho cometido.

Si empezamos por las sentencias dictadas por nuestras Audiencias Provinciales, la primera que podemos encontrar en este sentido es la sentencia 3/2000, de 15 de enero, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que esta agravante se apreció por entender que no había duda de que “el único *motivo* de ... agresiones, integrantes de los delitos contemplados (tanto verbales como físicas) no era otro que el pertenecer los ofendidos a un sindicato estudiantil de tendencia izquierdista o libertaria y los ofensores a un grupo de tendencia violenta que se manifiesta ideológicamente como de ultraderecha intransigente, intolerante y pseudonazi” (Fundamento de Derecho –en adelante, FD– Sexto)^{16/17}.

A ella le siguen, entre otras, la sentencia de 13 de marzo de 2000, de la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁸; la sentencia de 21 de junio de 2001, de la Audiencia Provincial de Madrid; la sentencia sin número, de 22 de julio de 2002, de la Audiencia Provincial de Barcelona (FD Segundo)¹⁹; la sentencia 79/2005, de 18 de abril, de la Audiencia Provincial de Huelva; la sentencia 5/2005, de 25 de abril, de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana²⁰; la sentencia 144/2005, de 8 de julio, de la Audiencia Provincial de Navarra²¹; la sentencia sin número, de 3 de noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Barcelona; la sentencia 102/2007, de 18 de junio, de la Audiencia Provincial de Baleares²²; o, entre otras más, la sentencia 221/2009, de 19 de junio, de la Audiencia Provincial de Barcelona (FD Tercero).

16. Cursivas añadidas.

17. Sentencia posteriormente confirmada por la STS 713/2002, de 24 de abril, en la que se concluye la concurrencia de esta agravante por entender que en el caso concreto se pudo constatar “de forma clara e inequívoca, ... la real existencia de una palpable y evidente *motivación* ideológica en los agentes del mismo que actuaban en ocasión de los hechos en un grupo que exteriorizó su oposición al de los que resultaron amenazados y agredidos, de tendencia contraria” (FD Cuarto). Cursivas añadidas.

18. Confirmada por la STS 1341/2002, de 17 de julio.

19. En la que se apreció esta agravante por entenderse acreditados los *móviles* racistas en la agresión.

20. Que en su FD Sexto dispone lo siguiente: “Entendemos que tan sólo el hecho de ser el agredido marroquí, no europeo por tanto y trabajar en un bar regentado por un compatriota, fue el *motivo* por el que disparó contra el mismo” (cursivas añadidas).

21. En la que hay que destacar que se apreció esta agravante en un caso en el que los sujetos activos actuaron *motivados* (motivación ideológica) por considerar al sujeto pasivo un “*etarra*”, dada la condición de socio fundador de la asociación GURA-SOAK LANEAN”, (FD Segundo).

22. En la que se recoge que: “el ánimo que movió su acción y tal y como resulta probado (...) fue el rechazo hacia dicha gente (inmigrantes sudamericanos)” (FD Cuarto).

Evidentemente, y a *contrario sensu*, son también numerosas las sentencias de nuestras Audiencias durante este mismo período en las que se descartó la apreciación de esta agravante precisamente porque no se entendió acreditado la concurrencia de ese móvil discriminatorio o racista. En este sentido pueden mencionarse, por ejemplo, la sentencia 53/2001, de 11 de junio, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (FD VIII); la sentencia sin número, de 29 de mayo de 2002, de la Audiencia Provincial de Donostia San-Sebastián²³; la sentencia 115/2005, de 28 de noviembre,

23. Sentencia que me parece especialmente interesante porque después de sostener “que el art. 22.4.º del C.P. no contempla como causa de agravación la comisión de un delito contra una persona de otra raza, sino que exige que el racismo, la xenofobia o la discriminación constituya, precisamente, “el motivo de cometer el delito””, termina absolviendo en el caso en el que se cometió un delito de robo y de detenciones ilegales siendo el sujeto pasivo un marroquí, con la siguiente argumentación:

“Procede, por tanto, determinar si fue la condición de ciudadano marroquí de la víctima la “causa” de los hechos delictivos enjuiciados. El Tribunal estima que, abstracción hecha de las innegables connotaciones racistas de la frase invocada por las Acusaciones, la dinámica de los hechos antes descrita evidencia que:

– El fin último perseguido en todo momento por los acusados era la obtención de un ilícito beneficio y

– La raza de la víctima era un elemento secundario, ya que sólo era tenida en cuenta, no como motivo de cometer el delito, sino como elemento definidor de una víctima propiciatoria, ya que configuraba al perjudicado como una persona especialmente vulnerable por su extranjería y presente situación irregular, lo que favorecía la impunidad buscada por el retorcido *modus operandi* utilizado” (FD Décimo).

Este razonamiento va en la línea de mi opinión sobre la necesidad de que para apreciar esta agravante se exija no sólo la afectación del derecho a no ser discriminado del sujeto pasivo, sino también la concurrencia en el sujeto activo precisamente de la “intención de discriminarlo” (de la misma opinión, 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*, Tomo 70, Fasc/Mes 1, 2017, p. 184). Desde este punto de vista esta agravante no debería ser apreciada cuando el delito se cometa contra una persona caracterizada por uno de los factores de discriminación porque por ello, por ejemplo, el delito se pueda cometer con más facilidad o con más probabilidades de éxito. Hay autores que critican el que para apreciar esta agravante se exija que se demuestre que la intención del sujeto activo era precisamente la de discriminar al sujeto pasivo, por entender que tal exigencia puede llevar a una inaplicación total y absoluta de la misma (es el caso, por ejemplo, de SEONAE MARÍN, M. J./OLAIZOLA NOGALES, I., *Análisis...*, *op. cit.*, p. 467). Pero, en mi opinión, la no exigencia de tal elemento subjetivo tendría como consecuencia –para mí, absurda y excesiva– que en cualquier delito en el que el sujeto activo sea consciente de que comete la conducta típica contra un sujeto pasivo caracterizado por uno de los factores discriminatorios del artículo 22.4.º CP, deba apreciarse esta agravante. La exigencia de tal elemento subjetivo tendencial tendrá evidentemente sus problemas de prueba, pero habrá de inferirse de la forma en la que se desarrollaron los hechos, así como –fundamentalmente– del comportamiento del autor y si tal elemento tendencial no puede ser demostrado, la agravante no deberá aplicarse. En este mismo sentido se pronuncian también la sentencia 181/2005, de 17 de febrero, de la Audiencia Provincial de Barcelona; la sentencia 79/2005, de 18 de

de la Audiencia Provincial de Madrid; la sentencia 3002/2006, de 20 de enero, de la Audiencia Provincial de Cantabria; la sentencia 11/2007, de 9 de febrero, de la Audiencia Provincial de Zaragoza²⁴; la sentencia 115/2007, de 18 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid (FD Cuarto); la sentencia 845/2007, de 22 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (FD Segundo); la sentencia 1/2008, de 24 de enero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra²⁵; la sentencia 195/2008, de 28 de marzo, de la Audiencia Provincial de Zaragoza; la sentencia 93/2009, de 23 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Palencia (FD Quinto); la sentencia 81/2010, de 5 de mayo, de la Audiencia Provincial de Murcia (FD Tercero); o, entre otras muchas más, la sentencia 876/2010, de 17 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (FD Tercero).

Del conjunto de las resoluciones que fundamentan la apreciación de esta agravante en la constatación de una determinada motivación, resulta interesante destacar algunas de ellas por el hecho de que, yendo un poco más allá que las que se limitan a constatar la concurrencia de dicha motivación, ofrecen alguna explicación sobre cómo se fundamenta ésta. Por ejemplo, la sentencia de 3 de mayo de 2000, de la Audiencia Provincial de Lleida, que, tras indicar que la apreciación de esta agravante exige que el autor del ilícito penal haya delinquido por motivos discriminatorios, dispone que el elemento motivacional exige una prueba –normalmente indiciaria– acerca de los “*sentimientos* racistas que constituyeron precisamente el motivo de la comisión del delito”²⁶. También hay algún pronunciamiento en el que se entiende suficiente para ello la concurrencia de “odio”. Es el caso de la sentencia 1210/2004, de 16 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona²⁷.

abril, de la Audiencia Provincial de Huelva; la sentencia 302/2010, de 19 de julio, de la Audiencia Provincial de La Coruña; o la STS 983/2016, de 11 de enero.

24. Cuyo FD Séptimo dispone lo siguiente: “No procede la aplicación en cambio de la agravante contenida del Art. 22.4 CP de haber actuado en discriminación de la orientación sexual de la víctima al no existir base probatoria alguna que permita mantener que la comisión del delito vino causada por *motivos* relacionados con la orientación sexual de la víctima toda vez que no se ha probado que el acusado actuare movido por la condición de homosexualidad de la víctima” (cursivas añadidas).
25. En la que se afirma literalmente que se trata de una circunstancia que se “fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella *motivación* sea la determinante para cometer el delito”, motivación que en este caso no quedó acreditada (FD Quinto). Cursivas añadidas.
26. Cursivas añadidas.
27. Que en su FD Cuarto dispone lo siguiente: “Se antoja, pues, inconcuso para este Tribunal que el hecho diferencial de pertenecer visiblemente la víctima a una etnia que algunos de los que son afines a la ideología fascista denigran y desprecian por reputarla inferior fue determinante para que el acusado actuase en la forma que lo hizo y,

Otras ponen el acento para fundamentar la motivación racista o discriminatoria en las expresiones proferidas por el sujeto activo. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia 606/2002, de 13 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Lleida, en la que se apreció la agravante de discriminación por motivos raciales en un caso de robo y lesiones por entender acreditado que las personas que atacaron al sujeto pasivo “le dijeron que era un “moro” y le pegaron por ello, al tiempo que le gritaban que no tenía derecho a vivir y que moriría, lo que precisamente constituyó el motivo de la injustificable agresión”.

Si bien es cierto que hay otras sentencias en las que los insultos proferidos no se han entendido como suficientes para deducir la motivación discriminatoria. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la sentencia 384/2004, de 15 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid²⁸; o en la sentencia 90/2006, de 27 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Almería²⁹.

Después hay sentencias en las que la motivación se deduce de la apariencia e ideología tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo implicados en el conflicto. En este sentido puede verse, por ejemplo, la sentencia 135/2009, de 27 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que consideró en el caso enjuiciado que el móvil discriminatorio quedaba acreditado en la medida en que “la apariencia y la ideología del sujeto pasivo se revelaron como motivo suficiente para la agresión por parte del sujeto activo” (FD Cuarto). Si bien hay otras en las que se defiende justamente lo contrario. Así, por ejemplo, la sentencia 195/2008, de 28 de marzo, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que no se entendió acreditada la motivación racista y, además, se sostuvo que no eran suficientes ni los insultos, ni el que los sujetos implicados como sujeto activo y sujeto pasivo del delito estuvieran caracterizados por alguna nota diferenciadora y ni siquiera la concurrencia de una determina estética o ideología³⁰. Tampoco consideran determinante

por ello, su ya reprobable conducta se hace merecedora a ese plus de reproche que comporta esa agravante pues el Derecho Penal, respetuoso con el principio de interdicción de la discriminación proclamado en el art. 14 de la Constitución y sensible con la alarma social que provocan conductas racistas o discriminatorias como las de autos, no puede tolerar que el hecho diferencial o que el enriquecedor factor de lo diverso sean pisoteados por quienes actúan encumbrados por una ideología totalitaria u obran impulsados, sencillamente, por el *odio* a lo que es distinto” (cursivas añadidas).

28. En la que se consideró que proferir expresiones como “pararemos la inmigración”, o “moro, vete a tu casa”, lo único que permitía deducir era la escasa tolerancia con los emigrantes sujetos pasivos de los hechos analizados en esa sentencia (FD Segundo).
29. En la que se sostiene lo siguiente: “no siendo bastante para entender tal cosa (*la motivación racista*) que, al atacar a su víctima, intercalara entre otros insultos alguna alusión despectiva a su etnia” (FD Cuarto).
30. Así su FD tercero dispone lo siguiente: “Suele concurrir que las agresiones físicas vayan acompañadas de la emisión de insultos y expresiones despectivas entre sí de los

la pertenencia de sujeto activo y sujeto pasivo a grupos ideológicos distintos para entender por ello acreditada la concurrencia de la motivación racista la sentencia 813/2009, de 27 de julio, de la AP de Barcelona (FD Tercero), confirmada por el Auto 1099/2010, de 2 de junio del Tribunal Supremo; y la sentencia 103/2009, de 25 de septiembre, de la AP de Madrid³¹.

También pueden encontrarse sentencias en las que lo determinante para entender acreditada la motivación discriminatoria o racista es la ausencia de “otro motivo que justifique el delito en cuestión cometido”³². Por ejemplo, la sentencia 82/2007, de 16 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid deduce la motivación racista de “las manifestaciones verbales proferidas” unida a que los sujetos pasivos fueron golpeados sin que los sujetos activos los conocieran con anterioridad (FD Tercero). En términos parecidos, la sentencia 110/2009, de 4 de febrero, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, consideró determinantes “la indumentaria y la apariencia estética de los acusados, la tenencia en sus domicilios de material que se identifica con los grupos de ideología neonazi también llamados Skin-Head; la indumentaria y apariencia estética punky del lesionado el día que fue agredido y el hecho de que agredido y agresores no se conociesen de nada ni hubiesen tenido ningún encuentro previo y sin embargo el ataque por parte de los acusados se produjese nada más ver a Gabriel pasar a su lado³³”, lo que le permitió llegar a la conclusión de que los acusados actuaron movidos por el odio que, “de todos es conocido, se profesan los grupos antagónicos de Punkies y Skin-Head” (FD Tercero)³⁴.

distintos contrincantes; sin que en efecto ello conlleve –en todo caso– cuando intervengan personas de una determinada orientación política: de “izquierdas”, “o radicales” o personas de “una determina orientación sexual” que todas las conductas ilícitas la aplicación de la circunstancia de agravación cuestionada. Sin que puedan tener lugar cualquier conducta ilícita en torno a “cualquier tipo de persona significada en alguna de las circunstancias apuntadas” que deba o pueda aplicarse la aludida circunstancia de agravación”. No reputando suficiente siquiera la concurrencia de determinadas connotaciones como que alguno de los sujetos pudiera llevar el pelo corto o cabeza rapada, determinada vestimenta agresiva con cadenas, etc., o una determinada estética “skin head” o de cualquier otra nomenclatura u orientación (FD Tercero).

31. En la que se argumenta que ni la ideología ni la militancia “skinhead” acreditada del sujeto activo ni el origen magrebí de la víctima permiten llegar *per se* a la conclusión de que los acusados actuaran por motivos xenófobos (FD Quinto).
32. O, al revés, sentencias en las que se descarta la motivación racista por la comprobación de otra motivación. *Cfr.*, por ejemplo, la sentencia 216/2009, de 31 de marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se sostuvo “que es complicado establecer en este caso concreto el componente racista en la comisión de los delitos de que se trata cuando es evidente que está presente el ánimo de venganza” (FD Vigésimo primero).
33. Cursivas añadidas.
34. En sentido contrario, sin embargo, la sentencia sin número, de 18 de julio de 2002, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que consideró que no concurría esta agravante

Por lo que se refiere a las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo, también puede constatarse cómo en sus primeros pronunciamientos sobre la agravante de discriminación se consideró determinante para su apreciación la constatación de una motivación racista xenófoba o discriminatoria. Así pueden consultarse la STS 24 de febrero de 2006; y siguiéndola, la STS 1267/2012, de 21 de junio (por la que se confirma la sentencia de 28 de febrero de 2012, de la Audiencia Provincial de Madrid), en la que se recoge que “Es doctrina de esta Sala que la especial incidencia de las agravantes de esta naturaleza sobre la medida de la culpabilidad exige que se dé una exteriorización clara, precisa e intencional de la voluntad o motivación basada exclusivamente en motivos raciales (STS 24 febrero de 2006)³⁵”. O la STS 1145/2006, de 23 de noviembre, en la que se consideró que lo decisivo era la motivación (FD 17); la STS 360/2010, de 22 de abril³⁶; la STS 1037/2013, de 27 de diciembre³⁷; el Auto 1154/2014, de 26 de junio, del Tribunal Supremo³⁸; la STS 983/2016, de 11 de enero de

porque no quedó acreditado que la “causa o motivo” de la agresión fuera el que la víctima fuera de origen ecuatoriano. No se entendió de hecho suficiente el que los acusados insultaran al sujeto pasivo con expresiones como la de “sudaca de mierda”, entendiéndose que no por ello podía deducirse que ese fuera el motivo de la agresión, “así como que no podía deducirse el ánimo racista de los acusados de la mera gratuidad de la agresión” (FD Cuarto). Por su parte, la sentencia 813/2009, de 27 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, entiende que “aun cuando podamos estimar probada la distinta pertenencia de la víctima a grupos skin de ideología de izquierdas y del acusado a grupos skin de extrema derecha, de tipo nazi, por esta sola circunstancia no cabe deducir que la agresión del día 15 de mayo de 2008 obedeciera a alguna de las motivaciones referidas en la circunstancia 4.ª del artículo 22 del Código Penal, no habiendo lugar, pues, a apreciar dicha agravante” (FD Tercero).

35. Cosa que se entendió tuvo lugar en el caso enjuiciado en los siguientes términos: “Respecto a la agravante de xenofobia, en los hechos probados se recoge expresamente que el móvil del comportamiento del recurrente fue saber qué se sentía al matar a una persona “negra”, lo que comporta una forma de discriminación por la raza” (Razonamiento Jurídico Primero).
36. En ella se argumenta que la estética, los insultos proferidos, etc. “avalan de modo inapelable la conclusión del Tribunal sentenciador al expresar que las extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guió la agresión de Fermín contra Teodoro...” (FD Octavo).
37. Por la que se confirma su apreciación en la sentencia 24/2013, de 26 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, en los siguientes términos: “En cuanto a la agravante de haberse cometido el hecho por motivos ideológicos, la resultancia fáctica de la combatida, que ha de ser rigurosamente respetada al formalizarse el motivo por estricta infracción de ley, señala que entre los atacantes y la víctima no existía otro motivo de enemistad «que el derivado de la diferencia ideológica», y del propio modo narra las veces que uno de los agresores, concretamente el ahora recurrente, había llamado a Salvador “cerdo” o “facha de mierda”, al menos en dos ocasiones con anterioridad, en el verano de 2009 y en la misma estación de 2010” (FD Sexto).
38. Por el que se resuelve recurso contra la sentencia de 29 de enero de 2014 de la Audiencia Provincial de Toledo y en el que se indica que: “Como señala esta Sala la

2017^{39/40}. Y ya más recientemente puede consultarse en esta línea la sentencia del Tribunal Supremo 420/2018, de 25 de septiembre, en la que se admitió la aplicación de esta agravante en esta ocasión por “razón de género”, considerando que el fundamento de agravación de la misma residía en el mayor reproche que supone el que el autor cometiera el delito por sentirse superior al colectivo mujeres⁴¹. De hecho, es bastante frecuente que en los casos en los que se ha debatido la aplicación de la agravante de discriminación específicamente por “razones de género” se haya exigido para su apreciación que quedara acreditada una intención de “dominación del hombre sobre la mujer”⁴², lo

circunstancia agravante del art. 22.4.º del Código Penal, se fundamenta en la mayor reprochabilidad del móvil discriminatorio que impulsa a cometer el delito, siendo por ello el requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito (STS 1145/2006)”, y se entiende acreditado que “la agresión se causó porque la víctima presentaba una ideología distinta a la del agresor, visiblemente apreciable por este último” (FD Tercero).

39. Sentencia por la que se resuelve un recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de febrero de 2016, y que fue dictada en un caso en el que se atacó a las víctimas del delito en su condición de catalanes y por el hecho de ser catalanes, sin otra justificación que el hecho de considerar que los allí reunidos estaban realizando una acto de exaltación del independentismo catalán, lo que se entendió evidenciaba que no existió otra motivación sino la ideológica en los siguientes términos: “al sostener los acusados posturas antagonicas, como se ha dicho, con el “catalanismo o movimiento independentista catalán” reconociendo los acusados su pertenencia a tales partidos o grupos políticos e ideología ultra derecha, y muestra de esa motivación ideológica es que en los hechos probados se recoge expresamente que los insultos referidos fueron vertidos por la condición de catalán de la víctima, por lo que indudablemente debe inferirse el móvil ideológico como factor guía de la conducta de los acusados” (FD Primero).
40. También hay sentencias del Tribunal Supremo en las que esta agravante no es apreciada por entender precisamente que en los casos respectivos no había quedado acreditada la motivación racista. En este sentido puede verse, por ejemplo, la STS 460/2010, de 14 de mayo, en la que se rechazó su aplicación por entender que no existía “prueba en las actuaciones de que estos tres acusados actuaran por motivos xenófobos” (FD 15); la STS 585/2012, de 4 de julio, por la que se resuelve recurso contra la sentencia de 22 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que no se había apreciado esta agravante y en la que se sigue sin apreciar por sostener que “para predicar que concurre el presupuesto típico de la agravante reclamada, sería necesario que el hecho probado predicase, además de la ideología atribuida al acusado, que fue ésta precisamente la que le movió a ejecutar la agresión” (FD Quinto); o la STS 414/2016, de 11 de febrero, en la que esta agravante no fue apreciada por entender que “no fueron razones de discriminación relacionadas con la raza las que motivaron al acusado, sino que el enfrentamiento entre ambos obedecía al deterioro de la convivencia” (FJ Tercero).
41. En el mismo sentido también puede verse la 351/2019, de 9 de julio (en cuyo FD Tercero señala además que la razón por la que agrava la pena es por la mayor culpabilidad del autor).
42. Cfr. por ejemplo, las SSTS 420/2018, de 25 de septiembre y 565/2018, de 19 de noviembre. También en el mismo sentido, la STS 07/2018, de 15 de enero de 2019, por la que

que supone claramente su conceptualización como una circunstancia de naturaleza subjetiva⁴³.

Ahora bien, también podemos encontrar sentencias en las que esta agravante es caracterizada como una circunstancia de naturaleza objetiva.

1.2. Consideración por nuestros tribunales de la agravante de discriminación (art. 22.4.ª CP) como agravante de naturaleza objetiva

En efecto, aunque conforme a lo expuesto en el epígrafe anterior no cabe duda de que han sido numerosas las sentencias tanto de las distintas Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo que han considerado que esta circunstancia agrava la responsabilidad penal por poner de manifiesto un mayor reproche, una mayor culpabilidad del sujeto activo por la motivación racista que preside su actuación; también encontramos resoluciones en las que de una manera más o menos contundente se ha sostenido que esta circunstancia requiere para su apreciación una mayor gravedad del hecho cometido considerándola, por tanto, como una agravante de naturaleza objetiva.

Es cierto, como veremos a continuación, que esta línea jurisprudencial es relativamente reciente en el tiempo, ya que la primera sentencia que se manifiesta con toda claridad en este sentido es una sentencia del año 2019, pero ya con anterioridad puede encontrarse alguna otra en la que, al menos, puede ponerse en duda el que el Tribunal sentenciador estuviera

se resuelve recurso contra la sentencia de 30 de noviembre de 2017 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (FD Único); la STS 351/2019, de 9 de julio; 12/2020, de 23 de enero (FD Segundo); la STS 136/2020, de 8 de mayo (FD Segundo), en la que se aborda asunto tratado inicialmente por la sentencia de 20 de noviembre de 2018 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife; la STS 257/2020, de 28 de mayo, asunto tratado previamente por la sentencia de 4 de junio de 2018, de la Audiencia Provincial de Valencia; la STS 571/2020, de 3 de noviembre (FD Quinto), que trae causa de la sentencia 24 de febrero de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona; la STS 300/2021, de 8 de abril, en la que se descarta su apreciación por no quedar acreditado que la actuación del acusado estuviera fundada en un “sentimiento machista, de dominación o de imposición sobre la mujer por el mero hecho de serlo” (FD 6); o la STS 666/2021, de 8 de septiembre (FD Tercero).

43. Y así se reconoce expresamente, por ejemplo, en la STS 12/2020, de 23 de enero (FD Segundo), que parte de un asunto resuelto previamente por la sentencia 13 de febrero de 2018 de la Audiencia Provincial de Madrid; o en la STS 257/2020, de 28 de mayo (FD Sexto) y en la STS 114/2021, de 11 de febrero (FD Cuarto). Años atrás puede comprobarse también cómo se señalaba expresamente que esta agravante incrementa la culpabilidad en la STS 360/2010, de 22 de abril, por la que se confirma la sentencia 419/2009, de 14 de octubre, de la Audiencia Provincial de Madrid (FD primero).

considerando la agravante de discriminación como una circunstancia de naturaleza subjetiva en sentido estricto.

Es lo que me parece que ocurre, para empezar, con la sentencia 114/2004, de 18 de mayo, de la Audiencia Provincial de Badajoz, en la que expresamente se recoge que “dicha agravante responde al propósito de evitar, en la medida de lo posible, toda conducta que entrañe injusta discriminación de las personas con base en una serie de motivos, discriminación que pugna con el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 de la CE”, lo que le lleva a sostener en el caso en cuestión que “No está probado, (...), que la agresión tuviera un matiz de discriminación más allá del significado peyorativo de los insultos que se profirieron” (FD Segundo). En términos idénticos encontramos la sentencia 814/2004, de 4 de octubre, de la Audiencia Provincial de Gerona, que también dispone que “dicha agravante responde al propósito de evitar, en la medida de lo posible, toda conducta que entrañe injusta discriminación que pugna con el derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española, debiendo existir prueba plena tanto del hecho, participación del acusado, condición de la víctima e intencionalidad del autor” (FD Primero).

También me parece podría incluirse en esta línea la sentencia 717/2010, de 28 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid (FD decimotercero), en la que se define la motivación racista en los siguientes términos: “El acto de motivación racista se configura por la actitud de menosprecio, desconsideración y humillación que se dirige contra la persona que forma parte de esa minoría cuando se la insulta y se la golpea por el solo hecho de pertenecer a esa minoría”; lo que permite sostener, en mi opinión, que, aunque hable de motivación, lo determinante es que la conducta realizada sea de carácter racista⁴⁴. Con mayor claridad puede constatarse cómo es considerada como una circunstancia de naturaleza objetiva por la Sentencia 53/2010, de 30 de junio, de la AP de Madrid (FD Séptimo), sentencia confirmada posteriormente por la STS 815/2011, de 11 de julio.

No obstante, en todo caso, hay sentencias como la 3124/2019, de 9 de octubre, de nuestro Tribunal Supremo en la que de forma nítida la agravante de discriminación es considerada como objetiva al sostenerse lo siguiente: “Desde una interpretación literal del presupuesto fáctico de la agravación se requiere que la acción se desarrolle en detrimento de derecho de igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución. (...). Tiene que producirse una situación de discriminación, un tratamiento desigual (...)”. A partir de esta resolución podemos encontrar otras tantas en las

44. De hecho, esta idea aparece también en su FD Decimosegundo.

que con toda claridad se exige para que esta agravante de discriminación pueda ser apreciada la concurrencia de un plus de antijuricidad que radicaría en la afectación del derecho a la igualdad. Se trata fundamentalmente de sentencias en las que se analiza la aplicabilidad de la agravante de discriminación específicamente por el factor “razones de género”.

Entre ellas, por ejemplo, la STS 99/2019, de 26 de febrero⁴⁵, que en su FD tercero dispone lo siguiente: “(...) Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de la relación típica prevista en los tipos penales antes citados de tal suerte que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate diversos de aquéllos”. En términos muy similares, si no idénticos, encontramos la STS 452/2019, de 8 de octubre⁴⁶.

En esta misma línea puede mencionarse también la STS 444/2020, de 14 de septiembre (que trae causa de la sentencia de 9 de julio de 2019 de la Audiencia Provincial de Alicante), que en su FD Tercero establece que: “La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de discriminación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede *cuenta con el plus de antijuricidad* que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así lo hemos dicho en la STS 99/2019) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, *los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles* al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. *Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de tales elementos que aumentan el injusto*, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación

45. Por la que se resuelve recurso contra la sentencia de 21 de marzo de 2018 de la Audiencia Provincial de Valencia.

46. Cfr. su FD Tercero.

históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad⁴⁷. Y en términos muy parecidos pueden verse también la STS 571/2020, de 3 de noviembre⁴⁸; la STS 59/2021, de 27 de enero⁴⁹; la STS 114/2021, de 11 de febrero⁵⁰; el Auto 414/2021, de 6 de mayo; la STS 509/2021, de 10 de junio⁵¹; la STS 687/2021, de 15 de septiembre⁵²; la STS 999/2021, de 16 de diciembre⁵³; y la STS 23/2022, de 13 de enero⁵⁴.

47. Cursivas añadidas.

48. En la que su FD Quinto establece que “La concurrencia de una circunstancia de agravación requiere de un aditamento que, en el caso de la de dominación por razones de género se concreta en una fase fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuricidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres”; y “Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente aceptados”. Sin embargo, y a pesar de todo lo afirmado, sostiene de forma contradictoria que “La agravante se configura en ocasiones como un acto de discriminación, pero propiamente no hay tal, se trata de un acto de dominación por razones de superioridad”; afirmación esta última que, para mí, dicho lo anterior, carece de toda lógica.

49. Cfr. su FD Cuarto.

50. Sentencia que en su FD Cuarto dispone que para apreciar dicha agravante debe producirse “una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, que abarca cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer”.

51. Cfr. su FD Tercero.

52. En cuyo FD Cuarto se recoge lo siguiente: “En esos casos, desde el punto de vista objetivo es necesario, pues, que los actos ejecutados pongan de relieve el menosprecio con el que se trata a la mujer o la humillación o sometimiento al que se la somete, por el mero hecho de ser mujer. En el tipo subjetivo no es necesario que la finalidad del varón autor de los hechos sea concretamente humillar, someter o menospreciar, bastando con el conocimiento del significado de su conducta en esos aspectos, que pone de relieve su convencimiento respecto de su superioridad como consecuencia del género al que pertenece la víctima. El Tribunal de instancia ha declarado probado que el acusado ejecutó los hechos empleando violencia física y psíquica sobre la mujer con el fin de someterla a su voluntad y anularla como persona, ejerciendo una clara dominación sobre ella misma, limitando en buena medida su libertad, controlando su forma de vestir así como el tiempo que permanecía fuera de casa, tratando de aislarla de su entorno familiar y social, de tal forma que cada vez que Eufrasia hacía algo que no le gustaba, o que el procesado sentía celos, o que Eufrasia se negaba a realizar alguno de sus pedimentos, profería hacia ella expresiones tales como ‘cállate, puta’, ‘estás loca’, ‘eres una zorra, hija de puta o una mongola’. Esa forma continuada de comportarse, que se amplía en el mismo sentido en el relato fáctico, respecto de la mujer que en esa época era su pareja sentimental, pone de relieve que el recurrente la situaba de forma efectiva en una posición de inferioridad, por el hecho de ser mujer, respecto de la que, como varón, él ocupaba (...)”.

53. En cuyo FD 2.4 se indica que es lo que se exigiría para la apreciación de esta agravante si bien concluye que tales circunstancias no se dieron en el caso enjuiciado.

54. FD Tercero.

Dejando a un lado las sentencias relativas a los factores de género, podemos encontrar otras en la que se argumenta sin ambages que la agravante de discriminación es de naturaleza objetiva. Tal es el caso en concreto de la STS 155/2022, de 22 de febrero, por la que se enjuicia un caso⁵⁵ en el que una persona mata a golpes a otra tras una discusión en la que se cruzaron expresiones como “sudaca” y “fascista” y en la que se planteó la apreciación de la agravante de discriminación por motivos ideológicos. Reproduzco a continuación un extracto del FD Tercero de la misma: “La agravación por razón de discriminación referente a la ideología supone, dijimos en la STS 458/2019, de 9 de octubre, ‘desde una interpretación literal la agravación requiere que la acción se desarrolle en detrimento de derecho de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución. La prohibición de discriminación supone la defensa del derecho a la igualdad. Tiene que producirse una situación de discriminación, un tratamiento desigual, basado en una ideología’”. Pues bien, en la sentencia en cuestión se consideró que, si bien en un momento inicial “la acción es claramente reflejo de una discriminación por ideología, y de ahí la prepotencia de quien insulta y veja por la ideología del otro, en un momento posterior sitúa a los intervinientes en otro escenario, esta segunda no aparece sujeta a la ideología”, lo que llevó a que el motivo del recurso fuera estimado y se suprimiera del fallo la agravación 4.^a del art. 22 CP.

1.3. Recapitulación

Por tanto, a modo de síntesis y como puede comprobarse, si bien ciertamente no ha habido consenso doctrinal sobre la naturaleza de la agravante de discriminación y nuestra jurisprudencia la ha estado considerando tradicionalmente como una circunstancia de naturaleza subjetiva en la que la concurrencia de una determinada motivación fundamentaba un mayor desvalor de la culpabilidad, no hay duda de que las sentencias más recientes en la materia muestran la tendencia contraria⁵⁶, es decir,

55. Conocido como “caso de los tirantes”, sobre el que se publicaron múltiples noticias en diferentes medios de prensa. Puede consultarse al respecto, por ejemplo, el periódico *Heraldo* del 26 de marzo de 2021 (<https://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza/2021/03/26/sentencia-juicio-tirantes-tsja-confirma-rodrigo-lanza-carcel-asesinato-victor-lainez-1480646.html> última consulta 20 de junio de 2022).

56. Si bien es cierto que también he podido encontrar algunas en las que se produce cierta contradicción al sostenerse que, si bien por un lado esta agravante incrementa el desvalor de la culpabilidad, se exige para su apreciación, sorprendentemente (lo que considero acertado), que la conducta sea discriminatoria. En este sentido pueden verse, por ejemplo, STS 650/2021, de 20 de julio (FD 15), en la que se plantea la aplicación de la agravante de género en un delito contra la libertad sexual (que en este supuesto no llega a ser apreciada) y, tras afirmar que es una agravante que

la consideración de esta agravante como una circunstancia de naturaleza objetiva que, para ser apreciada, requiere de la constatación de una mayor gravedad del injusto, lo que, tal y como en ellas se señala reiteradamente, tendrá lugar cuando el hecho delictivo realizado afecte el derecho a la igualdad del sujeto pasivo del mismo.

2. LA APRECIACIÓN DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN EN LOS CASOS DE ASOCIACIÓN POR ERROR. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA

La cuestión que abordar en este epígrafe es si para la apreciación de esta agravante era imprescindible hasta su reforma por la LO 8/2021 que el sujeto pasivo del delito tuviera o revistiera alguno de los factores diferenciadores que en ella se señalan.

Al igual que en relación con la determinación de la naturaleza de esta agravante, la jurisprudencia se ha mostrado oscilante a la hora de resolver esta cuestión en los casos en los que el sujeto activo cometió el delito creyendo erróneamente que el sujeto pasivo de su ataque reunía uno de esos factores. Así, por ejemplo, no consideró determinante el que el sujeto pasivo revistiera la cualidad que le había atribuido el sujeto activo del delito la sentencia 19/2001, 4 de octubre, de la Audiencia Provincial de Santander, en la que se aprecia la agravante de discriminación referente al sexo u orientación sexual porque se estima que quedó acreditado que el acusado agredió al sujeto pasivo “porque pensaba que era marica y gay”, circunstancia que, por otra parte, quedó acreditado no se correspondía con la realidad (FD Segundo).

Son más numerosos, sin embargo, los pronunciamientos jurisprudenciales en los que sí se ha venido requiriendo expresamente el que el sujeto pasivo del delito ostentara la cualidad diferenciadora que le era atribuida por el sujeto activo. En este sentido pueden verse, por ejemplo, la sentencia 114/2004, de 18 de mayo, de la Audiencia Provincial de Badajoz, en la que se indica que: “La aplicación de la agravante demandará la prueba

se fundamenta en una mayor culpabilidad, se sostiene que “Desde una consideración normativa, la diferenciación descansa en la concurrencia de circunstancias que rebasen las exigencias del tipo concreto de agresión sexual que resulte de aplicación, esto es, cuando se acumulen patrones de discriminación femenina y que el autor, aun sin buscar específicamente humillar o dominar a la mujer (STS 99/2019), asume consciente y voluntariamente la actitud y el comportamiento antijurídico añadido que despliega”. También pueden consultarse en el mismo sentido, ya que siguen a la anterior, la STS 662/2021, de 8 de septiembre (Cfr. FD Cuarto) y la STS 412/2022, de 27 de abril (FD Cuarto).

plena tanto del hecho y la participación del acusado, como de la condición de la víctima” (FD Segundo); la sentencia 12/2007, de 12 de enero, de la Audiencia Provincial de Cádiz, al afirmar que “Su aplicación pues exigirá la prueba plena no ya del hecho y la participación del acusado, sino de la condición de la víctima y la intencionalidad del autor” (FD Sexto)⁵⁷. Así, también, la sentencia 302/2010, de 19 de julio, de la Audiencia Provincial de La Coruña, que en su FD Quinto dispone lo siguiente: “Pues bien, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que para la admisión en orden a la aplicación de la referida circunstancia se ha de acreditar el hecho delictivo, la participación de los acusados, la condición de la víctima y la intencionalidad, es decir, el ánimo de actuar por alguna de las motivaciones a las que hace referencia el precepto legal”. Por lo que se refiere a las sentencias del Tribunal Supremo, exigen la concurrencia de la cualidad en el sujeto pasivo, entre otras, las STSS 1341/2002, de 17 julio; 314/2015, de 4 de mayo; 302/2015, de 19 mayo; y 983/2016, de 11 de enero de 2017^{58/59}.

Creo que resultará una obviedad que el optar por la no necesidad de que el sujeto pasivo ostente la nota diferenciadora que el sujeto activo le atribuye tendrá pleno sentido si se es partidario de entender la agravante de discriminación como de naturaleza subjetiva, y que basta para su apreciación con que el sujeto activo haya actuado por unos determinados motivos. Y viceversa, si se considera que es una circunstancia de naturaleza objetiva que requiere para su apreciación una mayor gravedad del injusto por una afectación del derecho a la igualdad y a no ser discriminado, lo coherente será exigir que el sujeto pasivo presente esa cualidad diferenciadora⁶⁰. Con todo, tengo que reconocer que este esquema no siempre se ha visto cumplido en nuestra jurisprudencia sobre la materia. A estos efectos puede consultarse, por ejemplo, cómo la STS 314/2015,

57. Elemento este último, según señala en su FD Sexto, de carácter subjetivo relativo al móvil o ánimo específico que ha de inspirar la acción del autor y que no ha de ser otro que alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia. De hecho, en el caso objeto de enjuiciamiento se descartó la apreciación de esta agravante por no entender acreditado este móvil o ánimo específico.

58. Por la que se admite recurso contra la sentencia de 19 de febrero de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, y en la que se indica lo siguiente: “En definitiva no operará tal agravatoria cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concurre en el sujeto pasivo del delito”.

59. Y que en su FD Primero dispone literalmente lo siguiente: “En definitiva no operará tal agravatoria cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concurre en el sujeto pasivo del delito (véase sentencia 1341/2002 de 17 julio; 302/2015 de 19 mayo; 314/2015 de 4 de mayo, etcétera)”.

60. Lo que ocurre, de hecho, en la sentencia 114/2004, de 18 de mayo de la Audiencia Provincial de Badajoz; y en la 12/2007, de 12 de enero de la Audiencia Provincial de Cádiz.

de 4 de mayo, en su FD Décimo Noveno, tras exigir para la aplicación de esta circunstancia que quede acreditado, entre otras cosas, la condición de la víctima, sostiene que “se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito”⁶¹. Afirmaciones ambas que, unidas, desde mi punto de vista, carecen de toda coherencia.

III. TOMA DE POSTURA DEL LEGISLADOR PENAL ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DEL ART. 22.4.^a CP POR LA LO 8/2021, DE 4 DE JUNIO. EXPLICACIÓN DE LA RAZÓN DE LA PREVISIÓN DE LA CLÁUSULA *IN FINE* DEL ART. 22.4.^a CP EN EL CONTEXTO DE LA RECEPCIÓN DEL FENÓMENO DEL DISCURSO DEL ODIOS EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

Evidentemente, y a pesar de todo lo que acabo de exponer desarrolladamente, el legislador penal español de 2021, con la cláusula *in fine* que le incorpora a la circunstancia 4.^a del art. 22 CP –esto es, al permitir que ésta pueda ser apreciada “aunque la cualidad diferenciadora no concurra en el sujeto pasivo”– opta de forma indubitada por resolver el controvertido tema de la naturaleza de la misma a favor de su caracterización como una circunstancia de naturaleza subjetiva, entendiéndolo consecuentemente –aunque de forma errónea en mi opinión– que la agravante puede ser apreciada sin problema alguno en los casos de “asociación por error”⁶².

61. También creo que puede citarse como ejemplo de lo afirmado en texto la sentencia 302/2010, de 19 de julio, de la Audiencia Provincial de La Coruña, que, tras afirmar lo reproducido *supra* continúa diciendo lo siguiente: “En el caso concreto, se ha tenido en cuenta las declaraciones de los acusados, que de forma concreta y precisa, llegaron a manifestar que su actuación fue dirigida a derribar o tirar la estatua, por lo que simbolizaba el General Millán Astray, de modo que la motivación es evidente que en su momento ha sido ideológica y política, y en definitiva, se ha de insistir que los acusados actúan por motivos de discriminación y que radican básicamente en la ideología de la persona que representaba la estatua, de ahí que la aplicación de la mencionada circunstancia agravante por el Juzgador de instancia ha sido correcta, lo que lleva a desestimar la pretensión de los recurrentes” (FD Quinto). No obstante, considero que, en ésta, así como en otras sentencias en las que se recogen argumentos similares a éste, lo que se produce es una confusión entre “intención” y “motivación”.
62. De hecho, en este sentido se manifiesta si bien con una argumentación un tanto controvertida, la STS 66/2022, de 27 de enero. Puede consultarse específicamente su FD 13.6 que establece lo siguiente: “Esta consideración de que todas las discriminaciones contenidas en el artículo 22.4.^a del Código Penal exigen de la existencia de un hecho delictivo en el que la víctima tenga la condición contemplada en la norma penal, tampoco se ha visto modificada por el último inciso del precepto introducido por la Ley Orgánica 8/2021. Su actual redactado dispone que es circunstancia que agrava la responsabilidad del autor ‘Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la

En este epígrafe voy a explicar qué es lo que hay detrás de esta toma de postura, para después poder analizar si la repercusión práctica que este nuevo giro de tuerca introducido por el legislador puede ser admitido acriticamente o, sencillamente, si es admisible en un Derecho penal de mínimos orientado a la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a las conductas que más gravemente los atacan lesionándolos o, al menos, poniéndolos en peligro. Empecemos por tratar de explicar su razón de ser.

Por un lado, es cierto que sería precisamente la diferencia de criterios constatada *supra* sobre la naturaleza de esta circunstancia agravante la que llevaría ya a los Servicios de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona a solicitar en 2015⁶³ una reforma del art. 22.4.^a CP en el sentido de que se le incorporara, para despejar las dudas interpretativas existentes tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, una cláusula *in fine* precisamente con el mismo tenor que la que se le ha incluido con la LO 8/2021, de 4 de junio. Pretensión que, por tanto, ha sido acogida por el legislador.

Pero la razón fundamental de la adopción de esta cláusula es, sin lugar a dudas, que el legislador español sigue el concepto de “delito de odio” ofrecido en el contexto de la Organización para la Seguridad y Cooperación (a partir de ahora, OSCE). En efecto, el concepto “delito de odio”, desarrollado como una definición de trabajo⁶⁴ por la Oficina para las

etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”.

Si bien la mención del último inciso expresa que la agravación se aplicará con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recae la conducta, esto no supone que el legislador haya dejado de exigir que el autor proyecte su desprecio sobre el sujeto pasivo de la acción delictiva. El artículo 22.4.^a CP sigue exigiendo que la motivación que impulsa el delito esté referida a determinadas condiciones que atribuye a la víctima, si bien aclara que, a efectos de aplicar la agravación, resulta irrelevante que estas circunstancias sean realmente concurrentes o que se hayan atribuido a la víctima de forma errónea o ficticia, subrayando así que no será necesario realizar un juicio probatorio sobre la concurrencia de tal condición.

63. Memoria del año 2015 del Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona, pp. 41-42 (https://diesdagost.sobrevia.net/gestiobeta/arxiu/agost/documents/1484222824Memoria_Servicio_Delitos_de_Odio.pdf, última consulta 31 de julio de 2022).
64. Dada la necesidad de aclarar qué había de entenderse por “delito de odio” una vez que la OSCE reafirmara su compromiso para promover la tolerancia y luchar contra la discriminación en la Decisión sobre Tolerancia y No Discriminación (n.º 4/03) –que fue adoptada en la undécima reunión del Consejo ministerial celebrada en Maastricht

Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (en adelante, ODIHR), es caracterizado en el ámbito de la OSCE en los siguientes términos:

“(A) Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B.

(B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza” real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar⁶⁵”.

En esta labor conceptual es, además, muy importante tener en cuenta que, al definirse este concepto en el Informe de la OSCE de 2005 “La lucha contra los delitos de odio en la Región OSCE, una visión general de estadísticas, legislación e iniciativas nacionales”, se hace especial hincapié en la *motivación* del sujeto activo, al sostenerse que “Los delitos de odio son delitos en los que la motivación del autor es una característica que identifica a la víctima como miembro de un grupo hacia el que el delincuente siente alguna *animosidad*⁶⁶. Porque los autores están motivados para actuar contra un individuo o sus propiedades, en razón de su pertenencia real o supuesta a un grupo, (...)”⁶⁷”.

De manera que, como podemos comprobar, el término “delito de odio” sostenido en el contexto de la OSCE es redactado de forma amplísima: engloba cualquier infracción penal, emplea un concepto extenso de violencia⁶⁸, enumera un conjunto de factores diferenciadores no tasados, y ni

en diciembre de 2003–, a través de la cual se instó a los Estados Miembros a continuar la condena pública de los actos violentos motivados por la discriminación y la intolerancia, y se los animó a elaborar y mantener registros de información fidedigna y estadísticas sobre delitos de odio, incluyendo manifestaciones violentas de racismo, xenofobia, discriminación y antisemitismo.

65. *Cfr.* Informe de la OSCE, La lucha contra los delitos de odio en la Región OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa) una visión general de estadísticas, legislación e iniciativas nacionales, Materiales didácticos, n.º 5, 2005, p. 11 (<http://educatolerancia.com/pdf/numero5.pdf>, última consulta 31 de julio de 2022).

66. Cursivas añadidas.

67. Informe de la OSCE, La lucha contra los delitos de odio en la Región OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa) una visión general de estadísticas, legislación e iniciativas nacionales, Materiales didácticos, n.º 5, 2005, p. 10 (<http://educatolerancia.com/pdf/numero5.pdf>, última consulta 31 de julio de 2022).

68. Ya que en ese mismo Informe la OSCE sostiene que “el término delito de odio se usa para describir una amplia variedad de comportamientos, que van desde la violación

siquiera estima como necesario que el sujeto pasivo pertenezca realmente al grupo en cuestión.

Esta amplitud obedeció, según se indica en este mismo Informe, a que esta definición de trabajo *tomó en cuenta* las diferencias nacionales, así como las diferencias en legislación, recursos, aproximaciones y necesidades, de cara a permitir que cada Estado pudiera enmendar la definición como estimara conveniente⁶⁹. Pues bien, a pesar de que España debía ciertamente acoger dicho concepto en cuanto miembro de la OSCE, podía perfectamente –conforme a lo recién afirmado– haberlo matizado; sin embargo, no lo hizo. En efecto, el Informe de Ministerio del Interior sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España del año 2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad (Gabinete de Coordinación y Estudios) dispone en términos literales que: «para que exista un delito de odio deben existir dos componentes básicos, un delito base, que puede ser un delito ordinario, más la “motivación de odio y discriminación” como factor denominador común⁷⁰». Por lo que reproduce la expresión “delito de odio” tal y como fue formulada por la ODIHR⁷¹. De hecho, puede comprobarse incluso cómo es ésta la definición del concepto de “delito de odio” que aparece en la página web del Ministerio del Interior del Gobierno de España⁷².

Más recientemente, la OSCE, en su Informe sobre “Los delitos de odio motivados por el racismo y la xenofobia”, de 24 de agosto de 2021, define

de la legalidad internacional de derechos humanos hasta la difusión de propaganda de extrema derecha”. Y continúa: “La etiqueta se puede aplicar a delitos como la agresión y el asesinato y también reflejar actos de violencia de baja intensidad como el vandalismo”. Además de que entiende que “La violencia no sólo implica violencia física hacia las personas o sus propiedades, sino que incluye palabras, amenazas y la incitación al odio” (Informe de la OSCE, La lucha contra los delitos de odio en la Región OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa) una visión general de estadísticas, legislación e iniciativas nacionales, Materiales didácticos, n.º 5, 2005, p. 10). (<http://educatolerancia.com/pdf/numero5.pdf>, última consulta 31 de julio de 2022).

69. Informe de la OSCE, La lucha contra los delitos de odio en la Región OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa) una visión general de estadísticas, legislación e iniciativas nacionales, Materiales didácticos, n.º 5, 2005, p. 11 (<http://educatolerancia.com/pdf/numero5.pdf>, última consulta 31 de julio de 2022).
70. Informe del Ministerio del Interior sobre la Evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España, del año 2017, pp. 4 y 5 (<http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2017+v3.pdf/5d9f1996-87ee-4e30-bff4-e2c68fade874>, última consulta 31 de julio de 2022).
71. Al igual que es el concepto acogido por el resto de los cincuenta y cuatro países que integran la OSCE.
72. <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/que-es-un-delito-de-odio>, última consulta 31 de julio de 2022.

al delito de odio usando una fórmula matemática al plantearlo esquemáticamente como si de una suma se tratara⁷³: Delito + Motivación prejuiciosa = Delito de odio. Tras esta formulación, aclara que los delitos de odio se componen de dos elementos: un delito y una motivación prejuiciosa. De manera que, para que haya un delito de odio, entiende que ha de concurrir lo que en esta ocasión denomina un “delito base” (de forma que el acto cometido debe constituir un delito conforme a la legislación nacional) y un segundo elemento que es que el autor del mismo lo cometa por un prejuicio o varios, entendiendo que es la *motivación prejuiciosa* precisamente lo que diferencia un delito de odio de un delito ordinario⁷⁴.

En este nuevo planteamiento podemos comprobar cómo para afirmar la existencia de un delito de odio se sustituye la exigencia de que el sujeto activo sienta una “*animosidad*”⁷⁵ hacia el grupo al que –real o presuntamente– pertenecería el sujeto pasivo del delito o la de que el delito ordinario deba cometerse con una “*motivación de odio y discriminación*”, por la de que el delito base haya de cometerse con una “*motivación prejuiciosa*”, lo que, aunque no es exactamente lo mismo, considero es rechazable por idénticas razones.

En primer lugar, la propia expresión “delito de odio” es *per se* cuestionable, ya que al ser el *odio* una emoción humana en ningún caso se puede pretender legítimamente que ésta, en sí misma, pueda dar lugar a una intervención del Derecho penal. Coincido así, por ejemplo, con CÁMARA ARROYO cuando defiende que “Debemos convenir, en suma, que lo característico de este tipo de delitos no es solamente el sentimiento de odio en sí en el que están inspirados o, al menos, éste no es –*no deberá ser e, incluso, no puede ser* si hablamos de un Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho limitado por el principio de culpabilidad– el fundamento de su construcción conceptual y de su punibilidad”⁷⁶. Es más, no creo que nadie cuestione que cualquiera de los preceptos caracterizados en estos momentos en nuestro sistema penal como “delito de odio” (es decir, de los arts. 314, 510, 511 o 512 CP o “cualquier otro delito en el que se aprecie la circunstancia agravante del artículo 22.4.^a

73. Informe de la OSCE “Los delitos de odio motivados por el racismo y la xenofobia” (<https://www.osce.org/files/f/documents/6/b/502275.pdf>, última consulta 31 de julio de 2022).

74. Informe de la OSCE “Los delitos de odio motivados por el racismo y la xenofobia” (<https://www.osce.org/files/f/documents/6/b/502275.pdf>, última consulta 31 de julio de 2022).

75. Término sinónimo de “hostilidad” o “antipatía”.

76. CÁMARA ARROYO, S., El concepto de delitos de odio..., *op. cit.*, p. 151 (cursivas añadidas).

del Código penal^{77/78}) puede ser apreciado sin necesidad de que el autor sienta “odio” hacia el sujeto pasivo^{79/80}.

En segundo término, considero que en un Derecho penal de acto como el nuestro, lo determinante para fundamentar o agravar la responsabilidad penal no puede ser en ningún caso la *actitud interna* del autor del delito. Por tanto, pretender castigar al sujeto activo –o hacerlo más gravemente– en base a las *motivaciones* que presidan su comportamiento, por muy desvalorables que sean éstas, sin que se afecte bien jurídico alguno, no es de recibo. Por lo que sostener que lo que caracteriza a un delito de odio, diferenciándolo de un delito ordinario, es la *motivación de odio y discriminación e*, incluso, *prejuiciosa* del sujeto activo hacia el colectivo al que real o presuntamente pertenece el sujeto pasivo, tampoco es, desde mi punto de vista, admisible en nuestro sistema penal.

Consecuentemente, el concepto de “delito de odio” no es en sí mismo acertado, y tampoco debió ser asumido y trasladado sin más a nuestro Ordenamiento tal y como fue caracterizado por la OSCE cuando, además, esto no era siquiera lo exigido.

Dicho lo anterior, tampoco debe aceptarse que precisamente para acomodar la agravante de discriminación a esta errónea conceptualización de los delitos de odio (entre los que, como he indicado *supra*, ésta es incluida) se pretenda que lo determinante para su apreciación sea la “motivación” abyecta (o, ni siquiera, *prejuiciosa*) que presida la actuación del sujeto activo. Para su aplicación debe ser necesario, desde mi punto de vista y así como conforme a –como hemos comprobado– numerosas de las sentencias dictadas por nuestros tribunales en la materia, que, además del bien jurídico afectado por el delito que se haya cometido, se contribuya efectivamente a perpetuar la situación de desigualdad del sujeto pasivo del mismo.

77. Cfr. el informe del Ministerio del Interior sobre la Evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España, del año 2017, p. 4. <http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2017+v3.pdf/5d9f1996-87ee-4e30-bff4-e2c68fade874> (última consulta 31 de julio de 2022).

78. De hecho, podemos comprobar cómo en alguna sentencia se denomina directamente a la agravante de discriminación como agravante de odio. Puede consultarse en este sentido, por ejemplo, la sentencia 137/2019, de 4 de junio, de la Audiencia Provincial de Valladolid confirmada por la STS 180/2020, de 19 de mayo.

79. Así también, CÁMARA ARROYO, S., *El concepto de delitos de odio...*, *op. cit.*, p. 150.

80. Y ello a pesar de que, como ya hemos constatado haya sentencias en las que lo que se exigió para su apreciación fue precisamente la constatación de ese odio. Cfr. por ejemplo, la sentencia 1210/2004, de 16 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

IV. OTRAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA NUEVA CLÁUSULA FINAL

En cualquier caso y aunque yo no lo comparta, si tal y como he expuesto nuestro legislador ha optado por la configuración de la agravante del art. 22.4.^a CP como una agravante de naturaleza subjetiva en la que lo determinante para su apreciación es que el sujeto activo obre por unos determinados motivos *racistas* o *discriminatorios*, y es ya irrelevante el que el sujeto pasivo presente la cualidad o condición que el sujeto activo le atribuya, a partir de ahora para apreciar esta agravante el sujeto pasivo tampoco tendrá –teóricamente al menos– por qué pertenecer a un colectivo de los tradicionalmente considerados como vulnerabilizados o desfavorecidos. Consecuencia esta última que no es sólo que carezca de sentido, sino que constituye una auténtica burla al origen histórico de este precepto.

En efecto, no debería olvidarse que esta agravante fue introducida en el CP anterior por la LO 4/1995, de 11 de mayo (de Modificación del Código penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de Genocidio), tan sólo cinco meses antes de que se promulgara un nuevo CP y que la urgencia de tal incorporación obedecía, según se explicaba en la Exposición de Motivos de la misma, básicamente, por la necesidad de los Estados democráticos de dar respuesta a la proliferación en diversos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita, en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España, fundamentalmente, tras la aprobación de la LO 15/1994, de 1 de junio⁸¹. Por lo que, atendiendo a los orígenes históricos de esta circunstancia individualizadora de la responsabilidad penal, debería ser imprescindible que la misma pusiera de manifiesto la pertenencia del sujeto pasivo del delito a un colectivo que, precisamente por esa nota diferenciadora, se distingue del resto para quedar en una situación de inferioridad –real o falsamente atribuida– respecto de los cánones considerados normales o mayoritarios en la sociedad⁸².

81. LO 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia. Ley, en virtud de la cual (Artículo 1. Obligación de cooperación) España se comprometía a prestar plena cooperación al Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia creado por la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

82. Propone también atender a los orígenes históricos, LAURENZO COPELLO, No es odio..., *op. cit.*, pp. 272 y ss. Y siguiéndole, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio. En: LAURENZO COPELLO, P./

En esta línea interpretativa me parece muy sugerente cómo LAURENZO COPELLO argumenta, si bien refiriéndose a los delitos de odio con carácter general, que con independencia del tenor literal de un precepto lo importante por encima de todo es la determinación de lo que con él se quiere proteger, lo que le lleva a poner el acento en el bien jurídico y el papel que a éste le corresponde cumplir. Reproduzco su argumentación perfectamente extrapolable, en mi opinión, a la redacción vigente de la agravante de discriminación: “Quienes afirman que la redacción de nuestra ley penal solo permite una interpretación subjetiva basada en la motivación del autor en realidad razonan al revés: en lugar de establecer el alcance de la figura penal en función del objeto de protección (función hermenéutica del bien jurídico), parten del texto legal para construir a partir de ahí el objeto de tutela. El bien jurídico deja de jugar su tradicional función limitadora del poder punitivo del Estado para convertirse en un instrumento para justificar una decisión legislativa que se acepta como intocable”⁸³.

También discrepo de la supuesta ventaja que la OSCE considera que aporta el término “delito de odio” configurado por la ODIHR al permitir salir del enfoque tradicional sobre el racismo “para dirigirlo a aquellos que son diferentes, y los delitos cometidos contra ellos, como grupos étnicos, comunidades de gays y lesbianas, distintos grupos religiosos, y aquellos que, como los “travelers”, tienen estilos de vida percibidos como diferentes”^{84/85}. De hecho, podemos comprobar como esta “supuesta ventaja” permite que la Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2019, de 14 de mayo⁸⁶, en el apartado dedicado a los posibles sujetos pasivos de

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.). *Odio, prejuicios y derechos humanos*. Granada: Comares, 2021, pp. 295 y ss.

83. LAURENZO COPELLO, *No es odio...*, *op. cit.*, p. 273.
84. *Cfr.* Informe de la OSCE, La lucha contra los delitos de odio en la Región OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa) una visión general de estadísticas, legislación e iniciativas nacionales, Materiales didácticos, n.º 5, 2005, p. 10 (<http://educatolerancia.com/pdf/numero5.pdf>, última consulta 31 de julio de 2022).
85. Así como de la conclusión 15.^a de la Circular de la Fiscalía cuando dispone: “En consecuencia, los/las Sres./Sras. Fiscales apreciarán la agravante de discriminación «por asociación», en los supuestos de una víctima que tenga relación con el colectivo de que se trate, aunque no forme parte del mismo y la agravante de discriminación «por error» en la percepción del sujeto activo sobre la pertenencia de la víctima a un determinado grupo” (Fiscalía General del Estado en su Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771, última consulta 31 de julio de 2022).
86. Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (<https://>

los delitos de odio (entre los que incluye esta agravante) afirme que: *“una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos”*. Creo que resultará evidente que, si bien la ideología nazi puede ser minoritaria, no por ello convierte al grupo que la profese en un colectivo merecedor de protección al no tratarse de un grupo desfavorecido ni vulnerabilizado. Por lo que una persona o un grupo de ideología nazi, por mucho que el nazismo sea un factor ideológico diferenciador, no debe ser objeto de protección a través de un precepto surgido para luchar contra episodios racistas. Desde mi punto de vista, esta posibilidad no tiene ningún sentido.

De hecho, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en alguna ocasión en este mismo sentido⁸⁷. Así, y a título de ejemplo, puede verse la sentencia 717/2010, de 28 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid, que en

www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771, última consulta 31 de julio de 2022).

87. Sin embargo, se admite la apreciación del 510 en un caso en el que se ataca “españoles” aun admitiendo que no es un grupo vulnerabilizado, en la STS 473/2022, de 4 de mayo, que recoge la siguiente argumentación: “La mejor doctrina señala, así, que la amplitud de los móviles que se recogen en el art. 510.1.º CP “por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”, permite confirmar la tesis de la doctrina mayoritaria que sostiene que el objeto de tutela es el derecho a la no discriminación. Pero sin mayores aditamentos, porque el tipo penal no lo exige, por lo que los ataques y ofensas a personas de estos grupos se enraízan en el discurso del odio, sin exigir un concepto no incluido en el tipo de “vulnerabilidad” del sujeto que está integrado en uno de los grupos citados en el art. 510 CP. (...). Por ello, los preceptos citados y el art. 22.4 CP protegen a toda la ciudadanía siempre que la persona o personas afectadas encajen en uno de los motivos de discriminación taxativamente establecidos por el legislador, sean o no minoritarios, sean o no vulnerables, o sean, o no, desfavorecidos. Lo relevante y exigente es que participen de la razón del ataque en alguno de los conceptos y/ o grupos que se integran en el precepto ya antes citados, pero sin aplicación excluyente a los no vulnerables o que no pertenezcan a colectivos desfavorecidos por entenderse que estos “no pueden ser odiados”, o que si se les odia esta conducta no es antijurídica, típica, culpable y punible. Hay que recordar que las conductas discriminatorias por el menosprecio implícito que conllevan hacia la persona discriminada, están vinculadas per se no sólo con la igualdad sino también con la dignidad humana, y, por ello, no solo se protege con la tipicidad del odio a la dignidad y derecho a la igualdad de quien tiene el concepto de “vulnerable”, sino a quien esté ubicado en uno de los grupos del art. 510 CP. Es la igualdad y dignidad de todos, no de algunos, lo que se protege ante el discurso del odio, ya que no puede dejar de ser típica la conducta cuando se odia a un “no vulnerable” pero que está en uno de los grupos identificados en el tipo penal”.

Continúa la STS 473/2022, de 4 de mayo: “Por ello, se lo hicieron todo a ellas en un contexto y móvil de discriminación y odio al diferente según ellos, y sin necesitarse que ‘el diferente’ sea vulnerable para integrarse la conducta en el art. 510.2 a) CP’. Y5.- La clave es la “motivación discriminatoria””.

su FD decimotercero dispone que: “La jurisprudencia que se ha elaborado en torno a esta circunstancia agravante, reciente, puesto que se estableció por primera vez en 1994, se ha centrado en exigir que para que la misma concurra en cualquier supuesto delictivo es preciso que figuren acreditados hechos que demuestren que la motivación que ha llevado al agresor a su realización ha tenido como causa la de la discriminación. Esto implica que, en nuestro criterio, los elementos que definen a esta circunstancia agravante son:

1.º) *Que haya quedado claramente acreditado, que la persona agredida forma parte de un grupo, o de un colectivo que podemos calificar como minoritario, no coincidente con la mayoría social y por lo menos en parte rechazado por ésta y que objetivamente pueda ser objeto de discriminación (...)*⁸⁸.

Y, muy especialmente, la STS 458/2019, de 9 de octubre, por la que se resuelve recurso de casación contra sentencia dictada por la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2019, por la que se juzga el ataque a dos Guardias civiles por su condición de tales en un bar al que habían entrado acompañados por sus respectivas parejas.

Procedo a continuación a transcribir parte de su FD Quinto: “(...) es difícil argumentar una consideración de la Guardia Civil como colectivo vulnerable sin desnaturalizar la finalidad del precepto. (...) Además, es preciso dar un contenido preciso a la circunstancia agravatoria. Hemos de acudir a los criterios clásicos de interpretación de la norma penal. En primer lugar, la intención del legislador, criterio que, si bien no permite conocer de forma fiable el sentido de la norma, pues la intención del legislador aflora la razón que llevó al legislador a la promulgación de la norma, pero una vez publicada en el boletín oficial la norma tiene su propio contenido independiente de la voluntad del legislador. Sin embargo, permite indagar sobre la voluntad del legislador al tiempo de su promulgación. La Exposición de Motivos es clara al respecto al señalar como fundamento de la circunstancia de agravación ‘la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita y que se presentan bajo banderas y símbolos de ideología nazi, obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella’ las sucesivas reformas refieren distintos supuestos discriminatorios, y abordar la necesidad de alejar situaciones de violencia contra colectivos vulnerables, todavía, en nuestra cultura.

El legislador al incluir como agravación un contenido propio del derecho antidiscriminatorio otorga protección a las personas vinculadas a colectivos

88. Cursivas añadidas.

discriminados que se encuentran en desventaja para un desarrollo en libertad de su vida, evitando que ésta pueda sufrir una situación de discriminación por la mera pertenencia a un colectivo minoritario y vulnerable. (...) Es evidente que todo hecho delictivo comporta una situación discriminatoria, en la medida en que se selecciona una víctima y se actúa contra ella, pero lo relevante para la conformación de la circunstancia de agravación es comprobar la concurrencia de alguna de las circunstancias que permiten calificar la discriminación en algunos motivos a que se refiere el número cuarto del artículo 22. (...) Por otra parte, tampoco se describe una situación objetiva de especial vulnerabilidad, y por tal no puede ser tenida la guardia civil”⁸⁹.

Es más, pretender desvincular la apreciación de esta agravante de los colectivos realmente vulnerabilizados en la sociedad produciría el efecto perverso de que esta circunstancia modificativa de la responsabilidad penal pudiera ser empleada, incluso, para agravar el castigo en caso de delitos cometidos contra personas que pertenecen a estamentos que gozan de reconocimiento social, lo que constituiría una tergiversación tal de su contenido que terminaría perjudicando, absurdamente, a los más desfavorecidos⁹⁰.

V. REFLEXIÓN CRÍTICA FINAL

Desde mi punto de vista, una vez apuntado que realmente en ningún caso era necesario que el concepto “delito de odio” fuera acogido en los mismos términos en los que fue acuñado en el contexto de la OSCE, sí que compartimos que, con independencia del tenor literal de un precepto, lo importante por encima de todo es la determinación de lo que con él se quiere proteger. Si, además, tenemos en cuenta el origen histórico de la circunstancia 4.^a del art. 22 CP, como un precepto destinado a proteger a colectivos vulnerabilizados frente a conductas discriminatorias, y si somos congruentes con lo que implica defender que el Derecho penal español ha de seguir siendo un Derecho penal de acto, hay que concluir que esta agravante, la redacte como la redacte el legislador, no puede ser concebida como una circunstancia de naturaleza subjetiva en la que lo determinante sea la “motivación” odiosa o prejuiciosa que presida la actuación del sujeto activo del delito.

89. Cursivas añadidas.

90. Conclusión en la que coincido plenamente con LAURENZO COPELLO, P., La manipulación de los delitos de odio. En: PORTILLA CONTRERAS, G./VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (dirs.), POMARES CINTAS, E./FUENTES OSORIO, J. L. (coords.). *Un Juez para la Democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid; Dykinson, 2019, pp. 458 y ss.

Por ello, coincido plenamente de nuevo con LAURENZO COPELLO cuando sostiene que los denominados con carácter general “delitos de odio” solo pueden –y deben– tener sentido si se les observa, desde el Derecho antidiscriminatorio, “como una forma más de generar, mantener o profundizar situaciones de exclusión o marginación de determinados colectivos socialmente subordinados (...). Hasta el punto de que si se les desliga de los grupos discriminados y se busca su esencia únicamente en un sentimiento de aversión o incluso de hostilidad hacia un grupo social cualquiera, sus perfiles se desdibujan y desaparece el motivo que concede legitimidad a una respuesta penal específica”⁹¹. Por lo que puede ser que la expresión “delitos de odio” sea relativamente reciente, pero la verdad es que no ocurre lo mismo con la problemática que legítimamente pretende abordarse con ellos⁹².

Volviendo a la agravante de discriminación, considero que la expresión “por motivos” empleada en su tenor literal no debe entenderse referida a la actitud interna del autor del delito. Por el contrario, considero que esos *motivos* no son más que los factores que otorgan al trato discriminatorio, tal carácter, distinguiéndolo de un tratamiento diferenciador puramente arbitrario. Por otra parte, de conformidad con un Derecho penal de acto, lo determinante para la apreciación de esta agravación no puede ni debe ser, por ejemplo, que el sujeto activo sea un “racista”, sino que lo determinante habrá de ser que el delito cometido conlleve también la materialización de un “comportamiento racista”, que no es lo mismo. Es decir, considero que será necesario que, además del bien jurídico protegido en el delito que se haya cometido en el caso concreto, se haya afectado el derecho del sujeto pasivo a no ser discriminado, lo que pone de manifiesto un mayor desvalor del injusto⁹³, por lo que en realidad debería ser concebida

91. LAURENZO COPELLO, P., La manipulación..., *op. cit.*, p. 463. Y más recientemente esta misma autora sostiene en términos similares que “los llamados delitos de odio en realidad son delitos de discriminación o no son nada” (No es odio..., *op. cit.*, p. 279). En términos similares, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., Fórmulas para una interpretación..., *op. cit.*, p. 292.

92. De hecho, CÁMARA ARROYO es de la opinión de que el término “delitos de odio”, que parece tan novedoso, lo único que hace es “anunciar una realidad que ha existido desde el principio de los tiempos: procesos de discriminación a sujetos o colectivos sociales por razones ideológicas, sexuales, étnicas, religiosas, etc”. (CÁMARA ARROYO, S., El concepto de delitos de odio..., *op. cit.*, 2017, p. 144). Así este autor considera que la nomenclatura correcta para los “delitos de odio” es la de delitos ideológicamente condicionados, motivados por la intolerancia o delitos de discriminación (*Ibidem*, p. 154).

93. En el mismo sentido, LAURENZO COPELLO, P., La discriminación..., *op. cit.*, pp. 274 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-27, 2018, pp. 4-6; REBOLLO VARGAS, R., Controversias y propuestas

como una circunstancia de naturaleza objetiva apreciable, en consecuencia y conforme a las reglas de la comunicabilidad (art. 65.2 CP), en todos aquellos que la conozcan en el momento de la comisión del delito de que se trate⁹⁴. Y, consecuentemente, el sujeto pasivo debería reunir o poseer una cualidad diferenciadora de las indicadas en este precepto, pero siempre y cuando, además, este hecho lo coloque en una situación desfavorable respecto al resto de la colectividad. Una interpretación distinta de esta circunstancia agravante no es más que una reducción al absurdo de la misma.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal. *Manual de formación continuada*, N.º 5, 1999 (Ejemplar dedicado a: El extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica de 4/2000)), pp. 301-357.

AYA ONSALO, A. Delitos de odio, evolución legislativa y perspectiva actual. En: LANDA GOROSTIZA, J. M./GARRO CARRERA, E. (Dirs.), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 303-323.

BERNAL DEL CASTILLO, J. *La discriminación en el Derecho penal*. Granada: Comares, 1998.

interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio. En: LANDA GOROSTIZA, J. M./GARRO CARRERA, E. (Dirs.). *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 208; y SEONAE MARÍN, M. J./OLAIZOLA NOGALES, I. *Análisis ...*, *op. cit.*, pp. 464, 468 y 471. También LANDA GOROSTIZA es de la opinión de que el fundamento de esta agravante debe situarse en el mayor desvalor del resultado, pero entiende que el bien jurídico a afectar no es el derecho a no ser discriminado, sino la seguridad existencial de ciertos colectivos (*Los delitos...*, *op. cit.*, pp. 122-123). No comparto la opinión de este autor porque el tenor literal de esta agravante no exige esa afectación, pero es que, además, considero que tal exigencia convertiría a esta agravante prácticamente en inapreciable, ya que estimo más que dudoso el que una conducta discriminatoria contra una persona individualmente considerada pueda atentar contra la seguridad existencial de los colectivos a los que esta agravante se refiere. Muy especialmente si tenemos en cuenta la realidad actual de la sociedad en la que vivimos. Por su parte, SEONAE MARÍN y OLAIZOLA NOGALES entienden que este efecto amenazante podrá servir como refuerzo, pero no es el fundamento de la agravación, ni será necesario que se produzca para poder apreciarla (*op. cit.*, p. 471).

94. Así también, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, P., Marco de protección jurídico-penal..., *op. cit.*, pp. 268 y ss., especialmente pp. 275 y ss.; LA MISMA, P., La discriminación..., *op. cit.*, pp. 277 y ss., especialmente pp. 281 y 284; y SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., Estudio dogmático..., *op. cit.*, p. 347.

- BORJA JIMÉNEZ, E. *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada: Comares, 1999.
- 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*, Tomo 70, Fasc/ Mes 1, 2017, pp. 139-225.
- CISNEROS ÁVILA, F. La necesaria redefinición de la agravante de discriminación desde el concepto de delito de odio. En: DEL CARPIO DELGADO, J./HOLGADO GONZÁLEZ, M.^a, *La libertad de expresión asediada. Delitos de odio, delitos de opinión, censuras de Gobiernos y de empresas*, Aranzadi (próxima publicación).
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. Fórmulas para una interpretación restrictiva de los delitos de odio. En: LAURENZO COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.). *Odio, prejuicios y derechos humanos*. Granada: Comares, 2021, pp. 285-313.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. *El Derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P. El contrasentido del nuevo tenor literal de la agravante de discriminación tras su reforma por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. En: CARUSO FONTÁN, V./ MACÍAS CARO, V. (Dirs.), RODRÍGUEZ RAMOS, M. (Coord.). *Nuevas tendencias y modernos peligros de la Política criminal*. 2022, en prensa.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- LAURENZO COPELLO, P. Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia. *Cuadernos de Derecho Judicial*, N.º 1, 1996 (Ejemplar dedicado a Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado), 1996, pp. 217-281.
- LAURENZO COPELLO, P. La discriminación en el Código penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, 1996, pp. 219-288.
- LAURENZO COPELLO, P. La manipulación de los delitos de odio. En: PORTILLA CONTRERAS, G./VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (dirs.), POMARES CINTAS, E./FUENTES OSORIO, J. L. (coords.). *Un Juez para la Democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, 2019, pp. 453-468.
- LAURENZO COPELLO, P. No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio. En: LAURENZO

- COPELLO, P./ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (Coords.). *Odio, prejuicios y derechos humanos*. Granada: Comares, 2021.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-27, 2018, pp. 1-20.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*. 11.^a edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- REBOLLO VARGAS, R. Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio. En: LANDA GOROSTIZA, J. M./GARRO CARRERA, E. (Dirs.). *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 195-220.
- SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 303-351.
- SEONAE MARÍN, M. J./OLAIZOLA NOGALES, I. Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.^a CP). *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 455-490.

III ARANZADI

PARTE 3

Libertad de expresión y delitos de opinión

III ARANZADI

III ARANZADI

La libertad de expresión y sus límites en torno a los símbolos del Estado¹

MIGUEL ÁNGEL ALEGRE MARTÍNEZ²

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de León*

“El sentido común y la inteligencia se abren paso con pocos artificios”.
Johann Wolfgang Von GOETHE (1749-1832)

SUMARIO: I. ORIENTACIONES GENERALES PARA DELIMITAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. II. APROXIMACIÓN A LA RELEVANCIA DE LOS SÍMBOLOS POLÍTICOS. III. LOS ULTRAJES A LA BANDERA: PANORÁMICA COMPARADA. IV. EXHIBICIÓN DE ESTELADAS EN LA COPA DEL REY. V. PITADAS AL HIMNO. VI. QUEMA DE IMÁGENES DEL REY: DISCREPANCIA ENTRE JURISDICCIONES. VII. HACIENDO BALANCE. VIII. EL DELITO DE ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS POLÍTICOS Y LA STC 190/2020. IX. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL. X. CONCLUSIONES. XI. BIBLIOGRAFÍA.

1. El presente trabajo tiene su origen en la ponencia del mismo título presentada el 3 de noviembre de 2022 en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, en el marco del congreso internacional *“Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de)construcción de una sociedad (in)tolerante?”*, organizado con cargo al Proyecto FEDER/UPO 1255802. El autor desea expresar su agradecimiento a las directoras del proyecto y del congreso, profesoras María Holgado González y Juana Del Carpio Delgado, así como a los otros colegas intervinientes en la jornada: profesores Abdelhamid Adnane Rkioua, Leyre Burguera Ameave y Héctor Álvarez García.
2. Departamento de Derecho Público. Campus de Vegazana. 24071 – León. Correo electrónico: maalem@unileon.es.

RESUMEN: En el trabajo se razona sobre si determinadas conductas que se describen, relacionadas con los símbolos políticos, sobrepasan o no los límites de la libertad de expresión. Las “dos versiones” jurisdiccionales (española y europea) sobre la extralimitación de la libertad de expresión en conductas de ultraje o ataque a los símbolos políticos (apreciables, por ejemplo, en la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* de 13 de marzo de 2018), nos llevan a constatar que, por más que los tribunales se hayan ocupado de fijar unos criterios de referencia estables, no siempre resulta sencillo determinar si cada caso o concreto se encontraría amparado o no bajo esa libertad fundamental. Se comprueba, en todo caso, que cualquier resolución judicial sobre estas materias va a dejar insatisfechos y perplejos a unos o a otros. La doctrina mayoritariamente apuesta de manera decidida por la *despenalización de estas conductas*, dando *prioridad a la libertad de expresión* en la que supuestamente se inscriben.

Los símbolos (bandera, himno, escudo, fiestas nacionales, etc.), representan nuestro sistema democrático: el marco de convivencia establecido en la Constitución de 1978 y los valores que implica: democracia, libertad, respeto a los derechos humanos, garantía de las libertades públicas, respeto a la pluralidad dentro de España. Cuando se ultraja el símbolo (las banderas se retiran o se queman, se silba al himno, etc.), se está atacando lo simbolizado: la democracia, la libertad, el progreso, la unión, el respeto. Y estos no son solo valores españoles, sino también europeos.

Los símbolos no son propiedad de una u otra ideología, sino factor de cohesión e integración, o al menos así deberían ser. El bagaje cultural que representan, requiere la recuperación de un maltrecho “*sentimiento constitucional*”. El hecho es que, símbolos que deberían unir e integrar, generan rechazo en parte de la sociedad y, por tanto, separan. La clave está, por tanto, en dilucidar si es el símbolo el que integra, o si es la integración preexistente la que hace posible el éxito del símbolo ¿El símbolo genera integración, o más bien la necesita? Seguramente la respuesta depende de la época y de las circunstancias históricas.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión y sus límites; símbolos políticos; bandera; himno; jurisprudencia constitucional y europea; injurias a la Corona; ultrajes a los símbolos; respuesta penal o despenalización; valor integrador de los símbolos.

I. ORIENTACIONES GENERALES PARA DELIMITAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En primer término, será necesario recordar qué protege la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), delimitándola con respecto a la libertad de

información (art. 20.1.d). En el caso de la *libre expresión*, señala el Tribunal Constitucional, el objeto es *la idea*; mientras que en el caso de la *libre información* lo es *la noticia o el dato*. Esta distinción, aparentemente sencilla en abstracto, no lo es tanto en el plano de la realidad, donde “se mezclan hasta confundirse” (STC 176/1995 de 11 de diciembre, FJ 5). Por ello, la clave consistirá en “detectar el *elemento preponderante* en el texto concreto que se enjuicie en cada caso para situarlo en un contexto ideológico o informativo” (STC 6/1988 de 21 de enero).

Hay que tener en cuenta, en segundo término, que en el ejercicio de la libertad de expresión, los posibles *límites* son *mínimos*, cercanos a los de la libertad ideológica del art. 16 CE (STC 20/1990 de 15 de febrero). Recordemos asimismo que *el insulto no está protegido por la libertad de expresión*, aunque sí lo está lo grosero, hiriente, incorrecto, no elegante o crítico. También habrá que considerar, con Cotino Hueso, que queda amparada toda idea o ideología por equivocada o peligrosa que sea, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. *La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan*. Pese a ello, en el caso de mensajes *pro nazis* que niegan la dignidad humana, el Tribunal Constitucional considera que “*se sitúa(n) por sí mismo(s) fuera de la protección constitucional*” de la libre expresión (SSTC 170/1994 de 7 de junio, 76/1995 de 22 de mayo, 176/1995 de 11 de diciembre).

Especialmente conflictiva resulta la delimitación en cuanto al llamado *discurso del odio*. A este respecto, se refiere el autor citado a la complejidad de la STC 235/2007 de 7 de noviembre. En ella se afirma que “la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “*discurso del odio*”, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación a la violencia contra ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”; sin embargo, considera a la vez el Tribunal que la “*mera adhesión ideológica*” a postulados nazis o a la negación del genocidio quedarían *protegidos* por la libertad de expresión. Se avalan además algunos delitos de negación de genocidio por *incitación a la discriminación y al odio*. En el Código Penal figura como circunstancia agravante (art. 22.4) y como tipo específico (art. 510.1.a y 510.4).

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sostiene por su parte que “el discurso que degrada en base a la raza, la etnia, el género, la religión, la edad, la discapacidad o cualquier otro terreno similar es odioso, pero el mayor orgullo de nuestra jurisprudencia es que protegemos la libertad de expresar el pensamiento que odiamos” (*Matal vs. Tam*, de 18 de enero de 2017). Este mismo Tribunal ha puesto *límites a la persecución penal de estos delitos* en casos como *Jiménez Losantos c. España* (STEDH 15 de junio de 2016). La sentencia considera que “la condena por

los tribunales penales españoles constituyó una injerencia de las autoridades nacionales en su derecho a la libertad de expresión y por tanto la vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

Esa misma *tendencia a limitar la persecución penal*, en este caso respecto de la quema de fotos del Rey, se advierte en la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* de 13 de marzo de 2018, sobre la que más adelante volveremos. También esta sentencia condena a España por la violación del art. 10 del CEDH, relativo a la libertad de expresión. Los hechos (la quema de una foto de los Reyes de España en 2007) fueron calificados como delito de *injurias a la Corona* (art. 490.3 del Código Penal) tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Constitucional español (STC 177/2015 de 22 de julio, que desestima el recurso de amparo). Sin embargo, el TEDH “ampara” a los demandantes y deja sin efecto la condena nacional al estimar vulnerado el derecho a la libertad de expresión de los demandantes en el contexto de actos de crítica política. En palabras de Corral Maraver, la STDH ofrece “la oportunidad de realizar una interesante crítica sobre las dinámicas político-criminales y jurisprudenciales que respecto a este y a otros delitos se están produciendo en nuestro país en los últimos tiempos”. Señala esta autora que la citada resolución supone “un nuevo varapalo a España, poniendo en entredicho la excesiva protección que buena parte de la doctrina española viene dando a las instituciones estatales, particularmente a la Corona”. Llama la atención, continúa esta autora, la obstinación española por desatender lo que es una doctrina del tribunal europeo muy consolidada, máxime cuando España ya ha sido condenada con anterioridad por asuntos similares. En efecto, “el TEDH se muestra contrario a dicha sobreprotección cuando ello entra en conflicto con la libertad de expresión del artículo 10 CEDH. Este tribunal entiende que deben tratarse con mayor permisividad los hechos que, aunque ofensivos o insultantes, se realizan en el contexto de la *crítica política*, debiendo prevalecer el derecho a la libertad de expresión y teniendo los Estados la obligación de ser cautos en la sanción penal en estos casos”.

Por último, y desde el punto de vista de hacer primar la libertad de expresión, apunta Cotino Hueso que, además de la generalizada aplicación del Derecho Penal, puede resultar aún más peligrosa la emergente regulación sancionatoria y administrativa en esta materia.

Vemos, en suma, como primera pista o indicio relevante, que el debate sobre la extralimitación o no de la libertad de expresión parece centrarse en buena medida en el contexto de la *crítica política*, por lo que puede resultar de interés, y así lo intentaremos en las páginas siguientes, aproximarnos al tema desde el concreto ámbito de los ataques o ultrajes a *símbolos*

políticos. En cuanto al enfoque adoptado, daremos preferencia (al menos hasta llegar al apartado de conclusiones), a *describir el estado de la cuestión*, dejando de lado durante la exposición las valoraciones personales, que no necesariamente se identifican con determinados fallos jurisprudenciales o con la doctrina mayoritaria y dominante.

II. APROXIMACIÓN A LA RELEVANCIA DE LOS SÍMBOLOS POLÍTICOS

El estudio de los símbolos políticos encierra una problemática subyacente con los temas constitucionales del día a día, por lo que tiene que ver con “la propia fundamentación y legitimidad de toda la estructura constitucional”³. Es algo así como un hilo que conduce al ovillo, una pista que, como podremos comprobar, conduce directamente al núcleo de aspectos problemáticos que presentan evidentes puntos de contacto con la realidad más actual, y despiertan el interés de la ciudadanía.

De manera destacada en nuestra doctrina, el profesor García-Pelayo ha sabido ver cómo los símbolos políticos *contribuyen a explicar la relación de la persona con su comunidad política*; y ello se debe a su *carácter ambivalente*, que permite detectar en ellos tanto componentes *míticos* como *racionales*. Actúan a su vez como ese puente que permite el paso del mito a la razón de la mano del Estado. Es en esa capacidad de los símbolos políticos para suscitar reacciones y generar vínculos emocionales entre el individuo y la comunidad política a la que pertenece, donde se manifiesta y concreta la presencia simultánea, en la dimensión cultural del ser humano, “tanto de la ordenación racional como de las representaciones míticas”⁴.

Esa mencionada capacidad de los símbolos para influir en los sentimientos y emociones de los destinatarios es precisamente la causa de su *fuerte potencial integrador* del individuo. En la consideración de esta característica encontramos el punto de partida de la teoría de los símbolos políticos del profesor García-Pelayo. En sus escritos (así como en los de Häberle) se alude a esa capacidad integradora referida a los símbolos de “toda unidad política”, (p. 989) y no solo del Estado⁵. Y otro autor al que

3. Pedro DE VEGA GARCÍA, “En torno al concepto político de Constitución”, p. 702.
4. Manuel GARCÍA-PELAYO, “Ensayo de una teoría de los símbolos políticos”, p. 1022.
5. Escribe Peter HÄBERLE que los símbolos “son generalmente expresión de la estatalidad del país, que con frecuencia anteceden a la existencia de la propia constitución. Hoy en día sin embargo deben ser sometidos a una nueva lectura a la luz de la teoría de la constitución de cuño científico-cultural, ya que las banderas, himnos nacionales, etc., no solo simbolizan al Estado, sino que muestran las dimensiones culturales de las comunidades que lo configuran” (*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, p. 652.

también debemos una teoría de los símbolos, como es Rudolf Smend, se ha basado igualmente en esa función integradora que cumplen, en cuanto que materializan la vigencia de determinados valores históricos o acontecimientos especialmente representativos que “expresan gráficamente el significado más profundo de la política de un país”⁶.

De lo expuesto extraemos, en definitiva, que el ser humano, para su orientación y ubicación en el mundo, *no solo necesita de las creaciones intelectuales, sino también de las creencias míticas*. Los símbolos –medio de expresión de esa conciencia mítica– contribuyen a la *integración del individuo en la política de la mano del Estado*. Ello es posible porque los símbolos, aunque proceden de fuentes y apelan a sentimientos irracionales, son susceptibles de ser racionalmente utilizados y manipulados. García-Pelayo nos demuestra que la aproximación a los símbolos políticos debe realizarse desde una perspectiva interdisciplinaria, histórica y comparativa, ya que la mayor o menor presencia del mito o del símbolo está condicionada en cada caso concreto por la época y las circunstancias históricas. Mediante su capacidad para transformar la *significación en acción*, los símbolos en general, y los himnos en particular, cumplen una *función representativa e integradora* de la comunidad política.

Lo que implica o aporta el carácter integrador de los símbolos, es su *capacidad para generar un sentimiento de identificación entre los ciudadanos y su comunidad política, mediante el fortalecimiento de un acuerdo básico en*

Citado por Emilio MIKUNDA FRANCO, “Los himnos en particular: panorama europeo global en perspectiva cultural comparada”, p. 65).

6. Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, pp. 96-98, que pone como ejemplo las banderas, los escudos, los Jefes de Estado –en especial, los Monarcas–, las ceremonias políticas y las fiestas nacionales. En p. 107 define la dinámica estatal como “un sistema de integración”, lo cual supone que la actividad estatal consiste, en suma, en sintetizar los diversos factores integradores. Y sobre la presencia de los símbolos en los textos constitucionales señala que “de la misma manera que en los reglamentos de cualquier asociación los primeros artículos establecen formalmente el objeto de la asociación, también las Constituciones expresan al principio el contenido de la dinámica estatal que regulan, pero no formalmente, sino por medio de símbolos tales como el territorio, los colores de la bandera y el escudo nacional, la forma de Estado y, dentro de ella, su caracterización específica, etcétera”. Véanse además, del mismo autor, los trabajos “Integrationslehre” e “Integration”.

De las aportaciones de Smend al estudio de los símbolos políticos y su valor integrador, y en general de la idea de símbolo político y su traslación al ámbito jurídico, se ha ocupado cumplidamente Joaquín BRAGE CAMAZANO, “El himno como símbolo del Estado: dimensión jurídico-política”, cuyas consideraciones también tenemos aquí en cuenta. Como señala este autor “el principal teorizador político-constitucional del valor integrador de los símbolos fue Smend, para quien el elemento central de la existencia de un Estado está en lo que él llama ‘integración’ o sentimiento de pertenencia emotiva a una colectividad”.

torno a los valores que la sustentan. Los símbolos favorecen la adhesión de los ciudadanos a esos valores (y, por tanto, a la comunidad misma), en cuanto modos de expresión de la conciencia mítica, que el ser humano necesita (junto con la creación intelectual o racional) para su ubicación en el mundo y en la sociedad.

Los símbolos ejercen esa función integradora a través de los *elementos* que les son propios y los constituyen como tales. Siguiendo de nuevo al profesor García-Pelayo, esos elementos serían: el *objeto* sensible o imagen; la *significación*; la *referencia simbólica* constituida por la *relación entre objeto y significación*; y, por último, un *sujeto* con la *adecuada disposición* para captar la referencia y responder a su llamada.

En definitiva, el símbolo da presencia material a una realidad inmaterial. Y es precisamente por eso por lo que **el ataque o ultraje a un símbolo implica o supone un ataque o ultraje a lo simbolizado** (en lo que aquí interesa, al *Estado* como expresión de la *comunidad política*).

III. LOS ULTRAJES A LA BANDERA: PANORÁMICA COMPARADA

La(s) bandera(s), junto con el himno, la capital o los días festivos nacionales son, idealmente al menos, elementos de representación simbólica de una comunidad a través de los cuales se explicita plásticamente y de manera sensible *la existencia de una nación y la comunidad en que se fundamenta ésta, sus valores, tradiciones, historia, metas, etc.* Como dijo el Tribunal Supremo norteamericano en *Texas vs. Johnson*, “el propio propósito de una bandera nacional es servir como un símbolo de nuestro país; es, podría decirse, ‘la única manifestación sensible de doscientos años de nacionalidad’ [...] Cargada con contenido expresivo, la bandera identifica tan rápidamente a esta nación como lo hace la combinación de letras encontrada en ‘América’ [...]”. Según señala Brage Camazano, en esta sentencia *la bandera opera como símbolo de la libertad* en cuanto elemento estructural de la sociedad estadounidense, ¡también la libertad de los que atacan a la bandera!⁷.

7. Seguimos en este apartado a Joaquín BRAGE CAMAZANO, “El himno como símbolo del Estado: dimensión jurídico-política”, pp. 39 y ss.

El caso *Texas contra Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) del Tribunal Supremo de Estados Unidos, es un hito en la historia judicial estadounidense, pues invalidó las leyes que prohibían la profanación de la bandera estadounidense, en rigor en 48 de los 50 Estados al momento de la sentencia. El juez William J. Brennan Jr. dictaminó que el acto del defendido, quien quemó una bandera estadounidense, estaba protegido por la primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que garantiza la libertad de expresión.

– *Estados Unidos: la sentencia Texas vs. Johnson de 1989.* En 1984, en Dallas (Texas), mientras se celebraba la Convención Nacional Republicana, un pequeño grupo conocido como *Revolutionary Communist Youth Brigade* se manifestó por el centro de la ciudad en contra de la política del por entonces presidente Reagan y el riesgo de guerra nuclear. En el contexto de la manifestación, uno de sus cabecillas, elevó una bandera americana, la roció con gasolina y le prendió fuego, poniéndose a cantar el grupo entonces “*red, white and blue, we spit on you*” (“rojo, blanco y azul, escupimos sobre ti”). Uno de los muchos curiosos atraídos por esta conducta fue Daniel Walker, quien recogió los restos carbonizados de la bandera y los enterró en su jardín. La Fiscalía procedió criminalmente contra Johnson como autor de un delito de profanación de la bandera cuyo tipo exigía que “uno o varios de los presentes” se sintiesen “repelidos”, lo que tenía que probar el Estado federado, y Daniel Walker declaró que él se había sentido repelido. El Fiscal consideró además que Johnson había perturbado el orden público, y representaba por lo que hacía y por lo que pensaba, un peligro para Texas.

El Jurado condenó a Johnson a una pena privativa de libertad de un año y multa de 2.000 dólares. Johnson apeló y alegó que su conducta era *symbolic speech* protegido por la Primera Enmienda de la Constitución. El Tribunal de Apelaciones del 5º Distrito, de Texas, confirmó la condena. Johnson recurrió entonces al Tribunal de Apelaciones Criminales de Texas, quien consideró que la condena penal era contraria a la Primera Enmienda. La Fiscalía entonces recurrió al Tribunal Supremo, quien decidió, por cinco votos contra cuatro, que el interés en la protección de la bandera, como símbolo de la unidad nacional, por el Estado de Texas no justificaba una restricción de la libertad de expresión de opiniones que hiciera antijurídica la quema de una bandera. El Tribunal aplicó un triple test a la ley: a) El Estado federado tenía la carga de la prueba de que tenía un “interés apremiante” (*compelling interest*) en la protección de la bandera; b) Los Estados federados no podían penar una libre expresión de una opinión, no importa lo ofensiva que fuera; c) Incluso si Johnson hubiese herido notablemente a Walker en sus sentimientos, ello no era suficiente para la perturbación del orden y la paz pública.

El Tribunal Supremo consideró que *no había razones para no aplicar a la bandera la doctrina general de la libertad de expresión*: el Gobierno no puede prohibir a sus ciudadanos la expresión de una determinada idea simplemente porque la sociedad la considere en sí misma ofensiva o desagradable, incluso si la idea afecta al corazón del orden existente y es desafiante y despectiva; el Estado no puede obligar más al ciudadano a la conducta deseada respecto de la bandera que respecto de otras ideas. La solución a

que se acoge el Tribunal es la solución habitual en aquel país, la “doctrina americana *standard*”: contrarrestar el mensaje ofensivo con el punto de vista de otros y la tolerancia de la crítica⁸.

– **Alemania.** En el caso de un librero que vendió un folleto que incluía un *collage* que mostraba a un soldado orinando sobre la bandera nacional alemana, el librero fue *condenado* penalmente conforme al art. 90 a, 1 del Código Penal alemán (ultraje a la bandera), pero el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 7 de marzo de 1990, consideró que ello vulneraba la *libertad artística como derecho fundamental*, pues si bien la bandera es un importante símbolo de integración política por medio de los valores que representa, y por ello el ultraje de la misma puede dañar la autoridad del Estado, sin embargo tales símbolos, a juicio del Tribunal, disfrutaban de protección constitucional solo en tanto que los mismos representan los valores básicos de la República Federal de Alemania, *pero sin que ello pueda conducir, a la vista de la libertad de arte como derecho fundamental, a una “inmunización” del Estado frente a la crítica o incluso la desaprobación*; al no haber tomado en cuenta y valorado adecuadamente el juego de la libertad artística en este caso, el Tribunal Constitucional otorga el amparo entendiendo, en suma, que el *collage* o montaje fotográfico realmente es una caricatura, un retrato satírico, de modo que el ataque no va dirigido contra la bandera, sino que la caricatura expresaba primariamente en este

8. Esta decisión del Tribunal Supremo, como tantas otras, causó malestar en muchos, especialmente del Partido Republicano. El presidente Bush padre abogó por una enmienda constitucional para superar (*overrule*) la sentencia del Tribunal Supremo, pero la mayoría demócrata, que no quería que se les pudiera ver como antipatriotas, no quería reformar la Constitución, por lo que finalmente se aprobó una mera ley ordinaria que castigaba como autor de delito al que, a sabiendas, mutilara, quemara, desfigurara, manchara, tirara al suelo, o pisoteara cualquier bandera de los Estados Unidos (pena de multa o prisión hasta un año o ambas penas): era la *Flag Protection Act 1989* (Ley de Protección de la Bandera de 1989).

La cosa no acabó ahí, puesto que Johnson, conscientemente o no, estaba decidido a actuar, con su conducta, como verdadero intérprete (no técnico) de la Constitución, haciendo así operativa en este campo lo que Häberle denominó la “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”. En efecto, Johnson, con la ayuda de una artista neoyorkina, Shawn Eichmann, quemó de nuevo una bandera estadounidense, pero esta vez lo hizo en las escaleras del Capitolio, y allí Eichmann, ante la bandera que se incineraba, manifestó: “Quema tú también esta bandera. Es rápido, es cosa de niños. Puede ser que la ley lo prohíba, pero sabemos que es correcto hacerlo”. Ambos fueron condenados. En Seattle, Washington, Mark Haggerty también quemó una bandera estadounidense ante una Oficina de Correos, y también fue juzgado y condenado. Finalmente, el Tribunal Supremo casó estas condenas penales, considerando que la Ley de Protección de la Bandera de 1989 era inconstitucional.

La polémica no está cerrada, pues posteriormente se han presentado varias propuestas de reforma constitucional para superar esta interpretación del Tribunal Supremo en este campo. Sin embargo, ninguna de ellas ha logrado el apoyo suficiente.

caso una tendencia antimilitarista, y por ello una desaprobación, si es que no un aborrecimiento, del servicio militar (BVerfGE 81, 278, 56 y ss.).

– *Francia*. En 2003, se aprobó en Francia la Ley 239/2003, de 18 de marzo, de Programación para la Seguridad Interior (Ley *Sarkozy*), que creaba el delito de ultraje a la bandera y al himno nacional franceses⁹.

Sobre su constitucionalidad se pronunció ya en 2003, con carácter previo, el Consejo Constitucional, que interpretó la expresión legal “*manifestación organizada o regulada por las autoridades públicas*” a la vista de su historia legislativa, limitando así su aplicación a manifestaciones públicas de carácter deportivo, recreativo o cultural celebradas en recintos sometidos a reglas de seguridad e higiene en atención al elevado número de asistentes (*Décision* n° 2003-467 DC du 13 mars 2003). De este modo, por ejemplo, se excluyeron los “ultrajes” en obras del intelecto, en clubs privados o en manifestaciones no organizadas o reguladas por las autoridades públicas. Sin embargo, y con estas cautelas, el precepto se declaró constitucional y la pena no se consideró desproporcionada. En cualquier caso, este nuevo delito, incluido por lo demás en una ley muy polémica de lucha contra el crimen que restringía considerablemente diversas libertades, dio lugar a protestas de numerosos colectivos que consideraban que la ley vulneraba la libertad de expresión, aun en las condiciones mencionadas.

– *México*. En 2002, un poeta de cierto renombre, Sergio Witz, publicó un poema, de calidad literaria cuando menos dudosa, titulado “La patria entre mierda” en una modesta publicación local, por el que fue perseguido criminalmente por la fiscalía ya años después, enfrentándose a la siguiente pena: “seis meses a cuatro años de prisión o multa de 50 a 3 mil pesos, o ambas sanciones, a juicio de juez”¹⁰.

En 2005, la Suprema Corte de Justicia, sala 1ª, dictó una sentencia en un proceso de amparo por la que, por tres votos contra dos, se dejó vía abierta a la continuación de la causa criminal contra el poeta citado, considerando que cualquier ultraje a la misma afecta la estabilidad y la seguridad de

9. “En el transcurso de una manifestación organizada o regulada por las autoridades públicas, el hecho de ultrajar, de ofender en público el himno nacional o la bandera tricolor será condenado a una multa de 7500 euros.

Quando el hecho es cometido en grupo, el desacato será castigado con seis meses de prisión y multa de 7500 euros”.

10. El poema era este: “Yo/ me seco el orín en la bandera/ de mi país,/ ese trapo/ sobre el que se acuestan/ los perros/ y que nada representa,/ salvo tres colores/ y un águila/ que me producen/ un vómito nacionalista/ o tal vez un verso/ lopezvelardiano/ de cuya influencia estoy lejos,/ yo, natural de esta tierra/ me limpio el culo/ con la bandera/ y los invito a hacer lo mismo:/ verán a la patria/ entre la mierda/ de un poeta”.

nuestra nación y que el poema “ofendió la moral pública, afectó derechos de terceros, contravino la paz y el seguridad social, y perturbó el orden público”. Se trata, como puede apreciarse, de una visión formalista, pero que a la vez puede parecer escasamente sólida en términos estrictamente jurídicos, y carente de consenso, que contrasta muy mucho con la expuesta en *Texas vs. Johnson* del Tribunal Supremo de EEUU.

Frente a esta argumentación de la sentencia, los dos magistrados discrepantes sostuvieron la primacía en este caso de la libertad de expresión argumentando que, aun sin entrar en la legitimidad de la existencia de un *tipo penal* de ultraje a los símbolos del Estado, lo cierto es que en su aplicación no puede desconocerse el juego que ha de tener la libertad artística (o, más en general, la de expresión), máxime frente a una sanción penal de gran efecto disuasorio (*chilling effect*) de los derechos fundamentales. Y en el caso concreto salta a la vista que *no había ningún “peligro claro y presente”, y desde luego no puramente hipotético o artificial, de violencia o incitación a la misma* u otras razones similares, que pudieran eventualmente justificar, previa ponderación, el recurso a la pena (por lo demás, prevista con una indeterminación extrema).

IV. EXHIBICIÓN DE ESTELADAS EN LA COPA DEL REY

Dentro del panorama nacional, merece destacarse en primer lugar la prohibición, por parte de la Delegación del Gobierno en Madrid, de exhibir esteladas en la final de la Copa del Rey que habría de celebrarse el 22 de mayo de 2016, entre el Barcelona y el Sevilla, en el estadio Vicente Calderón. El comunicado de la Delegación del Gobierno justificaba su decisión en que símbolos como las banderas independentistas, exhibidas regularmente en las finales disputadas por el Barça, están prohibidas por la ley contra la violencia en el deporte.

Esta decisión fue duramente criticada por la doctrina, a la vista de lo dispuesto en el artículo 2 de la *Ley 19/2007 de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte*¹¹. Por ejemplo, entiende Presno Linera que dicho precepto no excluye (y si lo hiciera sería inconstitucional) el uso de banderas u otros símbolos, sino su exhibición orientada a unos fines concretos, para lo que habrá que justificar la idoneidad para provocarlos. Nada de eso se argumentaba de manera seria

11. “La exhibición en los recintos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte organizados para acudir a los mismos de pancartas, símbolos, emblemas o leyendas que, por su contenido o por las circunstancias en las que se exhiban o utilicen de alguna forma inciten, fomenten o ayuden a la realización de comportamientos violentos o terroristas, o constituyan un acto de manifiesto desprecio a las personas participantes en el espectáculo deportivo”.

en la comunicación de la Delegación del Gobierno. Entiende este autor que las esteladas, por su contenido, *no fomentan ni ayudan a la realización de comportamientos violentos o terroristas*; tampoco el hecho de que se exhiban en un campo de fútbol supone incitación, fomento o ayuda a dichos comportamientos ni, *por sí mismas*, suponen un acto de desprecio a las personas participantes en el partido. Por tanto, dicha prohibición incurriría en una inconstitucionalidad flagrante y propia del “Derecho administrativo del enemigo”, al ignorar que nuestro sistema constitucional ha optado por colocar a la libertad de expresión “en una posición preferente y objeto de especial protección” (STC 101/2003, de 2 de junio), y necesitada de un “amplio espacio” (SSTC 110/2000, de 5 de mayo; 297/2000, de 11 de diciembre; 127/2004, de 19 de julio), es decir, “un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor” (STC 9/2007, de 15 de enero).

El Auto 119/2016 de 20 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 11 de Madrid, resolviendo un recurso del Barça y de la asociación *Drets*, anuló la prohibición de la Delegación del Gobierno en cuanto a la exhibición de las esteladas, al entender que “en ningún caso ha resultado probado que la exhibición de la llamada “estelada” pueda incitar a la violencia, el racismo y la xenofobia o cualquier otra forma de discriminación que atente contra la dignidad humana”. Por eso, y ante la cercanía del partido, el juzgado adoptó la medida de suspensión cautelar de la actuación impugnada, para no hacer “perder la finalidad legítima del recurso”. Hubo, por tanto, esteladas en la final de la Copa del Rey¹².

V. PITADAS AL HIMNO

Al igual que la bandera, también el *himno nacional* es un símbolo inmaterial y cultural, pero de gran valor identitario, en el tiempo y en el espacio¹³. En sucesivas ocasiones (baste citar 2009, 2012 o 2015, con un ambiente

12. Poco antes, en abril de 2016, se había generado otra polémica por la *inclusión de la ikurriña en la lista de “banderas prohibidas” en el festival de Eurovisión* junto a, por ejemplo, la del Estado Islámico. El artículo 5 del Estatuto de Gernika señala que la ikurriña es la “bandera oficial” de Euskadi. Tanto desde el Gobierno Vasco como por parte de partidos políticos, eurodiputados, etc., se expresó un profundo malestar por esta medida, y finalmente Eurovisión rectificó y pidió disculpas, retirando la ikurriña de la lista de banderas prohibidas. “Eurovisión rectifica y quita la Ikurriña de las banderas prohibidas” (*El Imparcial*, 29 de abril de 2016): <https://www.elimparcial.es/noticia/164350/nacional/eurovision-rectifica-y-retira-la-ikurrina-de-las-banderas-prohibidas.html>.

13. Resulta oportuno recordar aquí algunos ejemplos de cómo los himnos han sido utilizados como instrumento de movilización, galvanización o exaltación de las masas

institucional muy distinto respecto de la independencia de Cataluña en este último caso), durante la *final de la Copa del Rey de fútbol* tuvieron lugar *sonoras pitadas y abucheos al himno nacional*, tratando de impedir la audición del mismo.

Ya en 2015 se planteó doctrinalmente la cuestión de si, en el plano jurídico, cabría imponer algún tipo de sanción a las personas que participaron en la pitada, a los clubes que disputaron la final, o a la Federación Española de Fútbol como entidad organizadora. La respuesta habría de venir de la ya citada *Ley 19/2007 de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte*. Dicha norma define la que ha de entenderse por conductas violentas (art. 2.1) y por actos racistas, xenófobos o intolerantes (art. 2.2)¹⁴.

al servicio de una causa, movimiento o régimen político. Ejemplos de ello encontraríamos en la *Giovinazza* de la Italia fascista, en el *Cara al Sol* –himno de la Falange española–, en la *Internacional socialista*, o en *Le chant des partisans*.

“*Giovinazza*” fue el himno de los “*arditi*”, cuerpo de élite del Ejército italiano durante la primera Guerra Mundial, y posteriormente implantado por Mussolini (1883-1945) como uno de los símbolos emblemáticos del fascismo. Resulta conocida la agresión que, el 14 de mayo de 1931, sufrió el director de orquesta Arturo Toscanini (1867-1957), por negarse a interpretar dicho himno durante un concierto. En cuanto al *Cara al Sol*, fue compuesto a finales de 1935 y cantado por primera vez como himno oficial de la Falange el 2 de febrero de 1936. La música se debe a Juan Tellería (1895-1949), y la letra a las aportaciones de varios falangistas, incluido el propio José Antonio Primo de Rivera (1903-1936), quien escribía que “nuestro himno debe ser una canción alegre, exenta de odio, pero a la vez de guerra y amor”. Junto con él, participaron en su redacción autores como Agustín de Foxá Torroba (1903-1959), Rafael Sánchez Mazas (1894-1966), Dionisio Ridruejo (1912-1975) o Eugenio Montes (1900-1982).

Por lo que respecta a la *Internacional*, se trata de un himno cuya letra fue compuesta en 1871 por Eugène Pottier, poeta francés afiliado a la Asociación Internacional de Trabajadores o “Primera Internacional” (1864-1876), y miembro también de la Comuna de París. La música la compuso Pierre Degeyter (1848-1932) en 1888. La *Internacional* fue el himno de la extinta Unión Soviética hasta la segunda guerra mundial. Posteriormente, el himno encargado por Stalin (1879-1953) ponía el acento en el papel preponderante que Rusia desempeñaba en la URSS, así como en Lenin y en el Partido como puntos obligados de referencia. Tras la desintegración de la URSS en 1991 es adoptada como himno, sin letra, la *Canción Patriótica*, a partir de una marcha compuesta por M.I. Glinka (1804-1857). El 30 de diciembre de 2000, el presidente Vladimir Putin (1952) sustituye dicho himno por el actual, compuesto por Alexander Alexandrov (1883-1946), con letra del poeta ruso Serguéi Mijalkov (1913-2009).

Le chant des partisans, con música de la compositora de origen ruso Anna Marly (1917-2006) y letra de Joseph Kessel (1898-1979) y Maurice Druon (1918-2009), se convirtió el himno de la resistencia francesa, y fue utilizado también en España y otros países como símbolo de la lucha contra el fascismo.

14. Entre las primeras está la “entonación de cánticos que inciten a la violencia, al terrorismo o a la agresión en los recintos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte organizados para acudir a los mismos. Igualmente, aquellos que constituyan un acto de manifiesto desprecio a las personas participantes en el espectáculo deportivo.

Es de nuevo Presno Linera quien nos aclara que la pitada al himno (español, catalán, vasco, asturiano, gallego...) no es susceptible de ser incluida en ninguna de estas conductas, que es lo que justificaría, en su caso, la imposición de una sanción al amparo de los artículos 22 y siguientes de la citada ley: en su opinión, parece evidente que no supone incitación a la violencia, al terrorismo o a la agresión; tampoco es un acto de manifiesto desprecio a las personas que participan en el espectáculo deportivo; del mismo modo, no hay en esa conducta elementos que permitan entender que una persona o grupo de ellas es amenazada, insultada o vejada por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, ni son declaraciones, gestos o insultos que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución.

Es más: en relación con los derechos, libertades y valores proclamados por la Constitución, hay que recordar que la Norma Fundamental establece como *valores superiores* del ordenamiento la *libertad* y el *pluralismo político* y que el artículo 20.1 recoge la *libertad de expresión*, que, como ha venido diciendo de manera reiterada el Tribunal Constitucional, “no otorga un derecho al insulto [pero] la Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas” (STC 232/2002, de 9 de diciembre, F. 4); “...teniendo en cuenta la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que ésta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones. Se recuerda que la libertad de expresión es uno de los

Entre los segundos, “la realización de actos en que, públicamente o con intención de amplia difusión, y con ocasión del desarrollo de una prueba, competición o espectáculo deportivo, o próxima su celebración, una persona física o jurídica emita declaraciones o transmita informaciones en cuya virtud una persona o grupo de ellas sea amenazada, insultada o vejada por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual... Las declaraciones, gestos o insultos proferidos en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus aledaños o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, que supongan un trato manifiestamente vejatorio para cualquier persona por razón de su origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, edad, sexo u orientación sexual así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución; *La entonación, en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus aledaños o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, de cánticos, sonidos o consignas así como la exhibición de pancartas, banderas, símbolos u otras señales, que contengan mensajes vejatorios o intimidatorios, para cualquier persona por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, por la religión, las convicciones, su discapacidad, edad, sexo u orientación sexual, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución*”.

fundamentos indiscutibles del orden constitucional, colocada en una posición preferente, objeto de especial protección y necesitada de un amplio espacio exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor” (STC 9/2007, de 15 de enero, F. 4).

Ha de tenerse presente, además, la doctrina del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, cuyos criterios interpretativos nos vinculan a la hora de aplicar los derechos fundamentales; dicho Tribunal dijo de forma rotunda (asunto *Handyside c Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976) que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad [democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso... Al amparo del artículo 10.2 es válida no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”; esta doctrina fue reiterada en el asunto *Herri Batasuna y Batasuna contra España*, de 30 junio 2009, donde el Tribunal consideró conforme a derecho la ilegalización de esas formaciones políticas.

Ese amplio reconocimiento de la libertad de expresión, considera Presno, debe ponernos en guardia frente a eventuales intentos de convertir en sancionables conductas como la pitada al himno. Que a mucha gente tal cosa la parezca reprochable en tanto irrespetuosa no sería motivo suficiente para sancionarla con arreglo a la legislación penal o administrativa. Si es cierto que a la mayoría le resulta ofensivo ese comportamiento, ya estaremos ante una forma de sanción social y, en su caso, ahí debe quedarse, como se quedan otros muchos actos que nos perturban o desagradan.

Que en otros países de nuestro entorno sí se castiguen comportamientos similares tampoco sería un argumento decisivo, pues hay que tener en cuenta la configuración de los derechos que hace cada texto constitucional, admitiendo el nuestro un amplio margen para la crítica a las instituciones y los símbolos, sin contemplar como límite a los derechos la defensa de la propia Constitución o de las instituciones que reconoce¹⁵.

15. En este ámbito, la Norma Fundamental y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional están **más próximas a ordenamientos como el norteamericano**, donde, como se ha visto, el Tribunal Supremo ha venido defendiendo una interpretación amplia de la libertad de expresión (asunto *Texas v. Johnson* 491 US 397 de 21 de junio de 1989). Se recuerda aquí el carácter expresivo no solo de las palabras sino de ciertas conductas: usar de forma satírica uniformes militares para protestar contra la guerra, negarse a

La Audiencia Nacional juzgó en su momento a los organizadores de la pitada al himno en la final de la Copa del Rey de 2015, y la fiscalía pidió 14.400 euros de multa para Santiago Espot por injurias al Rey y ultraje a España. Ya no se trataba, por tanto, de una hipotética *sanción administrativa*, sino de algo mucho más grave: la posible condena por injurias al Rey y por ultrajes a un símbolo de España (respectivamente, arts. 490.3 y 543 del Código Penal)¹⁶.

saludar la bandera,... Insiste el Tribunal, por si no fuera conocido, en el enorme valor que tiene la bandera en un país como Estados Unidos: "simboliza esta nación tanto como las letras que componen la palabra América". Pero, "si hay una idea o principio fundamental que cimienta la Primera Enmienda es que el Gobierno no puede válidamente prohibir la expresión o difusión de una idea solo porque la sociedad la considera ofensiva o desagradable... Ni siquiera cuando la bandera nacional estaba en cuestión hemos admitido excepciones a este principio... el Gobierno no puede prohibir válidamente a una persona ejercer su derecho a la libre expresión únicamente porque no está de acuerdo con su contenido y ello no depende de la manera concreta que se ha elegido para manifestar o transmitir el mensaje".

Tales reflexiones relativas a la bandera, apunta Presno Linera, serían también aplicables al himno. Por este motivo parece de *muy dudosa constitucionalidad* un artículo como el 543 del Código Penal, según el cual "*Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses*". Cabe recordar que las instituciones públicas no son titulares de derechos como el honor y que están sujetas a la crítica, por desagradable que pueda parecer.

Como también dijo en su día el Tribunal Supremo de Estados Unidos, "el hecho de que la sociedad pueda considerar ofensiva una expresión... puede ser motivo para que esté constitucionalmente protegida" (asunto *Huster Magazine vs. Falwell*, de 1988); incluso si las expresiones están motivadas por el odio "las manifestaciones o ideas en las que honestamente se cree contribuyen al libre intercambio de ideas" (caso *Garrison vs. Luisiana*, 1964).

Concluye Presno que, puestos a parecernos a otros, parece más sano, democráticamente hablando, fijarse en estos criterios liberales y, como dijo el juez Holmes hace más de 90 años, estar vigilantes para poner freno a quienes pretenden reprimir las manifestaciones de ideas u opiniones que detestemos, salvo que sea necesario controlarlas para así salvar a la nación, lo que no parece que sea el caso de las pitadas al himno.

16. El delito de injurias al Rey está dentro del apartado *Delitos contra la Corona* (Capítulo II del Título XXI, Delitos contra la Constitución) del Código Penal, en los artículos 490 y 491. De hecho, afecta a más personas que al monarca.

Cualquiera que calumnie o injurie al Rey, a sus ascendientes o descendientes, a la reina consorte –o, en su caso, al consorte de la reina–, al regente o al príncipe o princesa de Asturias "en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas", estaría cometiendo un delito, según el texto. En cuanto a las penas: si las calumnias e injurias son "graves", de seis meses a dos años de cárcel; si no lo son, multa de 6 a 12 meses. Además: multa de 4 a 20 meses si esas calumnias e injurias se realizan "fuera de los supuestos" comentados. Y otra multa de 6 a 24 meses si se utiliza una imagen de dichos miembros de la familia real para "dañar el prestigio de la Corona".

Por lo que se refiere al ultraje a la bandera, se regula en el mismo Título XXI, Capítulo VI (*De los ultrajes a España*), art. 543: "*Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses*".

De nuevo, la doctrina y la jurisprudencia se han mostrado favorables a hacer prevalecer la libertad de expresión.

En tal sentido, no sería conforme a la Constitución aplicar el *primero* de ellos a actos comunicativos, por ejemplo, una pitada, que son una forma de ejercicio de la libertad de expresión, la cual debe poder desenvolverse con especial intensidad frente a una institución como la Jefatura del Estado, a la que la propia Constitución ha dotado de un *régimen especialmente protector* al considerar a su titular *exento de toda responsabilidad*. Y precisamente, cuanto menos rendición de cuentas quepa exigir a quienes desempeñan funciones constitucionales, mayor nivel de crítica ciudadana tendrán que aceptar (Presno Linera).

También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que no puede establecerse una protección privilegiada de los jefes de Estado frente al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información (casos *Colombani c. Francia*, de 25 de junio de 2002; *Artun y Güven c. Turquía*, de 26 de junio de 2007; *Gutiérrez Suárez c. España*, de 1 de junio de 2010; *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013; *Couderc Et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, de 12 de junio de 2014). Esta jurisprudencia ha sido ampliada a aquellos casos, como es el de una monarquía constitucional o determinadas repúblicas, en las que el papel que juega el Monarca o el Jefe del Estado es de neutralidad política (así, caso *Pakdemirli c. Turquía*, de 22 de febrero de 2005; o caso *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011). Así, en esta última resolución, el TEDH ha proclamado, a propósito de una previa condena por injurias al Rey al amparo del art. 490.3 –el mismo que ahora se pretende aplicar al organizador de la pitada–, que “el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, *no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o –como en el caso– como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico*” (§ 56).

El *segundo* tipo delictivo que se invoca por la fiscalía –el artículo 543 CP– justificaría el castigo de *comportamientos expresivos* [*¿o vandálicos?*], como la quema de una bandera de España o de las banderas de las Comunidades Autónomas, los pitos al himno nacional o a los himnos autonómicos... Podemos encontrar precedentes del castigo de estas conductas en la Ley de 23 de marzo de 1906, de represión de los delitos contra la Patria y el ejército, y luego en el Código Penal de 1944, vigente con reformas hasta

Enlace a la versión consolidada del CÓDIGO PENAL de 1995: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

la entrada en vigor del Código de 1995, que incluía esas conductas dentro del Capítulo de los “delitos de traición”. También aquí podríamos estar ante una represión penal de dudosa constitucionalidad, al menos si tenemos en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acogida por el Tribunal Constitucional español, según la cual la libertad de expresión protege también las manifestaciones que “*chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”* (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976). El propio TEDH, en el asunto *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia*, de 2 de febrero de 2010, admitió que la quema de banderas “era una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público”. Y ello podría asimilarse a la pitada al himno, nacional, autonómico o local.

En suma, desde la posición doctrinal citada se considera que el amplio reconocimiento de la libertad de expresión otorgado por la Constitución y el Convenio Europeo de Derechos Humanos debería alertarnos frente a eventuales intentos de convertir en sancionables conductas como las descritas. Que a mucha gente tal cosa le parezca irrespetuosa no es motivo suficiente para castigarla con arreglo a la legislación penal o administrativa.

Este fue el sentido de la *resolución de la Audiencia Nacional* [4 mayo 2018], que absolvió al presidente de *Catalunya Acció*, Santiago Espot, de la multa de 7.200 euros a la que había sido condenado como promotor de la pitada al himno en la final de la Copa del Rey en el Camp Nou, el 30 de mayo de 2015, al entender que actuó amparado por la libertad de expresión y de crítica¹⁷.

17. Inicialmente el juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu había archivado la denuncia contra la pitada, basándose en que hechos similares se habían producido ya en 2009 (también en 2012 y 2015, enfrentándose en ambos casos el F.C. Barcelona y el Athletic de Bilbao). En ese caso la Fiscalía no había visto indicio alguno de delito, por lo que el juez Santiago Pedraz la había archivado. Sin embargo, en abril de 2016 la causa se reabre, al considerar que una cosa es la aspiración a la independencia de parte de la sociedad catalana, y otra la “vejeción de los símbolos de la Nación española”, que podría suponer un hecho “con relevancia penal”.

El titular del Juzgado Central de lo Penal, José María Vázquez Honrubia, condenó a Espot en diciembre de 2017, al considerar probado que el empresario catalán actuó en el marco de un plan “preconcebido y planificado” que tenía por propósito “ofender y menospreciar” al Rey y al himno de España y que, por tanto, la pitada no estaba amparada por el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, la sentencia de la Sala, de la que es ponente la magistrada Ángela Murillo, determina que estos hechos se enmarcan en la libertad de crítica “más cuando la misma pueda molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige”.

Los magistrados estiman, pues, el recurso presentado por Espot y anulan la sentencia condenatoria que dictó contra él el juez central de lo Penal de la Audiencia

VI. QUEMA DE IMÁGENES DEL REY: DISCREPANCIA ENTRE JURISDICCIONES

En el apartado 1 se hizo ya breve mención del caso de quema de fotos de los reyes Juan Carlos y Sofía por parte de Enric Stern y Jaume Roura en 2007.

Tras un acto presidido por los monarcas en el pabellón de Fontajau, unos 400 independentistas se manifestaron y leyeron un manifiesto frente al Ayuntamiento de Girona (más o menos a un kilómetro). En un momento dado, los jóvenes citados quemaron fotografías de los reyes colocadas boca abajo. Ambos fueron condenados en noviembre de ese año por la Audiencia Nacional a 15 meses de prisión, sustituibles por 2700 euros de multa, por quemar imágenes de los monarcas tras una manifestación. Fueron declarados autores de un delito de injurias graves contra la Corona (art. 490.3 CP) con agravante de disfraz¹⁸.

Stern y Roura pidieron amparo al TC, pero este se lo denegó en 2015 (en la citada STC 177/2015 de 22 de julio). La sentencia, que contó con cuatro votos particulares (sobre un total de 11 magistrados), manifestó que “quemar en público la fotografía o la imagen de una persona comporta una *incitación a la violencia* contra la persona y la institución que representa, fomenta *sentimientos de agresividad* contra la misma y expresa una amenaza”. Sigue argumentando el Tribunal que “quemar públicamente

Nacional, José María Vázquez Honrubia, por los delitos de injurias a la Corona y de ultrajes a España, porque entienden que el contenido del manifiesto publicado por el empresario en las redes sociales incitando a la pitada no contenía expresiones injuriosas ni calificativos insultantes respecto al Rey.

La propuesta del texto, que llevaba por título ‘*Por la pitada al Himno español y al Rey Felipe de Borbón*’, tiene como “ilusorio y confesado fin conseguir la proclamación de un Estado catalán” pero en el mismo no aparece ningún epígrafe ofensivo, injusto u oprobioso que implique un menosprecio al Jefe de Estado, argumenta la Sala.

Con todo, los magistrados exponen que se utilizó el acto deportivo celebrado el 30 de mayo de 2015 “de forma incívica, impropia, desafortunada y con manifiesta falta de educación” con el fin de mostrar su “radical desacuerdo” ante la imposibilidad de seguir adelante con los planes secesionistas de Cataluña.

La Sala también rechaza la existencia de delito de ultraje a España, porque entiende que la finalidad de los autores de la pitada era la misma que la que perseguía Espot, protagonizando todos ellos actos “profundamente reprobables merecedores de los calificativos más abyectos”, pero que carecen de encaje penal.

18. El juicio fue anulado posteriormente, ya que el magistrado denegó a los acusados un traductor, y estos declararon en el juicio en catalán, sin que la secretaria judicial pudiera tomar notas. Sin embargo, en julio de 2008 fueron condenados de nuevo y, tras su apelación, el pleno de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional confirmó la condena, aunque de los dieciséis magistrados, seis formularon opiniones discrepantes. Su proceso coincidió con el de otros jóvenes que habían cometido, supuestamente, el mismo delito en fechas cercanas, y también en Cataluña. No corrieron la misma suerte, pues en octubre de 2008 fueron absueltos veinte jóvenes en total.

el retrato de los monarcas es un acto no solo ofensivo sino también incitador al odio". Además, señaló que los acusados actuaron con "ausencia de espontaneidad", y que su comportamiento nada tenía que ver con una "crítica sobre el modelo constitucional de Estado" o con "una expresión de la ideología antimonárquica e independentista".

Por su parte, el TEDH, en la también citada Sentencia de 13 de marzo de 2018, consideró que la condena a Stern y Roura por parte de los tribunales españoles fue desproporcionada, y que sus actos no constituyeron una incitación al odio, sino que entraban dentro de la libertad de expresión y de la crítica legítima. Según los jueces de Estrasburgo, hay que tener en cuenta el *contexto* en el que se produjeron los hechos; y, a partir de ahí, consideran que los condenados no querían realizar "un ataque personal dirigido contra el Rey", sino "una crítica" a lo que este representa. Su comportamiento, añaden, fue "*provocativo*" y tenía como objetivo "atraer la atención de los medios de comunicación", pero siempre dentro del marco de la libertad de expresión.

Tampoco pretendían incitar a la comisión de actos violentos, ya que la "puesta en escena" tenía un carácter "*simbólico*", y expresaba una opinión dentro del debate sobre "un asunto de interés público", esto es, la institución de la Corona. El TEDH recuerda que, además, la quema de fotos no estuvo acompañada de ningún disturbio y que estos se reprodujeron "unos días más tarde en otra protesta".

Para los jueces del TEDH, tomar como "discurso del odio" una crítica política de este tipo implicaría interpretar de forma "demasiado amplia" su propia jurisprudencia en cuanto a las excepciones a la libertad de expresión: "sería perjudicial para el pluralismo, la tolerancia y la apertura" propias de cualquier sociedad considerada democrática".

Por último, la sentencia considera que la pena de prisión de 15 meses, sustituible por 2700 euros de multa, impuesta por la justicia española, fue *desproporcionada*, y que constituye de forma clara "una interferencia con la libertad de expresión", por lo que se ha producido una vulneración del artículo 10 de la Convención de Derechos Humanos. El Tribunal estableció que el Estado español tenía que devolver a cada condenado los 2700 euros que tuvo que pagar y, además, 9000 euros en total en concepto de gastos por sus acciones judiciales. El fallo se adoptó por unanimidad.

VII. HACIENDO BALANCE

Resultan interesantes y significativos los datos que nos ofrece Saiz Arnaiz: el 10 de octubre de 2021 se cumplieron cuarenta y dos años de

la entrada en vigor en nuestro país del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Desde entonces, España ha sido condenada por violación del artículo 10 CEDH en diez sentencias. Dos de ellas, en los asuntos *Castells* y *Fuentes Bobo*, se dictaron durante los primeros treinta y un años de pertenencia al sistema del Convenio; las ocho restantes, en el último decenio. Este dato, que sin embargo no se puede considerar aisladamente (e influido probablemente por el hecho de que la propia composición de los tribunales cambia a lo largo de los años), permite reafirmar la posición de quienes sostienen que *en nuestro país se estaría produciendo una clara regresión en materia de libertad de expresión*. La denuncia de organismos como Reporteros sin Fronteras o *Freedom House* avalaría esta idea, que se apoya también en la actitud complaciente del Tribunal Constitucional con las decisiones de los tribunales ordinarios, singularmente del orden penal, poco atentos a las exigencias del artículo 20.1 CE interpretado en sintonía con los estándares internacionales¹⁹.

Valgan como ejemplo (aunque fuera del ámbito de los símbolos políticos que aquí interesa especialmente) dos sentencias mencionadas por el propio Saiz Arnaiz en las que, durante 2021, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a España por vulneración de la libertad de expresión. Se trata de los asuntos *Benítez Moriana e Iñigo Fernández*, resuelto el 9 de marzo, y *Erkizia Almandoz*, de 22 de junio. Su comparación con las previamente dictadas por el TC en los mismos casos permite concluir que la lectura de aquel derecho en la que parece insistir nuestro supremo órgano de garantías constitucionales ha dado la espalda a los precedentes convencionales; siendo además el artículo 10 CEDH objeto de *protección reforzada* por el Tribunal Europeo, considerándolo una de las piezas esenciales de la arquitectura convencional, como instrumento esencial para mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática, como el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales esa sociedad democrática no puede existir (véase, por ejemplo, sentencia *Handyside c. Reino Unido*, de 1976).

En los dos supuestos mencionados, que el Tribunal Constitucional español había cerrado, respectivamente con las SSTC 65/2015 de 13 de abril

19. Sea como fuere, la discusión está abierta desde hace ya varios años y se ha materializado en iniciativas parlamentarias como la proposición de ley orgánica de reforma del Código Penal para la protección de la libertad de expresión (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 149-1, 19 de febrero de 2021) presentada por parte del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos. Apunta al respecto SAIZ ARNAIZ que los debates de toma en consideración de la proposición y de la enmienda de totalidad con texto alternativo presentada por el Grupo Popular anticipan (y no es una novedad en los tiempos que corren), una más que previsible fractura y polarización en las dos Cámaras a lo largo de la tramitación de este texto.

y 112/2016 de 20 de junio, se confirma, en palabras del autor citado, que nuestro Tribunal de garantías mantiene una *consciente voluntad de apartarse de los criterios interpretativos acuñados por el TEDH en materia de libertad de expresión* en los ámbitos a los que cada una se refiere (a saber, críticas a las actuaciones judiciales, y opiniones sobre el terrorismo respectivamente). *Citando determinadas partes de ciertas sentencias del TEDH, el TC aparenta adecuación, pero esconde un claro rechazo*, produciéndose así lo que bien podríamos llamar un *falso diálogo entre jurisdicciones*. Debería el TC reconocer y explicar su disidencia y distanciamiento con la lectura convencional de la libertad de expresión por parte del TEDH, siendo su actual actitud ajena a su propia afirmación de que el contenido de los tratados “se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución” (STC 36/1991). Además, como mínimo, ha reconocido que con arreglo a dicho artículo 10.2, los derechos “no deben ser interpretados en contradicción” con el CEDH (STC 113/1995).

VIII. EL DELITO DE ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS POLÍTICOS Y LA STC 190/2020

Como ya hemos tenido ocasión de ver, los símbolos ocupan un lugar central en la construcción de las naciones, porque *representan los valores comunes* con los que se identifican sus ciudadanos. Según señalaba Smend, encarnan esos valores, esa identidad, y *contribuyen de ese modo a la integración de la comunidad política, reforzando los sentimientos de unidad, de pertenencia, de patriotismo, la cohesión espiritual del grupo* en definitiva. De ahí que *se proteja su integridad y su dignidad frente a determinadas agresiones* y sea bastante común la *sanción penal* de las afrentas con mayor carga ofensiva²⁰.

En nuestro país, como ya se ha señalado, el *ultraje a España y sus símbolos oficiales* se tipifica como delito en el art. 543 CP (dentro del Título de los Delitos contra la Constitución). Con respecto a la redacción anterior (art. 123 del Código de 1973) la de 1995 se depura para ajustar su contenido

20. Nos recuerda al respecto BILBAO UBILLOS que, con sanciones más o menos severas y diferente rigor en su aplicación, los ultrajes públicos a la bandera y otros símbolos se tipifican como delitos en la mayoría de los ordenamientos nacionales. En los supuestos más graves, incluso con penas privativas de libertad (Alemania), aunque son escasas las condenas impuestas por este delito. Pero no faltan relevantes excepciones a esta regla: Estados Unidos, Reino Unido, Australia o Canadá no castigan la profanación de sus símbolos nacionales. Resulta obligada en este sentido la referencia a la célebre sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el asunto *Texas v. Johnson* (1989). Pero si la criminalización es polémica, también la impunidad es motivo de controversia, no es precisamente una cuestión pacífica.

a la Constitución: ya no se considera un delito de traición, se extiende la protección a los símbolos de las Comunidades Autónomas, se suprimen las referencias al sentimiento de unidad y a la forma política del Estado, se exige en todo caso la publicidad y se descartan las penas privativas de libertad (aunque se sigue castigando con prisión en el art. 36 del CP militar de 2015). Sin embargo, observa Bilbao Ubillos que, incluso purgado de resabios autoritarios, este tipo penal concita severas críticas por parte de la doctrina, que no acaba de ponerse de acuerdo sobre cuál es el *bien jurídico protegido* (honor o dignidad de la nación, sentimiento colectivo de unidad y pertenencia a una comunidad, orden público, orden constitucional, prestigio de las instituciones...). Para algunos autores resulta perfectamente prescindible, porque estas conductas solo serían punibles si provocasen alteraciones del orden público; y la mayoría de los penalistas creen que es incompatible con la garantía constitucional de la libertad ideológica y de expresión y defienden su supresión. Se trataría, en suma, a juicio del autor citado, de un anacrónico vestigio de un Derecho Penal de otras épocas, un cuerpo extraño en una democracia pluralista en la que no tiene cabida la represión penal de las manifestaciones de disidencia. Nos movemos ciertamente en el terreno del discurso político, que es objeto de una protección privilegiada.

¿Y cómo se viene interpretando esta controvertida figura delictiva? Así como, según hemos visto, los acusados de ultraje al himno nacional por promover la masiva pitada en dos finales sucesivas de la Copa del Rey de fútbol fueron exonerados de responsabilidad penal (Auto del JCI n.º 1 de 15/7/2009, que decretó el archivo de las actuaciones) o finalmente absueltos (Sentencia de la Audiencia Nacional de 4/5/2018), no son pocas las condenas impuestas por ofensa o ultraje a la bandera, aplicando a veces el tipo con excesivo rigor. Así, resume Bilbao Ubillos, en la jurisprudencia *se sigue equiparando el ultraje con la injuria*, y se considera que el *animus inuiriandi*, como elemento subjetivo del injusto, se encuentra ínsito en conductas como la de arrastrar, arrojar al suelo, pisotear, rasgar, escupir o quemar una bandera, que por sí mismas resultan objetivamente insultantes o denigrantes.

Sobre el *encaje constitucional* de este delito, se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en la STC 190/2020 de 15 de diciembre, que evidencia una vez más la divergencia de criterios entre los magistrados sobre el alcance de la libertad de expresión en determinados contextos²¹.

21. Mediante esta resolución se desestimó el amparo promovido por un sindicalista contra las sentencias que le habían condenado a una pena de 7 meses de multa (1260 euros) por un delito de ultraje a la bandera. El recurrente, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales frente al arsenal militar de Ferrol,

Para la mayoría del Tribunal la respuesta punitiva fue proporcionada a un mensaje de profundo menosprecio a la bandera que no está amparado por la libertad de expresión. Aunque la sentencia advierte que lo que se discute en el proceso de amparo no es la legitimidad del tipo penal, sino su aplicación al caso concreto, recuerda que esta conducta está tipificada en los ordenamientos de otros países incluso con penas más graves y hace una defensa a ultranza de dicha norma: persigue un fin legítimo (proteger el orden constitucional) y no es indeterminada. El Tribunal pone el acento en *cuatro elementos*: el mensaje conlleva una fuerte carga de hostilidad e intolerancia hacia los ciudadanos que sienten la bandera como uno de sus símbolos de identidad; las expresiones proferidas no guardaban relación con el conflicto laboral ni eran necesarias para defender las reivindicaciones de los trabajadores en huelga; los militares presentes en el acto sufrieron un “intenso sentimiento de humillación”; y la pena impuesta (la mínima legalmente prevista) fue proporcionada a la entidad de la ofensa.

Por su parte, los cinco magistrados que formularon *votos particulares discrepantes*, coinciden en reprochar a la mayoría, en primer lugar, la escasa atención prestada al contexto en el que se producen los hechos y su empeño en negar la estrecha relación entre el desahogo verbal y el conflicto laboral, desligando la actuación aislada del recurrente de la protesta laboral. Los manifestantes expresaban su malestar por la pasividad de quienes honraban en ese momento la bandera: era una forma de presionar a los presentes para que se implicaran en la solución del conflicto. También coinciden en otro punto: la referencia a la bandera pudo ser gratuitamente ofensiva y agresiva, pero no incitaba a la violencia ni generó un riesgo claro e inminente de alteración del orden público o daño alguno para personas o bienes. Los magistrados disidentes concluyen, en consonancia con la jurisprudencia del TEDH, que la imposición de una sanción penal, aun no siendo privativa de libertad, constituyó en este caso una reacción innecesaria y desproporcionada que produce un efecto desalentador del ejercicio de la libertad de crítica política.

Concluye Bilbao Ubillos que, aun reconociendo que se trata de un asunto vidrioso, parece más sólida y consistente la postura sostenida por los magistrados de la minoría. Según él, no parece que la defensa de la dignidad de la nación o el prestigio de las instituciones exija una respuesta penal como la prevista en el art. 543 CP y tampoco la reparación de los sentimientos patrióticos heridos justificaría esa reacción. En cualquier caso, con un tipo penal “bajo sospecha” lo que procede es una interpretación restrictiva.

había gritado durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional “*hay que prenderle fuego a la p... bandera*”.

IX. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

Es un hecho ya comentado que la doctrina viene considerando obsoleta la regulación del Código Penal en lo referido a los delitos de injurias al Rey (arts. 4990, 491), así como la regulación de los ultrajes a España (art. 543)²², y se trabaja en sede parlamentaria para la modificación o supresión de estos tipos penales.

En mayo de 2022, el Senado adoptó la Proposición de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España (Orgánica). El 10 de junio, la Mesa del Congreso acordó su remisión a la Comisión de Justicia para abrir el plazo de presentación de enmiendas, continuando en la actualidad su discusión parlamentaria en la Cámara Baja²³. El 29 de septiembre se debatieron y votaron las enmiendas a la totalidad de texto alternativo de PP, Vox y Ciudadanos²⁴.

22. Para Noelia CORRAL MARAVER, “Resulta preocupante que en España en pleno siglo XXI se esté produciendo esta involución en derechos y garantías respecto a las libertades de expresión, conciencia o creación artística y que se siga recurriendo al Derecho penal para acallar lo que no queremos ver u oír o para perseguir la mala educación ciudadana en las redes, impidiendo a los ciudadanos que manifiesten sus ideas y convicciones, por más que no sean mayoritariamente compartidas, tolerantes o políticamente correctas. Iniciado este camino, nada impide que se vaya procediendo a la criminalización de protestas sociales en función de intereses meramente ideológicos y sin atender a criterios de necesidad y proporcionalidad” (“Sentencia del TEDH en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. Reflexiones sobre el delito de injurias a la Corona y el derecho a la libertad de expresión política en España”, p. 19).
23. https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=124/000013.
24. https://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/93030_1663920168255.pdf.

Los socialistas, favorables a la despenalización, rechazan las enmiendas a la totalidad (sin perjuicio de la posibilidad de presentar enmiendas concretas). En palabras del portavoz del PSOE en el Congreso, para “adaptar nuestro Código Penal en materia de injurias a lo que nos ha pedido Europa desde hace tiempo”. Mientras que los populares optan por no cambiar nada, Vox propone un endurecimiento de las penas, así como modificar el artículo 491 CP para que las calumnias y las injurias contra las personas que integran la Corona que *no se realicen en el ejercicio de sus funciones* se sancionen con multa de entre seis y 24 meses. Actualmente, la horquilla oscila entre cuatro a 20 meses. Asimismo, plantea Vox cambiar el artículo 543 para penar con multa de 12 a 24 meses las ofensas o los ultrajes “de palabra, por escrito o de hecho” a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas. Eso sí, siempre y cuando sean “efectuados con publicidad”, tal y como establece el Código Penal. En cuanto a Ciudadanos, su posición consiste en modificar solamente el artículo 490 con el fin de que las calumnias o las injurias al Rey o su familia no sean castigadas con la

En la *exposición de motivos* se alude a la *libertad de expresión* como derecho fundamental, se toman como ejemplo países de “larga tradición democrática” como los Estados Unidos, cuyo Derecho Constitucional considera que la quema y otros actos de sacralización de la bandera norteamericana están protegidos, en tanto que se consideran muestras de libertad de expresión. Se añade que “El Estado español debe superar estas censuras que tipifican como delitos la quema de banderas o la injuria a la Corona desde un concepto de sacralización de la imagen del rey y de su familia”, y se toman como referencia los artículos 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 10 del CEDH, considerando que “El Estado español debe evitar cualquier nueva violación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues de producirse esta se expone a ser nuevamente condenado por el TEDH. Por ello, está compelido a adecuar su legislación a las exigencias del Convenio”. Se concluye señalando que “Todas estas actuaciones, más allá de las consideraciones éticas, morales o políticas que tenga cada cual, no debieran figurar en el Código Penal español, siguiendo el criterio fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues deberían ser consideradas como muestras de la libertad de expresión”. En los *debates* se han manejado los argumentos ya vistos a nivel doctrinal, en torno al carácter obsoleto de estos preceptos y la necesidad de primar la libertad de expresión²⁵.

X. CONCLUSIONES

1. Respecto de la superación o no de los límites de la libertad de expresión en las conductas descritas contra los símbolos políticos, las “dos versiones” jurisdiccionales española y europea nos llevan a constatar que, por más que los tribunales se hayan ocupado de fijar unos criterios de referencia estables, nos encontramos dentro del terreno de lo opinable, y no siempre resulta sencillo determinar si cada caso o concreto se encontraría amparado o no bajo esa libertad fundamental. Se comprueba, en todo caso, que cualquier resolución judicial sobre estas materias va a dejar insatisfechos y perplejos a unos o a otros. El caso resuelto por la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* de 13 de marzo de 2018

cárcel. Así, se penará con multas de 12 a 24 meses si la calumnia es grave o de seis a 12 meses si no lo es.

25. El 29 de septiembre de 2022, el Congreso acordó tramitar la modificación del Código Penal, enviada por el Senado, para despenalizar las injurias a la Corona y el ultraje a la bandera y los símbolos nacionales, y lo ha hecho con el anunciado rechazo de PP, Vox y Ciudadanos, que habían presentado textos alternativos para tratar de frenar esta iniciativa.

es buen ejemplo no solo de esas “dos versiones”, sino de cómo tantas veces los tribunales (en este caso el europeo) subliman un determinado derecho dejando de lado otros que también deberían ser considerados: una alambicada construcción jurídica de laboratorio deja de lado las más elementales aportaciones del sentido común. Si *atacando al símbolo se ataca a lo simbolizado*, ¿No deberíamos los demás ciudadanos estar protegidos cuando, desde la más cerrada intolerancia, se atacan símbolos que representan a la comunidad de la que formamos parte? ¿Valores como la libertad, el pluralismo o la propia tolerancia, no se concretan en algún derecho fundamental que nos proteja frente el incivismo ajeno, o contra los ataques directos a ese *sentimiento constitucional* que tanto se insiste en fomentar y proteger?²⁶ En alguna ocasión hemos leído que los argumentos siempre necesitan de la razón, pero la razón no siempre necesita argumentos: se abre paso por sí misma. Es un guiño a lo que suele denominarse *sentido común*.

2. Independientemente de que solo alguno de ellos esté expresamente constitucionalizado (art. 4 CE), los símbolos (bandera, himno, escudo, fiestas nacionales, etc.), representan nuestro sistema democrático: el marco de convivencia establecido en la Constitución de 1978 y los valores que implica: democracia, libertad, respeto a los derechos humanos, garantía de las libertades públicas, respeto a la pluralidad dentro de España. Cuando las banderas se retiran o se queman, se silba al himno, etc., insistimos en que se está atacando lo simbolizado: la democracia, la libertad, el progreso, la unión, el respeto. Y estos *no son solo valores españoles, sino también europeos*. Resulta doloroso que sea necesario reclamar la vigencia y el respeto de los símbolos ante personas que, supuestamente, atacándolos pretenden hacer valer unas determinadas libertades. Y resulta sorprendente que haga falta recordar algo tan obvio. Como señala Arenas García, los ataques a los símbolos (en concreto, la retirada de banderas de las instituciones) no se basa en ninguna superación de planteamientos identitarios “españolistas” supuestamente anticuados. Por el contrario, es precisamente la estrategia separatista de nacionalismos esencialistas y supremacistas: “una vez conseguida la retirada de la bandera española, su ausencia se convierte en un símbolo que profundiza en la separación entre los catalanes y el resto de los españoles”, culminando así una tarea

26. Tal vez, se podría pensar en extraer una *vertiente negativa* de la propia libertad de expresión, en forma de *inmunidad* consistente en el derecho a no tener que soportar ataques, ultrajes, gestos, insultos o vejaciones que no solo hieren sentimientos individuales, sino que socavan el acuerdo básico constitucional al atacar aquellos valores y símbolos sobre los que este se asienta. Desde esta perspectiva, cualquier actuación u omisión del poder público que permita o no castigue tales actitudes sería contraria a la Constitución. Cfr. M. Á. ALEGRE MARTÍNEZ, *Los derechos en la Constitución*, p. 40.

de “ruptura emocional” desarrollada desde la escuela y alimentada por los medios de comunicación (en uso de su libertad de expresión, eso sí). “No puede acusarse de avivar una guerra [de banderas] a quienes simplemente pretenden que se cumpla con la legalidad, pues la responsabilidad de iniciar el conflicto será siempre de quienes hayan pretendido apartarse de las reglas que nos vinculan a todos”.

3. Es necesario insistir en la trascendencia y necesidad de los símbolos del Estado, los de España, por más que algunos no los sientan como suyos. Como señala García-Mercadal, la paradoja es que la bandera y el himno que nuestros deportistas portan con orgullo en todo el mundo, reciban luego indiferencia, cuando no lacerante maltrato. Valgan los ejemplos que hemos comentado, o la *reivindicación de banderas inconstitucionales*, tanto por la extrema derecha como por la extrema izquierda. A este respecto, entiende García-Mercadal que los símbolos de España “no son partidistas, no son propiedad de una u otra ideología”, sino que son un “factor de cohesión”, o al menos así deberían ser. Ese bagaje cultural que representan se ha perdido, seguramente, “por falta de pedagogía”, que habría que recuperar de manera inmediata para rehabilitar ese “sentimiento constitucional” tan necesario en estos momentos. Propone este autor volver de algún modo al “gran consenso de la Transición” para entender que la bandera, que el himno, que la propia institución de la Corona, son mucho más de lo que representan; básicamente, porque “nos representan a todos”: los que fuimos, somos y seremos. Cualquier nación no deja de ser una “comunidad de sentimientos reflejada en esos símbolos”²⁷. Mientras tanto,

27. Cfr. “Los símbolos de España no son propiedad de una ideología”, diario ABC, 13 de febrero de 2020: https://www.abc.es/cultura/abci-simbolos-espana-no-propiedad-ideologia-202002130154_noticia.html. Parece que, sin embargo, lo que nos debería de unir, nos separa. Y esa falta de consenso se ve reflejada en algo que en nada es trivial: en palabras de García-Mercadal, “la ausencia de una letra para el himno nacional es algo sorprendente. Somos uno de los pocos países cuyo himno carece de ella”.

Como se recordará, ante la legítima pretensión de que el himno nacional español tuviera una letra (expresada sobre todo por deportistas que deseaban poder cantarlo al igual que sus compañeros/rivales de otros países), el Comité Olímpico Español, con la colaboración de la Sociedad General de Autores de España decidió en junio de 2007 poner en marcha una especie de concurso de ideas para elegir el texto.

Posteriormente, estaba prevista que fuera llevada al Parlamento (junto con el aval de, al menos, quinientas mil firmas), para que fuera tramitada como iniciativa legislativa popular. Lógicamente, serían las Cortes surgidas de las elecciones del 9 de marzo de 2008, las encargadas de dotarla (o no) de un carácter oficial. Finalmente, ante el rechazo generalizado a la nueva letra, el COE decidió retirarla el día 16 de enero de 2008, aunque asegurando que el proyecto “no está cerrado”.

La nueva y fallida letra oficiosa del himno, que se debe al ingeniero de Ciudad Real Paulino Cubero, decía así: ¡Viva España! / Cantemos todos juntos / con distinta voz / y un solo corazón. ¡Viva España! / desde los verdes valles / al inmenso mar, / un himno de

año tras año, en torno al 6 de diciembre, cobran vitalidad las muestras públicas de rechazo a la Constitución, y no solo en las calles.

hermandad. Ama a la Patria / pues sabe abrazar, / bajo su cielo azul, / pueblos en libertad. Gloria a los hijos / que a la Historia dan / justicia y grandeza / democracia y paz.

En este y en otros intentos (letra del himno cantada por Marta Sánchez al final de un concierto en el Teatro de la Zarzuela en febrero de 2018), han quedado confirmadas las *dificultades que ha encontrado y encontrará cualquier intento de poner letra al himno nacional*. El símbolo (la música) ya existe, y cumple al menos teóricamente su función integradora. Pero la respuesta negativa suscitada por el intento de dotarlo de un texto nos muestra que, si la conciencia de pertenencia a un proyecto común no es suficientemente clara, cualquier intento de modificación (aunque sea de enriquecimiento) del símbolo político, independientemente de su calidad y acierto, *será percibida como un artificio, y suscitará más división que consenso*.

Así las cosas, si la letra del himno no genera suficiente acuerdo entre los ciudadanos, es preferible que no la tenga. No puede ser que cada nueva mayoría parlamentaria surgida de unas elecciones ponga al himno una letra a su gusto. Una hipotética solución para evitar esto sería *incorporar el texto a la propia Constitución*. Pero para ello, por una parte, el Gobierno o las Cámaras estatales o autonómicas deberían hacer suya la propuesta (pues el artículo 166 excluye la iniciativa legislativa popular para la reforma constitucional); y por otra, si, como resultaría lógico, la letra se incorpora al Título preliminar junto con las referencias a otros elementos simbólicos, la reforma tendría que ser sometida necesariamente a referéndum (artículo 168). Con ello, la letra del himno gozaría de la rigidez y la estabilidad del propio Texto constitucional, pero *el remedio podría ser peor que la enfermedad* si no existe sobre el texto un altísimo grado de aceptación. ¿En qué delicado lugar quedaría la Constitución (por lo demás, tantas veces incumplida y vapuleada en cuestiones mucho más graves) si el himno a ella incorporado fuese recibido con abucheos cada vez que se interpretara?

Como se ha escrito con acierto, “el reconocimiento oficial del himno mediante su inclusión en el texto constitucional es de alguna manera accesorio, aunque siempre sea conveniente desde el punto de vista de la certeza y estabilidad del símbolo. Su utilización al margen de tal reconocimiento hace patente su fuerza como costumbre constitucional. Y si está recogida su oficialidad en una ley ordinaria o en otra norma de rango formal inferior, no deja de ser norma de carácter constitucional desde el punto de vista material” (J.A. MUÑOZ ARNAU, “Reflexión final”, p. 165). En cuanto al aspecto concreto de la falta de letra, entiende este autor (*ibídem*) que “puede ser una ventaja, pues cuando se escucha cada uno puede evocar una idea de la nación, del Estado o del régimen, no limitada a un texto que podría provocar cierto rechazo”, por más que “al no poder ser cantado, se dificulta quizás un mayor nivel de identificación o interiorización”. Sin duda, estas consideraciones resultan plenamente aplicables al supuesto concreto del himno español.

Aprovechando lo aprovechable de estos episodios, pensamos que, si con el tiempo una determinada letra llegara a calar en la gente, siendo cantada y aceptada (en eventos deportivos o fuera de ellos), y lograra así convertirse en un símbolo con el que los ciudadanos nos identifiquemos, sería el momento de *oficializarlo*, revistiéndolo del ropaje legal o, en su caso, constitucional. Mientras tanto, el tiempo ha dado la razón a lo que escribíamos en 2009: “parece difícil que un pueblo tan diverso que resulta irreconocible, tan ávido de destacar lo que lo diferencia que ha llegado a ser incapaz de preservar lo que lo une, tan plural que ha devenido ingobernable, pueda ponerse de acuerdo en la letra de su himno, ni siquiera si ésta habla de justicia, grandeza, democracia y paz”.

4. Retomemos, por último, la constatación de que *aquello que nos debería unir nos separa*. Símbolos que deberían unir e integrar, generan rechazo en parte de la sociedad y, por tanto, separan.

La clave está quizá en dilucidar si el símbolo es presupuesto de la conciencia de pertenencia a una comunidad y a un proyecto político común (que es en lo que se materializaría, al fin y al cabo, el valor integrador), o viceversa: *¿Cumplen realmente los símbolos su función integradora* (es decir, contribuyen a generar ese sentimiento de pertenencia a un proyecto común), o *ese sentimiento es un presupuesto previo y necesario para que un símbolo pueda cuajar y/o ser utilizado de manera natural y cotidiana? ¿El símbolo integra, o es la integración preexistente la que hace posible el éxito del símbolo? ¿El símbolo genera integración, o más bien la necesita?*²⁸.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE MARTÍNEZ Miguel Ángel, “Los símbolos en la teoría política de Manuel García-Pelayo: un modo de expresión de la conciencia mítica”, *Revista de Derecho Político*, n.º 75-76, UNED, 2009, pp. 45-75.

Los derechos en la Constitución, Generis Publishing, 2022.

ALEGRE MARTÍNEZ Miguel Ángel (Coord. y coautor), BRAGE CAMAZANO Joaquín, GARCÍA CUADRADO Antonio M.^a, JIMENA QUESADA Luis, MAGO BENDAHÁN Óscar, MIKUNDA FRANCO Emilio, MUÑOZ ARNAU Juan Andrés, *El himno como símbolo político*, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 2008.

ARENAS GARCÍA Rafael, “Nuestros símbolos y derechos”, *Diario El Mundo*, 28 de marzo de 2016. <https://www.elmundo.es/opinion/2016/03/28/56f8015222601d91518b45ff.html>.

BILBAO UBILLOS Juan María, “El delito de ultraje a los símbolos nacionales (A propósito de la STC 190-2020)”, entrada publicada en el blog de la Asociación de Constitucionalistas de España, 16 de noviembre de 2021: <https://www.acoes.es/el-delito-de-ultraje-a-los-simbolos-nacionales-a-proposito-de-la-stc-190-2020/>.

28. A partir de los escritos del profesor García-Pelayo podemos concluir que la respuesta no será necesariamente la misma en cada caso, pues esta depende de la época y de las circunstancias históricas, estando en función de la mayor o menor presencia de la conciencia mítica y de situaciones por las que atraviese la comunidad política, que condicionarán a su vez la mayor o menor presencia del símbolo.

“La protección penal de los símbolos nacionales. El delito de ultraje a la bandera”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 126, 2022, pp. 13-47. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.126.01>.

BRAGE CAMAZANO Joaquín, “El himno como símbolo del Estado: dimensión jurídico-política”, en ALEGRE MARTÍNEZ Miguel Ángel (Coord.), *El himno como símbolo político*, (vid. supra), pp. 23-45.

CORRAL MARAVER Noelia, “Sentencia del TEDH en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. Reflexiones sobre el delito de injurias a la Corona y el derecho a la libertad de expresión política en España”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 34, Iustel, 2020.

COTINO HUESO Lorenzo, “El principio de igualdad. Derechos y libertades fundamentales, derechos sociales y otros derechos constitucionales”, en CASTELLÀ ANDREU Josep M.^a (Editor), *Derecho Constitucional Básico*, Huygens, Barcelona, 5.^a edición, 2019, pp. 457-487.

DE VEGA GARCÍA Pedro, “En torno al concepto político de Constitución”, en Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (Dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1997, pp. 701-719.

GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORR Fernando, *Los símbolos políticos, el ceremonial y las distinciones oficiales de España*, Madrid, Dykinson, 2019.

GARCÍA-PELAYO Manuel, *Mitos y símbolos políticos*, Madrid, Taurus, 1964.

(1964): “Ensayo de una teoría de los símbolos políticos”, en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, vol. I, pp. 987-1031.

(1974): “Mito y actitud mítica en el campo político”, en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, vol. III, pp. 2725-2748. (Publicado en *Homenaje a Ángel Rosenblat en sus 70 años: estudios filosóficos y lingüísticos*, Caracas, Instituto Pedagógico Nacional, 1974, pp. 195-223).

Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Alianza Editorial (Manuales, Ciencias Sociales), 1984, 1999. Introducción de Manuel Aragón. Este volumen reproduce el texto de la 7.^a edición de la obra (de 1961), cuya primera edición data de 1950.

HÄBERLE Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000. Traducción e introducción de Emilio MIKUNDA.

- El Estado constitucional* (Estudio Introductorio de Diego VALADÉS, traducción e índices de Héctor FIX-FIERRO), Universidad Nacional Autónoma de México, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2003.
- MIKUNDA FRANCO Emilio, “Los himnos en particular: panorama europeo global en perspectiva cultural comparada”, en ALEGRE MARTÍNEZ Miguel Ángel (Coord.), *El himno como símbolo político*, (vid. supra), pp. 65-90.
- MUÑOZ ARNAU Juan Andrés, “Reflexión final”, en ALEGRE MARTÍNEZ Miguel Ángel (Coord.), *El himno como símbolo político*, (vid. supra), pp. 159-174.
- PRESNO LINERA Miguel Ángel, “Pitos al himno”, entrada publicada en el blog *El derecho y el revés*, 1 de junio de 2015: <https://presnolinera.wordpress.com/2015/06/01/pitos-al-himno/>.
- “Prohibición de esteladas en la final de la Copa del Rey”, entrada publicada en el blog *El derecho y el revés*, 19 de mayo de 2016: <https://presnolinera.wordpress.com/2016/05/19/prohibicion-de-esteladas-en-la-final-de-la-copa-del-rey/>.
- ¿Cabe sancionar, penal o administrativamente, los pitos al himno nacional y al Jefe del Estado?, entrada publicada en el blog *El derecho y el revés*, 12 de diciembre de 2017: <https://presnolinera.wordpress.com/2017/12/12/cabe-sancionar-penal-o-administrativamente-los-pitos-al-himno-nacional-y-al-jefe-del-estado/>.
- “Crónica de una condena anunciada: el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del Rey”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, UNED, 2018, pp. 539-549.
- “La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europea”, *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, n.º 32, 2022, pp. 16-43. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/645>.
- SAIZ ARNAIZ Alejandro, “La libertad de expresión en el Tribunal Constitucional: de espaldas y a escondidas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, entrada publicada en el blog de la Asociación de Constitucionalistas de España, 16 de noviembre de 2021: <https://www.aco.es/la-libertad-de-expresion-en-el-tribunal-constitucional-de-espaldas-y-a-escondidas-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/>.

SMEND Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (Colección "Estudios Constitucionales"), 1985. Traducción de José María BENEYTO PÉREZ.

"Integrationslehre" e "Integration", en el volumen recopilatorio *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, Duncker&Humblot, 1994, pp. 475 y ss., y 482 y ss.

III ARANZADI

III ARANZADI

Contenido esencial del derecho ¿fundamental? A la libertad de expresión de los reclusos a la luz de la jurisprudencia constitucional

JOSÉ PABLO SANCHA DÍEZ

*Profesor Dr. Asociado de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECLUSOS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS COMUNICACIONES Y SUS AUTORIZACIONES. III. LA RELACIÓN JURÍDICO-PENITENCIARIA: LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL VS TRÍADA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. IV. EXÉGESIS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL. V. RECONOCIMIENTO *EX NOVO* DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: STC 6/2020 DE 27 ENERO Y STC 18/2020 DE 10 DE FEBRERO. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Carta Magna no sólo reconoce una serie de derechos fundamentales al positivizarlos, sino que, a diferencia de los regímenes autoritarios, articula una serie de mecanismos e instrumentos para garantizarlos. Para su mejor defensa, y dado que nuestra Constitución no define los derechos que ampara, se atribuye la alta tarea de determinar el contenido esencial de aquéllos al intérprete supremo de la misma, en su condición de garante.

En las SSTC 6/2020, de 27 de enero y 18/2020 de 10 de febrero, nuestro actual Tribunal de *Garantías Constitucionales* ha venido, por primera, vez a determinar el contenido esencial de la libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 de la CE, en el ámbito penitenciario al proclamar titulares de tal derecho a las personas condenadas a pena privativa de libertad en los establecimientos penitenciarios; invocando las relaciones de sujeción general, tesis en franca decadencia en el derecho público europeo.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional, Derechos fundamentales, Reclusos, Libertad de expresión, Relaciones de supremacía especial.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La realidad carcelaria, y si se me permite la cárcel real no ha sido una cuestión trascendente para sociedad española. De ahí la escasa atención que entre los penalistas (con excepciones de calado como Muñoz Conde, Mapelli Caffarena, Rivera Beiras) y constitucionalistas patrios (excepción hecha, entre otros, de Reviriego Picón) no hayan dedicado grandes esfuerzos en adentrarse en la jurisprudencia constitucional recaída sobre los derechos de los reclusos, aun cuando los padres de la Constitución consagraron la protección de su status jurídico en la sección primera del capítulo II del Título I de la Constitución española de 1978.

El artículo 25 de nuestra norma normarum, después de proclamar el principio de legalidad de los delitos y de las penas en su párrafo primero (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), afirma, sin ambages, que los internos en centro penitenciario, son titulares de los derechos que el propio Título I reconoce a todos los ciudadanos, aunque con la pérdida del derecho a la libertad y a la intimidad, una de las consecuencias más dolorosas de las penas privativas de libertad, como tiene declarado de forma reiterada la jurisprudencia constitucionalista.

A pesar de la rotundidad del precepto constitucional se viene produciendo en el ámbito penitenciario un incumplimiento sistemático y vulneraciones reiteradas y manifiestas de los derechos de los reclusos y que, con demasiada frecuencia, no son corregidos por la actuación de los garantes (Juzgados de Vigilancia penitenciaria) de que la actividad penitenciaria se sujete al ordenamiento jurídico, como cualquier otro poder público constituido del Estado.

El Tribunal Constitucional ha ido consolidando en su jurisprudencia el haz de derechos y deberes de los internos en centros penitenciarios (*celdas*

negras, cacheos) que constituyen la relación jurídico penitenciaria, reafirmando que por mandato constitucional deben ser *modulados* por la *tríada* del artículo 25.2 de la Carta Magna (contenido del fallo condenatorio, sentido de la pena y ley penitenciaria).

Es de alabar una novísima jurisprudencia constitucional a través de sendos recursos de amparo que resuelven las SSTC 6/2020 de 27 de enero y 18/2020 de 10 de febrero, haya hecho que el derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE sea predicable sin duda alguna de los internos, toda vez a pesar de su reconocimiento constitucional se venía denegando de forma continua en la práctica diaria penitenciaria. Ha sabido conjugar, en estas resoluciones citadas, el Tribunal Constitucional el mandato resocializador del artículo 25.2 CE con las exigencias derivadas del mantenimiento del buen orden y de la seguridad en el establecimiento.

En ese orden de cosas debe ser objeto de crítica el innecesario recurso del Tribunal Constitucional a las relaciones de sujeción especial para justificar el régimen jurídico de los derechos de los reclusos, invocando al unísono la modulación que produce en aquéllos el inciso final del artículo 25.2 CE. Esta posición jurisprudencial ya ha sido objeto de feroces críticas por penalistas y constitucionalistas, tal y como ocurrió con la relativa a considerar que el principio resocializador de las penas privativas de libertad contenido en el artículo 25.2 de nuestra *lex superior* no encierra un verdadero derecho (STC 88/1998 FJ 2) susceptible de fundamentar un recurso de amparo (como reconoce el artículo 53.2 de la Constitución española) sino tan solo una orientación en materia de política penitenciaria al legislador; o como lo fue la afirmación de que la finalidad de las penas privativas de libertad podía ser retributiva junto a la prevención general y especial.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECLUSOS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS COMUNICACIONES Y SUS AUTORIZACIONES

Desde el inicio de su andadura nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales se ocupó de una cuestión polémica entre los constitucionalistas como era la determinación de la titularidad de los derechos fundamentales recogidos en el flamante Título I de la recientemente aprobada norma constitucional. Ni siquiera el *intérprete supremo* de la Carta Magna podía zanjar tal asunto declarando en su STC 19/1983, de 14 de marzo que (...) *la cuestión de la titularidad d los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos (...)*.

De lege data, ni nuestra legislación penitenciaria, la Ley 2/1979 Orgánica General Penitenciaria ni su Reglamento de desarrollo, usan la expresión derechos fundamentales sino tan solo derechos de los presos.

Habida de la cuenta de la imposibilidad de determinación de la titularidad de los derechos de los reclusos de forma tajante y genérica, de la heterogeneidad clasificatoria doctrinal coincido con el profesor Reviriego Picón en que sería más productivo enfocarnos en aquellos recursos y resoluciones que deben dar la pauta de la modelación de los derechos fundamentales en este ámbito¹.

Considero más apropiado alejarnos de discusiones estériles y bizantinas sobre las infinitas clasificaciones doctrinales de los derechos de los internos y centrarnos en la exégesis pormenorizada de los mismos bajo el prisma de la jurisprudencia constitucional consolidada en la materia. A ello dedicaremos el apartado tercero y cuarto de este trabajo analizando la libertad de expresión y de información en la jurisprudencia constitucional y en concreto cuál es su contenido esencial en el ámbito penitenciario

En lo que se refiere al régimen jurídico de las comunicaciones entre internos de un centro penitenciario, la protección internacional la encontramos en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas mediante Resolución 1984/1947 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que disponen en la regla n.º 37 que *“los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”*.

Del mismo modo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, en el seno del Consejo de Europa, en su artículo 10 reconoce expresamente el derecho a la libertad de expresión que comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

En el segundo párrafo del citado precepto se añadirá que *el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación*

1. Reviriego Picón F., Los derechos fundamentales de los reclusos en la jurisprudencia constitucional. Editorial Universitas S.A. Madrid 2008. pp. 55 y 143.

de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Desciendo a nivel nacional la primera ley orgánica de la democracia, la vigente Ley 1/1979 Orgánica General Penitenciaria regula derecho a las comunicaciones de los reclusos en su artículo 51 apartado 1.

“Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”; añadiéndose en su párrafo tercero: “En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente”.

El régimen jurídico de las comunicaciones y visitas de los internos permite diferenciar, en su análisis, dos partes bien diferenciadas: la primera, referida al régimen general de familiares, amigos y allegados, y la segunda, a las comunicaciones con abogados, procuradores y otras autoridades o profesionales. Esta última es la que motivará la STC 6/2020 de 27 de enero, objeto especial del presente trabajo como podrá comprobarse en el apartado quinto del presente trabajo.

En la Sentencia 169/2003 el Tribunal Constitucional consolidó su doctrina iniciada en las SSTC 175/2000 y 192/2002, que permitiría la diferenciación entre intervención de las comunicaciones en general (ex artículo 51.1 LOGP) y la intervención de las comunicaciones en especial (ex artículo 51. apartados segundo y tercero).

El Reglamento Penitenciario desarrolla el artículo 51 del texto legal en sus artículos 41 a 49 las *“comunicaciones y visitas”*, dedicando respectivamente los mismos a las reglas generales, comunicaciones orales, restricciones e intervenciones, suspensión de comunicaciones orales, comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia comunicaciones escritas, comunicaciones con Abogados y comunicaciones con autoridades o profesionales. En ese orden de cosas el último de los preceptos reglamentarios, párrafo 5, citados prescribe:

“Los Notarios, Médicos, Ministros de Culto y otros profesionales acreditados, cuya presencia haya sido solicitada por algún interno por conducto de la

Dirección del Establecimiento para la realización de las funciones propias de su respectiva profesión, podrán ser autorizados para comunicar con aquel en local apropiado”.

La primera conclusión que puede extraerse de los preceptos relatados a la luz de la jurisprudencia constitucional nos lleva a la afirmación de precisamente del régimen jurídico de las comunicaciones de los internos con ministro de culto y con profesionales acreditados es la menos garantista, toda vez que no se regula ni los casos ni las formas en que pueden ser denegadas, quedando completamente al margen de la decisión o de su posterior convalidación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (STC 6/2020, de 27 de enero); órgano jurisdiccional precisamente creado para la salvaguardia de los derechos de los internos así como para la corrección de los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse, como dispone el artículo 76.1 de la LOGP.

III. LA RELACIÓN JURÍDICO-PENITENCIARIA: LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL VS TRÍADA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En nuestro ordenamiento penal la relación jurídico-penitenciaria nacería mediante un título ejecutivo, la sentencia, llegando a su fin con el cumplimiento de la pena privativa de libertad de conformidad con artículo 130.2 del Código Penal. Con mayor lujo de detalles es la LOGP en sus artículos 15 al 17 la que regula el régimen jurídico del nacimiento y extinción de la misma. Dicha relación tiene como sujetos de un lado al Estado, titular del “ius puniendi”, sujeto activo, y de otro al autor del delito, sujeto pasivo de la relación, quedando sometido al ejercicio de tal potestad pública superior. Basta ahora señalar que todas las potestades públicas derivarían de la potestad pública de “imperium”. La consiguiente extrapolación de la relación punitiva al ámbito penitenciario implicaría el nacimiento de relación jurídico-penitenciaria.

Dicha relación jurídica ha merecido el calificativo, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, como relación de sujeción especial o de supremacía especial.

La teoría de las relaciones de sujeción especial tiene su origen en la Dogmática alemana del siglo XIX, siendo acogida por la doctrina española de los años setenta del siglo pasado, en el mismo instante en que se ponía en tela de juicio por el mismísimo Tribunal Federal alemán, por vulnerar elementos constitutivos esenciales del Estado de Derecho.

Alejándose de esta teoría, algunos administrativistas como Jiménez Blanco², afirmaban que *las relaciones de especial sujeción con sus consecuencias y justificaciones, eran inaceptables a la luz de nuestros preceptos constitucionales*.

De otro lado voluntariedad en la aceptación de tal sujeción, cuestión mantenida por la doctrina alemana en sus inicios, no se produce en el momento del nacimiento de la relación jurídico-penitenciaria, toda vez que aquella nacería al mundo jurídico del ejercicio del “ius puniendi” por los órganos integrantes del Poder Judicial.

Paradójicamente es ciertamente incomprensible que un amplísimo sector doctrinal español, al menos durante la década de los setenta y ochenta del siglo pasado, no solo administrativista, sino penitenciario, acogiera de buen grado las relaciones de sujeción especial. En ese grupo de autores podría encuadrarse la tesis mantenida por González Navarro para el traslado de las relaciones de sujeción al ámbito penitenciario, mediante lo que vino a denominar *potestad domesticadora*, que ejercería la Administración penitenciaria sobre los internos, siendo definida como dominio del hombre mediante la obtención de un saber de su pasado, de su presente y de su futuro³.

Frente a tal posición, consciente de los peligros que encerraba la asunción de la citada teoría en nuestro país, reaccionó cierto sector doctrinal, muy particularmente en el ámbito penal, consciente de los peligros que encerraba la asunción de la citada que “la teoría de relaciones de sujeción especial se corresponde con una visión retributiva de los fines de la pena” de forma que “una concepción resocializadora de la ejecución penitenciaria no es imaginable en un sistema penitenciario regido por la idea de la supremacía de la administración”.

La jurisprudencia constitucional, como acertadamente señala el profesor Reviriego Picón, tuvo ocasión de manifestarse por primera vez sobre las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario en la STC 74/1985, de 18 junio, caso de aislamiento en celda y Junta de régimen y administración, en la que califico expresamente de relación de sujeción especial la existente entre la administración penitenciaria y el interno en un centro penitenciario, al ejercitarse por aquella la potestad sancionatoria disciplinaria, remitiéndose a los artículos 104 y siguientes del Reglamento penitenciario en lo que se refiere a su ejercicio y límites.

La proclamación en nuestro texto constitucional de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho impediría el recurso a las relaciones de

2. PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A., ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Manual de Derecho Administrativo”. Ariel Derecho. Barcelona. 1990, pp. 236.
3. MAPELLI CAFARENA, B. *El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional*. Revista Instituto Fray Bartolomé de las Casas. 1993, p. 432.

supremacía especial cuando a través de su invocación se conculcan derechos fundamentales (positivizados en la Carta Magna) de los reclusos durante el cumplimiento de las penas privativas de libertad, con especial incidencia en la aplicación del régimen disciplinario penitenciario, y efectuándose apelaciones al buen orden y seguridad del establecimiento carcelario.

Como ya he venido manteniendo de mayor gravedad, que la errática evolución jurisprudencial, me parece, si cabe, la aseveración por el Tribunal Constitucional consistente en que se desprende de la norma fundamental que el ingreso en un establecimiento penitenciario origina una relación de sujeción especial. Originará, desde luego, una relación jurídico-penitenciaria, pero en modo alguno acoge expresiss verbis nuestra Constitución la doctrina de las relaciones de sujeción especial. A mi juicio, no parece pues, que el constituyente quisiera emplear en el artículo 25 CE tal denominación. Considero que es achacable al Tribunal Constitucional su tibieza en otras materias, y en cambio la determinación que emplea a la hora de deducir implícitamente que las relaciones de sujeción especial se deducen de la Carta Magna⁴.

En suma, la doctrina constitucionalista española actual sostiene que no es necesario seguir recurriendo a la teoría de las relaciones de especial sujeción para justificar limitaciones de derechos a los reclusos que carecen de apoyatura constitucional o legal en la mayoría de los casos en los que aquélla se invoca. Debe proponerse pues la sustitución de la teoría de las relaciones de supremacía especial para dotar de contenido relación jurídico-penitenciaria que surge con el ingreso en prisión del condenado a pena privativa de libertad, y acudir, en su lugar, a la *triada constitucional* del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, como de modo inexcusable mandata el artículo 25.2 CE.

IV. EXÉGESIS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Nuestro actual *Tribunal de Garantías Constitucionales*, si se me permite la expresión, tiene atribuido como cometido primordial la de intérprete de la Carta Magna (paradójicamente reconocido no en el texto constitucional sino el artículo 1 de su Ley Orgánica); de la que se desgajarían la función de *garante* de la Constitución (de conformidad con el sistema kelseniano

4. SANCHÁ DÍEZ, J. P. La Libertad de expresión en el ámbito penitenciario: Que la justicia no se detenga a la puerta de las prisiones". Economía, Empresa y Justicia. Nuevos retos para el futuro. (Capítulo 23). Colección conocimiento contemporáneo. Dykinson, S.L. 2021, p. 527.

de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes), la de *garante* del Estado Autonómico (instaurado novedosamente en el Título VIII de nuestra *norma normarum*) y en última instancia de *garante* de los derechos fundamentales de los ciudadanos, a través del instrumento más efectivo de que disponen estos últimos en caso de conculcación de tales derechos por los poderes del Estado: el recurso de amparo.

En virtud de tales atribuciones y de conformidad con el artículo 55 de la LOTC, a través del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional fija y determina el contenido esencial (ex artículo 53.1 CE) de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución; labor no encomendada ni al legislador ordinario ni orgánico, ni al Poder ejecutivo ni por supuesto a los integrantes del Poder Judicial. A mayor abundamiento debemos reseñar que no encontraremos a lo largo de nuestra *lex superior* definición alguna de los derechos ya sean fundamentales o no, ni alusión al contenido o haz de facultades que, en su caso, integren tales derechos. Precisamente a ello han venido a contribuir las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional 6/2020 de 27 de enero y la 18/2020 de febrero relativas a vulneraciones de la libertad de expresión de los internos de centros penitenciarios; cuestión que se abordará con minuciosidad en el apartado siguiente.

Convendrá ahora precisar que la jurisprudencia constitucional desde muy temprano ha venido configurando el contenido esencial la libertad de expresión proclamada en el artículo 20 de la Constitución española: así en al STC 6/1981 (FJ 4) al atribuir su titularidad a todos los ciudadanos, entre los que se encuentran las personas condenadas a penas privativas de libertad, que siguen *formando parte de la sociedad, incluso como miembro activo preparando su vuelta a la vida libre* como proclama la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria, con una fe un tanto inusitada.

No estará de más recordar que el artículo 20 CE (reconociendo en su apartado 1.a) y d) el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción y el derecho de todos los ciudadanos a recibir información veraz por cualquier medio de difusión) goza del mayor nivel de protección que otorga nuestra Carta Magna a los derechos fundamentales al estar ubicado sistemáticamente en la sección primera del capítulo segundo del Título I (STC 101/2003, de 2 junio FJ 3).

En ese orden de cosas nuestra jurisprudencia viene reiterando (STC 11/2006, de 16 de enero FJ 2) que los reclusos son titulares del derecho a la libertad de expresión con la necesaria *modulación* de la llamada *tríada constitucional: el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*.

En lo que concierne al contenido esencial del derecho a la libertad de expresión el Tribunal Constitucional viene afirmando que estaría integrado por la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones *incluyéndose las creencias y juicios de valor así como la crítica de la conducta de otro aunque sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige* (SSTC 89/2018, de 6 de septiembre FJ 2; 6/2000, de 17 de enero FJ 5).

Es más la libertad de expresión se ha convertido en un valor esencial en cualquier Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que *así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática”* (STEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells contra España; de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo contra España y de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España); vinculándose incluso con el ejercicio por los ciudadanos del derecho a la participación en los asuntos públicos consagrado en el artículo 23 de nuestra *norma normarum*, como elemento imprescindible del valor pluralismo político del artículo 1.1. Ello permitiría al ciudadano formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre FJ 6; 29/2009, de 26 de enero FJ 5); permitiéndose a los ciudadanos formular juicios de valor de ámbito político o relativos al funcionamiento de las diferentes instituciones públicas como llegó a mantener la STEDH de 13 de noviembre de 2013, asunto Scharsach y News Verlagsgesellschaft contra Austria.

En definitiva, se ha convertido pues la libertad de expresión en uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso, como ya reconoció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su condición de intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia de 7 de diciembre de 1976, asunto Handsy contra Reino Unido.

La propia jurisprudencia del TEDH ha mantenido desde el mismo comienzo de sus actividad el doble carácter de la libertad de expresión: como instrumento necesario para la conformación de un gobierno democrático representativo y al mismo tiempo un derecho individual al servicio de la pura autorrealización individual, un valor de carácter personal en sí mismo considerado⁵.

Del mismo modo la libertad de expresión se garantiza por el CEDH a toda persona por la redacción amplia del artículo 10, no pudiendo hacerse distinciones lógicamente por el papel de las personas hayan jugado en

5. LAZKANO BROTONS, I., en Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático. LASAGABASTER HERRARTE (dir.) Artículo 10. Libertad de expresión, p. 512.

el ejercicio de dicho derecho. (STEDH 28 de septiembre de 1999, asunto Oztürk contra Turquía).

Sin embargo, la libertad de expresión no se ha considerado por el artículo 15 del CEDH como uno de los derechos inderogables. El mencionado tratado internacional faculta, en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, a que cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen (entiéndase suspensión que no derogación) las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. Los únicos derechos reconocidos en el Convenio que no puede ser objeto de dicha medida son el artículo 2 (derecho a la vida), salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni el artículo 3 (prohibición de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes) ni el 4, apartado primero (prohibición de la esclavitud y de servidumbre) ni por último el 7 (principio de legalidad de las penas)⁶.

El procedimiento para llevar a cabo la adopción de la medida de suspensión por un estado miembro del Convenio se regula con detalle en el apartado tercero del citado artículo 15: *Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su infatigable pretensión de erigirse en garante último de los derechos humanos en el ámbito del Consejo de Europa ha extendido el contenido de los preceptos del Convenio y por ende sus mecanismos de protección jurisdiccional a los recursos, a pesar de no ser un cuerpo normativo diseñado *ad hoc* para éstos⁷. A modo ejemplificativo ha sentenciado que la correspondencia de los presos y sus restricciones posibles deber ser objeto de análisis en el ámbito del derecho a la vida privada de aquellos y no en el de la libertad de expresión (STEDH de 25 de marzo de 1983, asunto Silver y otros contra Reino Unido). Asimismo, tiene declarado que el aislamiento carcelario de los reclusos no conculcará su libertad de expresión tengan a su disposición aparato de radio y la posibilidad de recibir prensa.

6. Para un mayor estudio de la cuestión puede consultarse: La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 15) por FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. en Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático, pp. 613 a 624.

7. SANCHA DÍEZ, J.P. Derechos de los reclusos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho. UNED. Núm. 21.2017, p. 492.

No debemos perder de vista que la jurisprudencia contenida en las resoluciones del TEDH, al perfilar el contenido y límites de los derechos consagrados y garantizados en el Convenio, tiene necesariamente repercusión en la interpretación y aplicación que de tales preceptos efectúen los Estados Parte, hayan sido parte o no en el procedimiento en el que se hubiere dictado la sentencia. Así lo entendido nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 303/1993, de 25 de octubre, al afirmar que la jurisprudencia del TEDH, incluso en los asuntos en los que España no tenga la condición de parte demandada «*no solo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales, sino que al mismo tiempo «resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento. Vendría así a otorgarse una eficacia no solo inter partes de la doctrina jurisprudencial del TEDH sino erga omnes, esto es, frente a todos los Estados Parte del Convenio, aunque no hayan sido demandados en el procedimiento correspondiente*»⁸.

La jurisprudencia constitucional de forma rotunda desde sus inicios ha reiterado que todos los derechos, incluidos los fundamentales, tienen límites en su ejercicio, tales como los mencionados en el artículo 10.1 de la Constitución española; de suerte que la libertad de expresión (junto con la de información) constituye uno de los fundamentos del orden constitucional español, situada en una posición preferente y sea objeto de una protección especial (a la que hemos aludido *ut supra*) ello no empece que puede estar sujeto a restricciones o limitaciones fundamentadas en una *necesidad social acuciante y previstas en una norma de rango legal* (STEDH Stern Taulats y Roura Capellera contra España). A pesar de tales limitaciones inherentes a todo derecho nuestro *legislador negativo* ha dotado a la libertad de expresión de cierta preeminencia en el ordenamiento constitucional español frente a otros bienes jurídicos o bienes en conflicto (por todas STC 18/2015, de 10 de febrero FJ 4.

V. RECONOCIMIENTO *EX NOVO* DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: STC 6/2020 DE 27 ENERO Y STC 18/2020 DE 10 DE FEBRERO

La jurisprudencia constitucional ya había analizado el derecho a la libertad de información contenido en el artículo 20.1.d) de la Carta Magna en la Sentencia 2/2006 de 16 de enero, asunto Informe sobre la Tortura y en la Sentencia 11/2006 de 16 de enero, asunto *Kale Gorria*. Como apunta

8. SANCHA DÍEZ, J. P. *op. cit.* 2017, p. 493.

Reviriego Picón⁹ tienen por objeto la retención de un libro y una revista de forma respectiva,. En la primera de ellas se lleva a cabo por el establecimiento penitenciario la retención de una publicación (Informe sobre la tortura en el estado español) por entenderse que atentaban contra la seguridad y el buen orden del establecimiento, por cuanto aparecían nombres de funcionarios de Instituciones Penitenciarias y de otros cuerpos del Estado; aunque el Tribunal Constitucional solo estimó el derecho a la tutela judicial efectiva. En la segunda sentencia se procedió a retener a un interno la revista “Kale Gorria, que contaba con depósito legal, remitida por familiares, por considerar la dirección del centro penitenciario que suponía un enaltecimiento de las actividades delictivas por las fue condenado (terrorismo). La doctrina constitucionalista declara que la retención de la citada revista no vulnera derecho constitucional alguno de los internos afectados por cuanto respeta la regla de la proporcionalidad de la injerencia a la luz de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en las SSTC 55/1996 y 1997¹⁰.

Nuestro Tribunal Constitucional había recordado que en su STC 168/1996, de 22 de diciembre que el derecho de información es un instrumento esencial de los instrumentos que cobran importancia en la vida colectiva y que condiciona la participación de todos en el funcionamiento del sistema de relaciones auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio de otros derechos y libertades.

Es más, a tenor de la jurisprudencia constitucional *la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información al no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta* (STC 51/1988, de 8 de junio FJ 2.) *lo que se justifica en que tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor que no se prestan a una demostración de exactitud* (STC 51/1989, de 22 de febrero FJ 2).

De la jurisprudencia constitucional citada *ut supra* (SSTC 2/2006 y 11/2006) podemos concluir que las meritadas sentencias además de no otorgar el amparo solicitado por el recurrente invocando artículo 20.1. d) de la Constitución no definieron el contenido esencial del artículo 20. i. a) en el ámbito penitenciario.

Esa labor se ha efectuado por las SSTC 6/2020 y la 18/2022, en ambos casos otorgando el amparo en base al artículo 20.1. a) de la Constitución. La primera en el tiempo trae causa de la interposición de un recurso de

9. REVIRIEGO PICÓN, F., *op. cit.* 2008. pp. 123 a 125.

10. PULIDO QUECEDO, M, La libertad de recibir información en los centros penitenciarios (El caso de la retención de la revista Kale Gorria). Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. núm. 11.2006, p. 3

amparo contra los autos desestimatorios del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 8 de Andalucía (y contra Auto de fecha 26 de diciembre de 2017 de la Audiencia Provincial de Córdoba) que habían estimado ajustado a derecho la resolución de la Directora del Centro penitenciario de Córdoba de fecha 25 de enero de 2017, por la que se denegaba la celebración de una entrevista periodística al interno recurrente, fundamentándolo en el necesario mantenimiento del orden y seguridad del establecimiento. En este recurso de amparo alegaba el recurrente la vulneración del derecho a la libertad de expresión, del artículo 20.1 a) del derecho a un proceso público con todas las garantías por incongruencia de las resoluciones judiciales y del derecho a la tutela judicial efectiva por error en la motivación sobre la medida restrictiva y el consiguiente juicio de proporcionalidad.

En el fallo de la citada sentencia se otorga amparo al recurrente de conformidad con el artículo 55 de la LOTC al considerar el tribunal Constitucional con acierto que se había lesionado su derecho a la libertad de expresión y de información del artículo 20.1. a) y d), al denegársele la comunicación de con un profesional de la información o periodista para la realización de una entrevista, declarando nulos los autos desestimatorios del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 8 de Andalucía y el de fecha 26 de diciembre de 2017 de la Audiencia Provincial de Córdoba.

En la STC 6/2020 ha señalado el Tribunal Constitucional que la titularidad de los derechos del artículo 20 no solo corresponden a los periodistas sino a todos los ciudadanos (FJ 3), incluyéndose como titulares de tales derechos a las personas condenadas a penas privativas de libertad; aunque deben ser *modulados* por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Por ende, el derecho a expresar y a comunicar información de los reclusos viene determinado por el artículo 20 y por el artículo 25 de la Constitución. A mayor abundamiento se señala que no estamos en presencia de un derecho ilimitado sino sometido a límites y posibles colisiones con otros derechos fundamentales, especialmente con el derecho al honor y a la intimidad (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 6).

De vital importancia es la prohibición derivada del artículo 25.2 de limitar derechos fundamentales de los reclusos por vía reglamentaria por la Administración penitenciaria durante la fase de ejecución de la pena, sin que medie norma de rango ley que lo autorice; otorgándose así carta de naturaleza al artículo 3 del vigente Reglamento penitenciario que ordena que la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y que previene que los derechos de los internos solo podrán ser restringidos cuando lo dispongan leyes.

En el caso de preverse medidas restrictivas del derecho a la libertad de expresión en normas de rango legal, la citada medida debe someterse a una valoración de su proporcionalidad que a su vez se descompondrá el juicio de idoneidad (sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto, constitucionalmente legítimo y estar previsto por la ley) en un juicio de necesidad y subsidiariedad (posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental) y el juicio de proporcionalidad strictu sensu (ponderación entre los beneficios para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto) (STC 6/2020 FJ 3 in fine).

Aun cuando es obligación de la Administración penitenciaria garantizar la seguridad y el orden del establecimiento penitenciario, no basta una invocación genérica a esta obligación para adoptar una medida limitativa del derecho fundamental a la libertad de expresión de los internos. Antes, al contrario, es necesario un mayor rigor a la hora de motivar la negación de la entrevista del recurrente en amparo con un profesional del periodismo.

No es menos cierto que la jurisprudencia constitucional ha excluido del derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos las expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesaria para su exposición y ha mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en el artículo 20 ni en ningún otro precepto constitucional un pretendido derecho al insulto (STC 6/2020 FJ 4).

En ese orden de cosas la segunda de las sentencias aludidas en el apartado que nos ocupa, la STC 18/2020, de 18 de febrero dictada con intervalo temporal de días con la STC 6/2020, ratifica aún más si cabe la posición de nuestro Tribunal Constitucional sobre el derecho a la libertad de expresión y de información de los reclusos en el ámbito penitenciario. El recurso de amparo número 3185-2018 fue promovido por un interno del centro penitenciario Murcia II contra la imposición de una sanción disciplinaria y posteriormente parcialmente confirmada por el Juzgado de Vigilancia penitenciaria competente de Murcia. Al interno se le incoa procedimiento sancionador en el que se hace constar que el recurrente ha redactado dos escritos con su puño y letra donde primero califica de *secuaces* a los integrantes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias por impedir su acceso la justicia gratuita y en segundo lugar define a los funcionarios como individuos, denominando el trámite de alegaciones ante la Comisión disciplinaria del centro como inquisitorial. Tales escritos tenían como destinatarios a la propia Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y merecieron la calificación de falta grave tipificada en el

artículo 109 del Reglamento Penitenciario (calumniar, injuriar, insultar y faltar gravemente el respeto o la consideración) por la que se le impuso como sanción la privación de paseos y actos recreativos comunes por un periodo de treinta días.

Contra dicha sanción se formuló por el interno recurso de alzada con fundamento en la posible vulneración por parte del establecimiento penitenciario de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, al derecho al secreto de las comunicaciones (por la interceptación de y lectura de los escritos dirigidos a la SGIP) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Mediante auto el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Murcia estima parcialmente el citado recurso de alzada al entender que la utilización de las expresiones por parte del recurrente tales como secueces en el primer escrito y tramite inquisitorio en el segundo no están amparadas por la libertad de expresión, aunque consideró que las mismas constituirían una falta leve y no grave como se le calificó inicialmente por la Comisión Disciplinaria del centro. En consecuencia, se le rebajó la sanción de privación de paseos y actos recreativos comunes de treinta a tres días.

Igualmente, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria desestimó el recurso de reforma presentado por el recurrente con arreglo a la misma fundamentación recogida en el auto resolutorio del recurso de alzada.

Frente a la sanción impuesta por el centro penitenciario y sendas resoluciones judiciales el interno formula recurso de amparo alegando la vulneración del derecho a la libertad de expresión y el derecho al secreto de las comunicaciones en relación con el derecho a un proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia reconocidos es en los artículos 20.1, 18.3 y 24.2 de la Constitución española. El Ministerio Fiscal acertadamente interesó la estimación del recurso por la vulneración del recurso del derecho al secreto de las comunicaciones en relación con el derecho a un proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia, así como a la libertad de expresión.

De manera incidental a la determinación del contenido esencial de la libertad de expresión el Tribunal Constitucional vino a fijar, en aras de garantizar adecuadamente los derechos de los internos, que en el cómputo del plazo el *dies ad quem* no puede señalarse como tal la fecha del emplazamiento al interno para que formule el recurso de amparo, sino el día en que este último solicita la designación de letrado del turno de oficio para la formulación de la demanda (STC 21/1981 de 24 de julio, FJ 5).

En la STC 18/2020 se analizan la posible vulneración de del derecho al secreto de las comunicaciones protegido por el artículo 18.3 de la

Constitución española, al alegarse por el recurrente su vulneración por la indebida intervención y examen de sus escritos dirigidos a la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias y sobre todo por cuanto la utilización de los mismos como medio de prueba por la propia Administración penitenciaria (Comisión disciplinaria) para calificar los hechos e imponer la sanción correspondiente, lo que conllevaría la posible vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución. Se trata a juicio del Tribunal Constitucional de una cuestión novedosa que posee trascendencia constitucional sobre la que no existe doctrina constitucional.

Nuestro *legislador negativo* ha abordado la cuestión del secreto de las comunicaciones en numerosas ocasiones consolidando un doctrina jurisprudencial (170/20013, 7 de octubre) al respecto y muy particularmente en lo que concierne a su aplicación al ámbito penitenciario; declarándose por aquél que en el caso concreto de la STC 18/2020 no se ha conculcado el derecho del recurrente al secreto de las comunicaciones ni, por ende, el derecho a un proceso con todas las garantías ni el derecho a una presunción de inocencia al haberse interceptado los escritos del recurrente he impedido que llegasen a su destinatario (SGIP).

De vital importancia para el presente trabajo es el análisis que, lleva a cabo en la STC 18/2020 en su fundamento jurídico quinto, nuestra jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libertad de expresión, con especial incidencia en el sistema penitenciario español.

Dicha resolución constitucional reitera de nuevo el concepto de libertad de expresión, como jurisprudencia ya más que consolidada, y nos recuerda otra vez su valor de elemento esencial de una sociedad democrática en los mismos términos que ya expresaba la STC 6/2020 desarrollada en este apartado *ut supra*, así como su posición preferente en nuestro ordenamiento constitucional cuando entra en conflicto con otros bienes jurídicos o derechos.

Recorre de nuevo, a mi juicio, lamentablemente a la figura de las relaciones de sujeción especial para justificar la existencia de un entramado de derechos y de deberes recíprocos que tienen su origen en la relación jurídico-penitenciaria; tesis acogida por nuestro Tribunal Constitucional en infinidad de sentencias (STC 74/1985 y 129/1995, entre otras). Como ya hemos mantenido en el apartado tercero de este trabajo la mayoría de la doctrina penalista y constitucionalista patria más actual aboga por el abandono de la teoría de las relaciones de supremacía especial para analizar la relación jurídica entre la Administración penitenciaria y el interno en un establecimiento de esa índole. Sin embargo, en la STC 18/2022 en

su FJ 5 se da un paso más al afirmarse de forma indubitada que calificar dicha relación jurídica como de sujeción especial *se desprende de la propia Constitución*, señalándose a continuación que el régimen jurídico de los derechos fundamentales de los reclusos no admite *otra limitación que la expresada en el contenido del fallo condenatorio, la derivada del sentido de la pena y la prevista por la ley penitenciaria conforme al artículo 25.2 de la Constitución española*; toda vez que los derechos fundamentales de los ciudadanos (incluidos los internos) *constituyen proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad humana (10.1 Constitución española)* (por todas STC 56/2008, de 14 de abril, FJ 6).

No cabe duda que los poderes y facultades atribuidos a la Administración penitenciaria para el mantenimiento del orden y la seguridad en los establecimientos penitenciarios quedan sometidos al control previsto en el artículo 106.1 de la Constitución española por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativo, como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho configurado en el frontispicio del Título preliminar de nuestra Carta Magna. Pero tal sometimiento no nace de la calificación de la relación jurídico-penitenciaria como una relación de sujeción especial sino del mandato constitucional del establecimiento en el artículo 25.2 de nuestra *lex superior* de la *triada constitucional* que configura el status jurídico de los derechos de los reclusos, obligando a considerarlos como sujetos integrantes de la sociedad con las limitaciones en el ejercicio de sus derechos derivadas del fallo condenatorio.

Especial atención merece el reproche formulado por el Tribunal Constitucional en la STC 18/2020 a la actuación del Juez de Vigilancia penitenciaria en su condición de garante de los derechos de los reclusos durante el cumplimiento de las penas privativas de libertad; al sentenciar el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Murcia que la expresiones *secuaces* e *inquisitoria* referida a la Comisión disciplinaria del establecimiento recogidas en sendos es escrito del recurrente (y por los que fue objeto de sanción disciplinaria) no están amparados por el derecho a la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional partiendo del derecho del recluso contemplado en artículo 50.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de formular peticiones y quejas ante las Autoridades penitenciarias, supeditando el desarrollo de toda la actividad penitenciaria al principio de reeducación y reinserción social de los sentenciados (artículo LOGP) y que debe inspirar todo el régimen disciplinario (artículo 41 LOGP), ha entendido que se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión del recurrente no solo por la Administración Penitenciaria sino precisamente por el Juzgado de Vigilancia penitenciaria de Murcia declarándola nulidad de los autos de este último y el acuerdo sancionador impuesto al recurrente adoptado por la

Comisión disciplinaria. En consecuencia las expresiones usadas (*secuaces e inquisitorial*) por el interno en sus dos escritos dirigidos a la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias e interceptados por el subdirector del establecimiento penitenciario no pueden ser consideradas *ultrajantes u ofensivas, por más puedan molestar, inquietar o disgustar* al funcionario encargado de su tramitación (STC 18/2020 FJ 5); por lo que, aunque *de modo desabrido, las citadas expresiones se mantienen dentro de los límites que delimitan el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1. a) de la Constitución española.*

VI. CONCLUSIONES

Primera. La falta de audacia, permítase la expresión, en la jurisprudencia constitucional, se ha dejado sentir muy especialmente al abordar la calificación de la relación jurídico-penitenciaria como una relación de sujeción especial, importada a nuestro país, paradójicamente, en el momento en que la jurisprudencia constitucional alemana (que la había venido desarrollando a partir de la Dogmática alemana) se apartaba de ella por vulnerar postulados esenciales del Estado de Derecho. Mucho menos puedo participar de la apelación que efectúa el Alto Tribunal a las relaciones de sujeción especial para justificar actuación de la Administración penitenciaria en esta situación.

Me inclino por la postura mantenida por el profesor Reviriego quien prefiere hablar de derechos de los internos “modulados” por la sentencia condenatoria, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, de conformidad con lo ordenado en el artículo 25.2 CE, que fija los límites de los derechos de los internos, que como cualquier derecho no son absolutos, sino que pueden ser objetos de restricciones. No olvidemos que los derechos fundamentales de los internos no afectados por la sentencia condenatoria se mantienen intactos, puesto que el interno sigue formando parte de la sociedad.

Considero, con la mayoría de la doctrina española actual, que no se puede seguir manteniendo la teoría de las relaciones de especial sujeción para justificar determinadas limitaciones de derechos a los internos que no encuentran apoyatura constitucional o legal alguna. Propongo, por tanto, la sustitución de la citada teoría para explicar el contenido de relación jurídico penitenciaria que nace del ingreso en prisión del penado, y acudir, en su lugar, a los términos del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, como mandata el artículo 25.2 CE.

Si la doctrina de las relaciones de supremacía especial se fundamentaba en el requisito de la voluntariedad para justificar el especial sometimiento

del administrado cualificado (funcionario por ejemplo) y la especial intensidad de los poderes exorbitantes de la Administración sobre este último, es absolutamente impredicable respecto de los internos en los que faltaría la citada voluntariedad, puesto que el ingreso en un establecimiento penitenciario constituye una pena privativa de libertad impuesta coactivamente por el Estado en virtud del “ius puniendi”.

Segunda. A mi juicio tampoco es acertada la posición del Alto Tribunal cuando considera que el artículo 25.2 CE, pese a su ubicación sistemática y haberle otorgado el constituyente el máximo nivel de protección ex artículo 53.2 CE, no tiene la condición de derecho fundamental sino de un simple mandato orientador de la política penal y penitenciaria. Como ya vengo manifestando a lo largo de este trabajo de investigación no ha sido esa la voluntad del constituyente, puesto que éste ya estableció en los artículos 39 a 52 otros principios orientadores de naturaleza programática.

La consecuencia es de hondo calado, puesto que la tutela de los particulares frente a las actuaciones de la Administración penitenciaria o las decisiones de los tribunales que sean contrarias al principio constitucional del artículo 25.2 de la Constitución española, se llevará a cabo a través de la vía judicial ordinaria, y no a través del amparo constitucional, al no constituir la reeducación y la reinserción social un derecho fundamental de los penados, conforme a la jurisprudencia constitucional¹¹.

En la misma línea doctrinal Mapelli Caffarena mantiene que la incardinación del citado artículo en el Capítulo segundo del Título I, y no en el Tercero, obedece a una intención expresa del constituyente de otorgarle un plus, elevándolo a la categoría de derecho fundamental del recluso, extendiendo dicha consideración a los derechos a un trabajo remunerado y a la seguridad social. De suerte que en caso contrario, esto es, negando la condición de derecho fundamental al susodicho artículo, *lejos de ser un elemento de dinamización se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada una utopía jurídica a un absurdo jurídico*¹².

Tercera.- Si es de alabar, por el contrario, la contundencia de la jurisprudencia constitucional en su contribución a la preservación del derecho al secreto de las comunicaciones de los internos, muy especialmente, en la que se producen entre internos del mismo establecimiento penitenciario,

-
11. CARCEDO GONZÁLEZ, R., REVIRIEGO PICON, F., (Eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amaru. Salamanca. 2007, p. 106.
 12. MAPELLI CAFFARENA, B., *El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional* en “Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales. Jornadas Penitenciarias por Associació catalana de Juristes Democrates. Barcelona. 1994, p. 24.

cuestión que venía soportando una anomia legal y reglamentaria y que vino a ser colmada por nuestro Alto Tribunal, al salir en defensa de los internos zanjando la cuestión y declarado tajantemente que los “derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, con independencia de que hayan sido o no desarrollados por el legislador” (STC 15/1982 de 23 de abril, caso “Objeción de conciencia”) y, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones al reconocer que “se ha producido por los órganos de la Administración penitenciaria una interpretación restrictiva del derecho fundamental que no encuentra apoyatura normativa alguna”. Su labor aquí es encomiable por cuanto las comunicaciones entre presos y con los familiares, allegados y la sociedad en general uno de los pocos nexos que siguen manteniendo los internos con el exterior, una vez producido el ingreso en prisión, de suerte que difícilmente podremos lograr la finalidad reinsertora sin permitir la apertura de la cárcel a la sociedad (por utilizar la terminología empleada por el Reglamento penitenciario en su Exposición de Motivos).

Cuarta. Especialmente destacado ha sido el *papel* jugado por la jurisprudencia constitucional en la configuración del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión y de información consagrados en el artículo 20.1 a) y d) de la Constitución española. En este caso y siguiendo las tesis del TEDH ha calificado el citado derecho fundamental como un elemento esencial de toda sociedad democrática y plural; valor indispensable de un Estado Social y Democrático de Derecho; extendiendo la titularidad del derecho a la libertad de expresión y de información a los reclusos y su aplicación al ámbito penitenciario, corrigiendo los abusos cometidos en la actividad penitenciaria cotidiana al no ser corregidos en numerosas ocasiones por los órganos creados *ad hoc* para tal cometido (Juzgados de Vigilancia Penitenciaria).

A mayor abundamiento no ha vacilado en considerar al derecho a la libertad de expresión como un derecho fundamental susceptible de fundamentar, en su caso, el consiguiente recurso de amparo en el supuesto de que fuera desconocido o vulnerado cualquiera de los poderes públicos del Estado. Esta última afirmación no es baladí a la vista del *proceso de revisión* que está efectuando nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales de los derechos reconocidos en el Título I de la Carta Magna (y muy especialmente de los contenidos en los artículos 15 a 29), en lo que se refiere a su naturaleza de fundamentales o no.

Es palmario que en ese proceso de revisión *de facto* (dado que no se está llevando a cabo ninguna reforma constitucional strictu sensu de las

previstas en el Título IX de la Constitución española) nuestro *órgano nomotético del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes* ha creado la figura de los derechos *extravagantes*, esto es, derechos que aun no estando ubicados sistemáticamente dentro de la sección primera del capítulo segundo del Título primero son susceptibles de fundamentar la interposición de un recurso de amparo constitucional. Así ha ocurrido con el artículo 87.3 con la institución de la iniciativa legislativa popular por su vinculación con el artículo 23 relativo al derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos.

Asimismo se ha recorrido por la jurisprudencia constitucional el camino inverso al declarar en la STC 88/1998 de 21 de abril, FJ 2 que el artículo 25.2 de la Constitución española no encierra un verdadero derecho fundamental, a pesar de su ubicación sistemática, sino que tan solo estaríamos en presencia de un simple mandato orientador de la política penal y penitenciaria de nuestro país y dirigido por tanto a los poderes públicos. Y ello cuando precisamente el principio de resocialización debe impregnar toda la actividad penitenciaria evitando *que la justicia se detenga a la puerta de las prisiones*, como nos recuerda acertadamente la STC 18/2020, de 10 de febrero FJ 6 evocando las palabras del TEDH en la conocida Sentencia de 28 de junio de 1984, asunto Campbell y Fell contra Reino Unido.

Podría llegarse a afirmar que estamos en presencia de una hipertrofia en la función de *interprete supremo* del Tribunal Constitucional, convirtiéndolo *de facto* no ya en uno de los poderes públicos constituidos o nacidos de la Constitución sino en una especie de *cuarto poder* con una posición de preeminencia sobre el resto. En la STC 88/1998 no solo se interpreta el artículo 25.2 de nuestra *norma normarum* sino que se niega la condición de fundamental al derecho a la reinserción de los penados (previa admisión del recurso de amparo) que le corresponde *ex articulo* 53.2; de suerte que lejos de interpretar e precepto constitucional e imponerla a los demás poderes del Estado, el Tribunal Constitucional está reescribiendo o dando nueva redacción a preceptos constitucionales especialmente protegidos, sin necesidad de acudir al procedimiento de reforma agravado o revisión exigido en el artículo 168. Lo que nos lleva a inferir que la protección de los derechos de los reclusos ha resultado capitidismínuida en este caso concreto por el garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, A., La limitación de los derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.

– La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto. Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos”. Tecnos. Madrid, 2001.

AGUIAR, L., Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español. Revista de Derecho Político, núm. 18, verano-otoño, 1983, pp. 17 a 30.

BUENO ARÚS, F., Los derechos y deberes de los reclusos en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Separata. Revista de Estudios Penitenciarios. Núm. 224-227, 197.

– A propósito de la reinserción social del delincuente. Cuadernos de Política Criminal, núm. 25.1985. pp. 65-66.

CARCEDO GONZÁLEZ, R., REVIRIEGO PICÓN, F., (Eds.), Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios, Amaru. Salamanca. 2007.

COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J., Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinversión. Comentarios a la Legislación Penal, (Tomo I) Cobo del Rosal, M., (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1982.

– Artículo 25. Garantía penal. Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978, Alzaga Villaamil, O., (dir.) (T. III,) Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

DELGADO RINCÓN, L., La constitucionalización de la reeducación y la reinserción social como fines de las penas privativas de libertad”, Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios, CARCEDO GONZÁLEZ, R., REVIRIEGO PICÓN, F., (Eds.), Amaru. Salamanca. 2007.

– Art. 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad. Revista Jurídica de Castilla y León, n.º extraordinario, 2004, pp. 339 a 370.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., “Manual de Derecho Penitenciario”, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2012.

GARCIA MACHO, R., Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española. Tecnos. Madrid. 1992.

GARCÍA ROCA J., SANTOLAYA P., La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tercera edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2014.

LASAGABASTER HERRARTE, I., (dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático. Tercera edición.* Civitas. Thomson Reuters. Navarra. 2015, pp. 510 a 630.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Las relaciones de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría de Estado de Derecho.* Revista de Administración Pública, n.º 34, enero-abril 1951, pp. 11 a 51.

LÓPEZ MELERO, M., *Los derechos fundamentales de los reclusos.* Edisofer SL. Madrid. 2015.

– El artículo 25.2 de la CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los reclusos. *Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 2013*, p. 149.

MAPELLI CAFFARENA, B., TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito.* Civitas. Madrid, 1990.

– “MAPELLI CAFARENA, B. El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional. *Revista Instituto Fray Bartolomé de las Casas.* 1993. pp. 427 a 444.

MUÑOZ CONDE, F., *La prisión en el Estado Social y Democrático de Derecho: prevención general versus prevención especial ¿un conflicto insoluble?*, Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n.º Extraordinario 2, 1989, pp. 165 a 172.

– La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito. *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, n.º 31, 1979, pp. 323 a 352.

PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A., ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo.* Ariel Derecho. Barcelona. 1990.

PULIDO QUECEDO, M., “Sobre el secreto de las comunicaciones entre internos en Establecimientos Penitenciarios”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 15, 2003.

– Derecho de los internos en centros penitenciarios y uso de ordenadores. *Repertorio Aranzadi de Tribunal Constitucional.* n.º 10, 2002.

– La libertad de recibir información en los centros penitenciarios (El caso de la retención de la revista Kale Gorria), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 1, 2006.

REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional.* Universitas. Madrid. 2008.

– El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios comunicaciones escritas entre reclusos”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º 26, 2005, pp. 575 a 587.

- Los derechos de los reclusos en Dogmática y práctica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (Coord.), Tirant lo Blanch. 2006. pp. 451 a 483.
 - España: centros penitenciarios y derechos fundamentales. CESANO, J. D., y REVIRIEGO PICÓN, F., (coord.) Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Bdef. Montevideo-Buenos Aires. 2010.
- RIVERA BEIRAS, I., La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. Bosch. Barcelona. 1997.
- Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos humanos de los reclusos. Bosch. Barcelona, 1992.
 - Descarcelación. Principios de una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical). Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.
- SANCHA DÍEZ, J. P. Derechos de los reclusos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista de Derecho. UNED. Núm. 21.2017. Pp. 455 a 499.
- Article 25.2 of spanish Constitution: a fundamental right of prisoners?". The Age of Human Rights Journal, 11. (December 2018). Universidad de Jaén, pp. 61-90.
 - La Libertad de expresión en el ámbito penitenciario: Que la justicia no se detenga a la puerta de las prisiones. Economía, Empresa y Justicia. Nuevos retos para el futuro. (Capítulo 23). Colección conocimiento contemporáneo. Dykinson, S.L. 2021.
- SANCHEZ GONZALEZ, S., Los derechos fundamentales en la CE de 1978, Sánchez González, (Coord.), en Dogmática y práctica de los derechos fundamentales. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- SERRANO ALBERCA, J. M., Artículo 25. Comentarios a la Constitución (Garrido Falla, F., dir.), Cívitas. Madrid. 2001, pp. 602-603.
- SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J. J., Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. Revista de Estudios Políticos. (Nueva Época). Núm. 71. Enero-marzo 1971.
- URIAS MARTÍNEZ, J., El valor constitucional del mandato de resocialización. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 63. pp. 185 a 214.

III ARANZADI

Artículo 578 del Código Penal. ¿Vulneración del derecho a la libertad de expresión o protección ante el discurso de odio?

ELENA BOZA MORENO

Profesora contratada doctor (acred.).

Centro San Isidoro/Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. ENALTECIMIENTO TERRORISTA VS LIBERTAD DE EXPRESIÓN. III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UNA VISIÓN EUROPEA SOBRE SU PROTECCIÓN. IV. ¿HACIA OTRA DIRECCIÓN? V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este trabajo pretendemos poner de manifiesto como la intención de afrontar el reto preventivo que supone el terrorismo a través de la prohibición y castigo del discurso del odio que utiliza, ha supuesto la incorporación por parte del legislador de delitos que castigan no solo la provocación directa a delitos de terrorismo, sino también algunas figuras delictivas que resultan controvertidas, como son el enaltecimiento y la apología de los mismos. Incorporaciones legislativas que nos llevan a cuestionarnos si nuestro sistema penal asegura el necesario respeto y garantía de los derechos a la libertad ideológica y libertad de expresión propios de un Estado democrático. Y que desempeñan un papel fundamental en los sistemas constitucionales y democráticos modernos. Además la libertad de expresión constituye un derecho relacional, complemento necesario del ejercicio de otros derechos fundamentales como el derecho de reunión, el derecho de asociación o el derecho de sufragio, razón por la cual una vulneración de este

derecho resulta especialmente grave por atacar fundamentos básicos de un sistema democrático¹.

PALABRAS CLAVES: Enaltecimiento. Terrorismo. Libertad de expresión. Discurso del odio. Límites.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La bestia negra de la libertad de expresión en la última década ha sido el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo, convirtiéndose en el que más condenas de prisión ha provocado en las últimas décadas 122 condenas a cárcel, aunque es cierto que, la gran mayoría no han supuesto entrada en prisión al ser menores a los dos años de cárcel y no contar los imputados con antecedentes penales.

Es una figura del delito de enaltecimiento terrorista, que se ha usado de manera extensiva, según han señalado en varias ocasiones hasta desde el Consejo General del Poder Judicial, al menos en su memoria anual de 2015, y la Fiscalía General del Estado, que, aunque sí valoraba el castigo a acciones de humillación a las víctimas, criticaba en su memoria de 2017 que esto se equiparase a tuitear un chiste, por muy ofensivo que pueda resultar. Pero, a pesar de las críticas, tanto la Fiscalía como la Audiencia Nacional han seguido investigando, juzgando y condenando todo tipo de expresiones en los que se mencionara un grupo terrorista.

Indudablemente hablar de terrorismo, es hacer referencia a un fenómeno, que desgraciadamente, es conocido por todos, y del que incluso, muchos han sido y son víctimas directas o indirectas. Este fenómeno ha llegado a convertirse en uno de los mayores problemas que amenaza a las sociedades occidentales, buscando el desequilibrio e incluso la destrucción de un modelo de Estado garantista y estable, haciendo uso de la violencia. No obstante, pese a no ser un problema reciente y desconocido, es cierto que en los últimos tiempos se ha visto una cierta evolución en cuanto a los nuevos mecanismos utilizados para perpetuar este tipo de conductas y conseguir un mayor alcance en sus objetivos². Nuevos mecanismos y reformas, que, en palabras de Cerrada Moreno, suelen materializarse en modo de restricción o limitación de derechos fundamentales³.

1. Véase, BOZA MORENO, E., "El enaltecimiento del terrorismo y la libertad de expresión", en DEL CARPIO DELGADO (Coord.), *Derecho Penal. La espada y el escudo de los Derechos Humanos*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2018, p. 2.
2. TERUEL LOZANO, G. M. "Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2018, p. 2.
3. CERRADA MORENO, M., *El Terrorismo: concepto jurídico*, Editorial J. M Bosch Editor, 2018, p. 390.

Previo a la reforma de la Ley Orgánica 7/2000, los actos de justificación, así como de enaltecimiento del terrorismo, solo eran sancionados cuando implicaban un acto de apología del artículo 18 del CP. Es decir, cuando los actos enaltecedores o justificadores estuviesen expresa y directamente dirigidos a promover la comisión de un concreto y determinado delito terrorista⁴.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de esta ley se produjo en cambio en la posible calificación de estas conductas, concretamente con la introducción del artículo 578 que castigaba de forma expresa tanto la mera conducta de enaltecer o justificar públicamente los actos delictivos propios de esta forma de criminalidad o a quienes los realizaban, como la de humillar o menospreciar a sus víctimas, afirmándose así en su Exposición de Motivos, que la sanción penal de tales actuaciones se fundamentaba en que su realización constituía "...no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas".

El tenor literal del delito del art. 578 CP en modo alguno alude o exige que los actos de enaltecimiento, justificación o humillación de los que habla tengan que estar dirigidos a incitar a otros a cometer uno o varios delitos terroristas determinados. Más bien parece que, para poder apreciar este delito, bastaría con que se constatare que se había realizado una conducta que transmitiera alguno de los mensajes de los que dicho precepto habla. Esto es, un mensaje emitido públicamente que ensalce, elogio o alabe actos terroristas previamente cometidos o a quienes los cometieron o uno que humille o menosprecie a sus víctimas, aun cuando éste último no se hubiese difundido públicamente⁵.

A pesar de las críticas, por el uso extensivo que se hacía de este tipo penal, la respuesta en 2015 por parte del Gobierno fue aumentar la pena para enaltecimiento del terrorismo. La reforma del Código Penal que entró en vigor en julio de ese año, poco después de la llegada de la nueva Ley de Seguridad Ciudadana conocida como Ley Mordaza, ampliaba la pena máxima por enaltecimiento hasta los tres años de cárcel y ordenaba impone la pena en su mitad superior si los hechos castigados se llevan a cabo a través de internet o tecnologías de la información.

4. En este sentido véase, CARBONELL MATEU, J. C. "Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado", en *Comentarios a la legislación penal, Tomo II: El Derecho penal del Estado democrático*, Ed. Edersa Madrid, 1983, p. 245.
5. BERNAL DEL CASTILLO, J. "El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas como formas del "discurso del odio"", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2016, p. 22.

II. ENALTECIMIENTO TERRORISTA VS LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Muchas han sido las dudas doctrinales sobre la compatibilidad del precepto penal que se ha analizado con la libertad de expresión reconocida en la Constitución.

La especial consideración y potencial preponderancia de las libertades de expresión e información frente a otros derechos y bienes constitucionales procede de la dimensión institucional o social de aquellas, o lo que es lo mismo, de las funciones que desempeñan las citadas libertades del Estado social y democrático de Derecho.

Como se recordará, cualquier limitación de un derecho fundamental reconocido en la Constitución se deberá justificar en la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente reconocidos mediante una ley proporcional que, a su vez, deberá respetar el núcleo esencial del derecho sometido a limitación.

Pues bien, el legislador ha determinado de manera implícita que la restricción a la libertad de expresión que supondría este precepto, encuentra su fundamento en la salvaguardia de la paz social, la lucha contra el terrorismo, y en definitiva, de la protección del funcionamiento del sistema democrático.

Además, analizando la compatibilidad del precepto con el principio de proporcionalidad, entienden que parece claro que *a priori* esta limitación puede contribuir a evitar la emisión de mensajes que justifiquen el uso de la violencia para conseguir objetivos de carácter político. Por lo que resultaría idónea dicha medida. En relación con la necesidad de la medida de control, como afirma la doctrina y la propia exposición de motivos de la ley, el objetivo es sancionar una serie de conductas que eran muy difíciles de perseguir como apología del terrorismo⁶.

De esta forma, en lo que se refiere a la regulación del delito de enaltecimiento del terrorismo, cuya redacción vigente mantiene la sanción de las conductas de menosprecio y humillación a las víctimas de terrorismo, en principio no presenta dudas de su constitucionalidad⁷, no obstante, ante

6. CAMPO MORENO, "El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus miembros", *La Ley*, núm. 5332, 2001, p. 1752.

7. En este sentido, MAGADALENO ALEGRÍA, "Libertad de expresión, terrorismo y límites de los Derechos Fundamentales", *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, p. 197, "este tipo de expresiones destruyen la dinámica del autogobierno de los ciudadanos a través de la libre discusión, precisamente porque pretenden que la discusión deje de ser libre al realizar una exaltación o justificación del terrorismo que amenaza constantemente a la vida y la seguridad de las personas. Para que un debate

las conductas de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo, si surgen importantes motivos de censura constitucional⁸.

La interpretación constitucionalizada que ha venido haciendo el Tribunal Supremo con respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 Cp.), no es para nada esclarecedora, ni siquiera tras la STC 112/2016, de 20 de junio que, según afirma Teruel Lozano “obligaría a abandonar la lectura de éste como un delito de peligro abstracto y mera actividad que no necesita integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión del delito”⁹. Sin embargo, el Supremo ha mantenido una línea más incisiva en la libertad de expresión en la que, con algunos matices, ha continuado con la interpretación de este delito como una figura de peligro abstracto.

Entre las más recientes, encontramos la sentencia del caso César Strawberry, en ella el Tribunal Supremo condenaba basándose en la difusión pública de un mensaje cuyo contenido podría considerarse que humillaba a las víctimas o enaltecía el terrorismo, aunque se había acreditado que no hubo ánimo ofensivo y que los tuits difundidos tenían simplemente un “tono provocador, irónico y sarcástico”¹⁰. Por el contrario, este mismo año el Tribunal Supremo anulaba otra condena por el delito de enaltecimiento del terrorismo afirmando que, “en una lectura de legalidad ordinaria adecuada a las exigencias constitucionales, debía tenerse en cuenta a efectos de considerar la tipicidad de la conducta la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado”. Aunque,

público sea verdaderamente libre debe realizarse respetando una serie de normas que aseguren que éste sea racional”. Véase también, STEDH de 4 de diciembre de 2003, «caso Müslüm Gündüz», “el TEDH respecto a los discursos de incitación, justificación o elogio del recurso a la violencia para la consecución de fines políticos sostiene claramente que no se encuentran amparados por la libertad de expresión”.

8. Como aprecia QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 4.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2004, p. 1747 ss., “la desigual significación de ambas conductas, su distinta lesividad, no ofrece dudas. Resulta singularmente mucho más comprensible fundamentar lo injusto específico de las conductas de desprecio o humillación a las víctimas –su dignidad fundamentalmente– que no una conducta de enaltecimiento del terrorismo o sus autores que sólo en sentido impropio puede calificarse de apología, al no exigir el requisito de la provocación, si quiera indirecta a la comisión de delito de terrorismo alguno (pues para la directa ya está la provocación «ex» art. 18 CP), y que tantos problemas de límite con el derecho fundamental a la libertad de expresión plantea”. En la misma línea, RAMOS VÁZQUEZ, “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”, *AFDUC*, núm. 12, 2008, pp. 771-793; ALONSO RIMO, “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 2010, pp. 64 ss.
9. TERUEL LOZANO, “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”, *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 17, 2017, p. 14.
10. STS 4/2017, de 18 de enero.

acto seguido, terminaba por admitir que este riesgo podía “entenderse en abstracto como “aptitud” ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en el tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas”¹¹. De manera que parecía validar su comprensión como un delito de peligro abstracto. Como se aprecia existe una discordancia argumentativa, un panorama que tampoco parece aclararse en instancias judiciales inferiores ni para los delitos de provocación al odio y negacionismo ni para los de enaltecimiento.

El problema que surge por tanto, no es otro que el debate sobre cuáles deben ser los márgenes delimitadores de dicho tipo delictivo y realizar una valoración a este respecto. Con arreglo a ello, en el plano doctrinal, y bien entendido que se asume generalmente aquella solución interpretativa en relación con la apología como acto preparatorio genérico, se suele estimar que el art. 578 contempla una versión ampliada o extensiva de la apología del art. 18¹², o lo que es lo mismo, sin los estrictos requisitos que, según tal interpretación de este último precepto, la homologan a la provocación directa. Ahora bien, a la vez, se debe destacar que, con similar grado de consenso y con independencia de la inteligencia más o menos amplia que cada autor le atribuye, la doctrina se muestra bastante crítica con la tipificación penal de esta conducta¹³.

Por otra parte, en este punto es importante señalar que dentro de este margen de versión ampliada de apología, hay autores que consideran que es preciso que el comportamiento enaltecedor revista cierta eficacia instigadora, una incitación “indirecta”¹⁴ y otros que, por el contrario, no exigen ningún elemento incitador¹⁵.

11. STS 378/2017, de 25 de mayo.

12. Por ejemplo, CARBONELL MATEU, “Delitos contra el orden público”, en VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ (Coords.), *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 730; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 849; COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ, “Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo”, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, 2005, p. 1152.

13. Véase, CUERDA ARNAU, “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 128, 2007, p. 116, y *Terrorismo y libertades públicas*, 2008, pp. 105 y ss. y 117.105 y ss. y 117.

14. Así, BERNAL DEL CASTILLO, en cuya opinión el art. 578 CP castigaría las conductas de enaltecimiento o justificación del terrorismo cuando de las mismas «se derive un riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación o el favorecimiento de un clima de aceptación social del terrorismo (...), sin que sea necesario que constituya una provocación directa a delitos concretos y personas determinadas» “Observaciones en torno a la ley orgánica 7/2000 de modificación del código penal en materia de terrorismo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2001, epígrafe II.

15. CUERDA ARNAU, para quien lo contrario «no se ajusta nial texto de la ley, ni tampoco –aunque esto importe menos– a la voluntad legislativa» “El nuevo delito político”, *op. cit.*, pp. 107 y ss.

Por otro lado, desde el punto de vista de la jurisprudencia ordinaria la tendencia generalizada es a interpretar el delito de enaltecimiento del terrorismo de forma estrictamente literal, sin reclamar en general ningún tipo de actitud incitadora a efectos de tipicidad.

Por tanto, parte de la doctrina y la práctica totalidad de la jurisprudencia acoge un criterio interpretativo del art. 578 CP en virtud del cual resultan punibles los comportamientos de justificación o de ensalzamiento de delitos terroristas o de sus autores desprovistos de cualquier componente incitador; es decir, se realiza una interpretación del precepto de índole estrictamente gramatical. Y es esta solución interpretativa la que encuentra difícil encaje en nuestro marco constitucional¹⁶. Como señala Del Rosal Blasco “la exigencia del ánimo incitador marca el límite entre lo que podría ser un comportamiento fundamentador de un injusto penal y lo que, en cualquier caso, es una mera expresión de pensamientos. Así debe ser, si no queremos, por la vía del castigo a meras adhesiones ideológicas, limitar el ámbito de la libertad de expresión”¹⁷.

No obstante, sin perjuicio del indudable reproche moral que merecen tales hechos, así como de la comprensible repulsa social que generan, cabe preguntarse, desde una perspectiva jurídico-penal, qué bien jurídico resulta atacado, en medida suficiente como para motivar la intervención del *ius puniendi*, contempladas tales conductas sin ninguna exigencia incitadora en términos de dolo y de aptitud para instigar a la comisión de un delito. Considero pues, que atendiendo a esta interpretación es fácil caer en el castigo de cualquier cosa.

En esta misma línea de pensamiento, Alonso Rimo, se plantea, acertadamente, “por qué considerar que enaltecen sólo los que realizan este tipo de discurso y no igualmente todos aquéllos que acuden a dichos actos públicos de homenaje y aplauden y vitorean tal clase de manifestaciones, o cantan y bailan danzas en honor al terrorista homenajeado, o, de la misma manera, por qué no condenar también a los que convocan tales concentraciones como inductores de un delito enaltecimiento del terrorismo, o incluso como provocadores (art. 579.1 CP), en los casos en que tales actos no se lleguen finalmente a celebrar (por resultar prohibidos por la autoridad judicial)”¹⁸.

16. En opinión de ALONSO RIMO, “Apología, Enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *op. cit.*, p. 38.

17. DEL ROSAL BLASCO, “La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 58, 1996, p. 82.

18. ALONSO RIMO, “Apología, Enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

En segundo lugar es importante destacar que la demanda de dicho carácter incitador en la apología no se justifica tanto porque ésta, sea en sí misma una conducta inocua¹⁹, sino porque la nocividad que representan tales comportamientos, así contemplados; esto es, sin aptitud incitadora, no es suficientemente elevada para convertir, desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad de expresión, la prohibición penal de aquéllos en constitucionalmente legítima²⁰.

Puesto que las conductas de las que estamos hablando no son por regla general, conductas de mera adhesión ideológica, sino que suponen algo más e implican un apoyo a la actuación delictiva, no se niega, en ningún caso que aquéllas puedan generar apoyo social al terrorismo y que, en esa medida se refuercen; ni tampoco se niega como decía, el sentimiento de indignación social, y hasta de justificada repugnancia, que aquéllas inspiran. Sin embargo, la cuestión no es el reproche o no moral de estas conductas, sino que, el instrumento más represivo con que cuenta el Estado, es decir, el Derecho penal, no puede ni debe abarcar el castigo de todas o ni siquiera de la mayoría de las conductas socialmente dañosas, sino que se ha de limitar a combatir aquéllas que de forma más intolerable ataquen a los bienes jurídicos más importantes. Sólo así es posible atender a la exigencia de necesidad de tutela que se deriva del principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y, más concretamente, a la naturaleza fragmentaria del Derecho punitivo, siendo todas éstas, como es sabido, premisas de raíz constitucional²¹. De forma que, cuando no se respetan tales principios, y por consiguiente se interpreta el delito de exaltación del terrorismo en un sentido gramatical, la afectación al derecho fundamental a la libertad de expresión que implica su tipificación y castigo no puede resultar legitimada.

Todas las opiniones negativas sobre la tipificación de esta forma de apología en cuanto supone un adelanto del Derecho Penal a conductas que no incitan directamente a la comisión de un delito y que, por ello, invaden el ámbito de la opinión ideológica y de expresión, han sido contestadas por el TC y por el TS aplicando la perspectiva del discurso del odio para justificar la restricción de tales derechos en cuanto sobrepasan el ámbito de su ejercicio legítimo.

La naturaleza del discurso del odio tiene la virtualidad de reconocer un contenido de injusto de cierta entidad a esta figura de apología del

19. CUERDA ARNAU, "El nuevo delito político", *op. cit.*, p. 116, y *Terrorismo y libertades públicas*, 2008, p. 88.

20. Véase, CUERDA ARNAU, "El nuevo delito político", *op. cit.*, pp. 89 y 90.

21. Al respecto, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 81 y ss.

terrorismo²², de forma que se evita el reproche de que se está castigando la libertad de manifestar una opinión ideológica de forma absolutamente injustificada. En diversas resoluciones se considera este delito como una zona intermedia entre la apología del terrorismo, en el sentido de provocación conforme al art. 18 CP y el ejercicio legítimo de la libertad ideológica o de expresión que debe ser tolerado por no sobrepasar los límites mínimos de afectación de los bienes jurídicos²³.

Con esta premisa, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo consideran que “el delito de enaltecimiento del terrorismo o de sus autores se justifica no porque implique una provocación directa o indirecta a cometer delitos concretos de terrorismo, sino en cuanto entraña un apoyo objetivo a los fines terroristas, influyendo positivamente en el mantenimiento o apoyo del entorno que sustenta el terrorismo mediante actos concretos: enaltecer y justificar”. “Su contenido de injusto como conductas de odio se debe entender como una forma de discurso peligroso para los bienes jurídicos protegidos frente al terrorismo, peligro que se presume en el tipo como objetivo y posible, teniendo en cuenta la eficacia comunicativa de las conductas de apoyo y justificación en cuanto formas de influencia sobre el conjunto de las actividades violentas dentro del contexto de los grupos u organizaciones terroristas”²⁴.

En la medida en que existe una afectación de un bien jurídico protegido frente a la actividad terrorista se consigue salvar no sólo la constitucionalidad del enaltecimiento del terrorismo, sino también comprender la justificación sustantiva de su tipificación con la condición de reconocer la gravedad de esas conductas. El problema se traslada nuevamente a determinar si estamos ante un contenido suficiente de injusto y, para ello, se plantea la necesidad de valorar el grado de peligrosidad de las conductas típicas que contribuyen a consolidar y afianzar los fines perseguidos por las acciones terroristas.

Aunque en algunos casos sea relativamente fácil determinar cuándo un acto enaltece o justifica una conducta terrorista o un autor, en muchos otros supuestos deberá discernirse con prudencia, teniendo en cuenta, diversos factores como, el contexto del acto, su significado social y ocasión, la finalidad y gestos que tienen sus autores, o el contenido del mensaje, entre otros²⁵.

22. Según, BERNAL DEL CASTILLO, “Observaciones en torno a la ley orgánica 7/2000”, *op. cit.*, p. 1629.

23. Entre otras, SSTS 2.ª S 587/2013, de 28 de junio y 106/2015, de 19 de febrero.

24. Ver STS 2.ª S 811/2011, de 21 de julio.

25. En esta línea, BERNAL DEL CASTILLO, “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas” *op. cit.*, p. 23.

La dificultad de determinar en algunos casos incluso por vía contextual la naturaleza objetivamente enaltecida de algunos supuestos lleva a profundizar en otros aspectos, por ejemplo, la delimitación del elemento subjetivo exigido en este delito. Sobre esta cuestión se mantiene que no debe confundirse el dolo de enaltecer con otros móviles o motivaciones especiales que formen parte del injusto, especialmente móviles abyectos o incitadores a concretos actos de violencia. Sí se exige que ese dolo general de enaltecimiento esté fundado en razones probatorias suficientes entre las que se da una especial importancia a la interpretación semántica de las palabras. Por ello, cuando a raíz de la valoración de los elementos probatorios concurrentes pueda afirmarse la intención del autor de ensalzar a unas personas por sus actividades terroristas o justificar sus hechos, no se requiere para afirmar la antijuridicidad la presencia de móviles específicos diferentes que no vienen exigidos en el tipo penal, como pudieran ser razones de amistad, afinidad o discrepancias ideológicas²⁶.

Por otro lado, otro de los elementos clave para determinar la gravedad del injusto es la necesidad de la publicidad de los actos de enaltecimiento. Y resulta esencial porque concreta la posibilidad de objetivación del peligro de incremento de una situación real de violencia u odio, que afecta a la paz social y a la continuidad de unas organizaciones o actividades contrarias a la seguridad y a las libertades individuales y sociales²⁷. La publicidad denota la gravedad de ese peligro posible pero real por la eficacia difusiva de los mensajes. Este requisito deberá examinarse teniendo en cuenta la naturaleza del medio difusivo utilizado, es decir, es preciso saber cuando se trata de un mensaje escrito, también el número de receptores, si se trata de un acto convocado públicamente o en un entorno familiar, incluso la condición o circunstancias de los sujetos que reciben el mensaje, por ejemplo, si se realiza en ambientes sociales receptivos a verse influenciados por el mensaje, con ocasión de fiestas, etc.²⁸.

Es importante tener en cuenta que en los últimos años se han disparado los casos de enaltecimiento cometidos a través de las redes sociales. Para poder analizar la difusión pública, como elemento del tipo, el desarrollo de las redes sociales no puede ser obviado²⁹. En este sentido, diversas resoluciones han puesto de relieve la capacidad de difusión de los

26. Ver SSTS 2.ª S 676/2009, de 5 de junio, 812/2011, de 21 de julio y 282/2013, de 1 de abril.

27. Véase SILVA SÁNCHEZ, sobre la proliferación de delitos de peligro cuando se trata de un peligro *standard*, es decir normal y asumible socialmente, en *La expansión del Derecho penal*, Civitas, 2001, p. 101.

28. STS 2.ª S 299/2011, de 25 de abril.

29. SAN 2/2012, de 17 de enero.

mensajes y el elevado número de receptores potenciales de los mismos, utilizando criterios como la reiteración, persistencia y permanencia de los mensajes en las redes o la posibilidad de compartir sin restricciones un mensaje³⁰.

Sin embargo, el uso de las redes sociales en el delito de enaltecimiento plantea algunos problemas tanto sustanciales como de política criminal. De esta forma, en un sentido práctico, la valoración judicial de estas formas de comunicación plantea la necesidad de resolver problemas probatorios como la identificación de los autores o de si resulta necesaria autorización judicial para el acceso a algún tipo de redes en la investigación del delito³¹.

Desde un punto de vista sustantivo, la utilización de redes sociales si bien constituye un fuerte indicio de la gravedad de la conducta atendiendo a su mayor capacidad divulgativa no implica automáticamente ese plus de gravedad desde la perspectiva de la afectación del bien jurídico que recordemos es la peligrosidad de incrementar un clima de violencia por favorecer o perpetuar dolosamente la pervivencia de un entorno de apoyo al terrorismo.

Ahora bien, aunque en muchos casos las nuevas técnicas de comunicación constituyen un instrumento esencial en la divulgación del mensaje terrorista, incluyendo las formas de enaltecimiento y justificación, como sucede por ejemplo con el terrorismo islamista, no necesariamente podrá encontrarse esa conexión objetiva en otros supuestos, como la publicación de mensajes aislados, por la brevedad de los mismos, o la falta de conexión entre el autor y el entorno terrorista, entre otros. Es por eso, que se torna imprescindible que la jurisprudencia no prescinda del examen minucioso *ad casum* de la concreta forma en que el mensaje o mensajes difundidos por redes sociales implican un peligro objetivo de favorecimiento del entorno terrorista violento³², puesto que de lo contrario y reiterando lo ya dicho, se incurriría en el castigo de cualquier conducta y en cualquier contexto, llegando a suponer en algunos casos una clara restricción del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

El terrorismo es una de las materias donde tradicionalmente se suele establecer un régimen de excepción en el ordenamiento penal al entender que son conductas que atacan frontalmente todo el sistema. Esta tendencia a la legislación de excepción, que se manifiesta en múltiples muestras, se

30. STS 2.ª S 842/2010, de 7 de octubre.

31. Sobre esta problemática, SAN 2/2012, de 17 de enero.

32. Al respecto, BERNAL DEL CASTILLO, "El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas", *op. cit.*, p. 27.

ha ido generalizando a principios del siglo XXI y está fuertemente influenciada por la teoría del Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs.

La famosa teoría del Derecho penal del enemigo fue debatida en la discusión de la ciencia del Derecho penal tras las consecuencias del ataque terrorista sufrido el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. El derecho penal del enemigo es la categoría del Derecho que considera enemigo a todo aquel sujeto que ha huido del Derecho, y frente al que la sociedad reacciona contraponiendo un Derecho para ciudadanos y un Derecho para enemigos³³. Jakobs es el teorizador del Derecho penal del enemigo, que ofrece la justificación teórica a la tendencia posterior al 11-S, con su teoría neofuncionalista fundada en la protección de la propiedad privada, la globalización económica, la liberalización de los mercados y que necesita de la abstracción del Derecho para la conservación de estos intereses a través de una auto legitimación normativa³⁴.

Esto último se aprecia en la legislación de los Estados y las sucesivas reformas penales que en ocasiones no tienen efecto real en la práctica sino más bien se fundamentan en la legitimación de la propia lucha antiterrorista, con un claro efecto simbólico con el que se busca la “tranquilidad” de la sociedad frente al peligro terrorista, de ahí las voces que aparecen con cada caso mediático, incluso de los propios gobierno, reclamando reformas penales más represivas contra el “enemigo” terrorista.

Jakobs distingue dos regulaciones del derecho penal. El trato con el “ciudadano” en el que se espera a que cometa el delito para reaccionar, viéndole como persona que ha infringido el pacto, pero que no persiste en ello; y el trato con el “enemigo” que se desvía del pacto por principio, perdiendo la consideración normativa de la persona y que por ello debe ser interceptado y combatido antes por su peligrosidad, por tratarse de individuos que hay que coaccionar para evitar que destruyan el ordenamiento jurídico. Para este autor, es tan legítima la pena como contradicción por comisión de un delito, que la pena como eliminación de un peligro, pues el enemigo debe ser excluido. Por toda esta justificación, lo que Jakobs hace es incidir en el concepto “enemigo” calificándolo no como persona de Derecho, sino como individuo que con sus instintos y miedos pone en peligro el proceso, comportándose como un enemigo. Por eso, frente a los que vulneran los derechos humanos hay que castigarlos, pero no se tratará de una pena contra personas culpables, sino contra

33. Véase, al respecto, BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*, Granada, Comares, 2007, p. 39.

34. En este sentido, NAVARRO, *Neoliberalismo y Estado del Bienestar*, 2.ª edición, Barcelona, Ariel, 1998, p. 40.

enemigos peligrosos y de ahí que se llame Derecho penal del enemigo. Ya que la finalidad última es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado. Para el autor es legítimo un Derecho penal del enemigo porque el terrorista se ha autoexcluido. Se trata de un Derecho de excepción que el Estado deberá regular con claridad evitando contaminar el Derecho penal del ciudadano con el Derecho penal del enemigo³⁵.

Pero son muchas las voces contrarias a este planteamiento, estimándose inaceptable el método funcionalista de legitimación de la ausencia de derechos. Se debe poner de relieve que este Derecho no puede ser un Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Y es que Jakobs no plantea si es o no compatible el Derecho penal del enemigo con el marco constitucional del Estado de Derecho y con los Pactos Internacionales de derechos civiles. Según Cancio, en un Estado de Derecho no cabe distinguir entre “ciudadanos” y “enemigos”, como sujetos de distintos niveles de respeto y protección jurídicos, ya que lo que se hace es excluir a ciertas personas o categorías de personas del ámbito de ciudadanos. Además, se plantea el problema de quién decide quién es el buen ciudadano y quién el enemigo y se repsta a la utilización del Derecho Penal para perseguir al opositor político, a la opinión discrepante. En la práctica esta teoría implica que el Derecho es lo que en cada momento conviene al Estado y, al mismo tiempo, lo que perjudica a sus posibles enemigos, y lo único que hace es permitir reacciones no proporcionales. Por tanto, no debe haber un Derecho penal del enemigo porque es inconstitucional y porque no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos. Porque siguiendo la teoría de Jakobs, no pone ninguna restricción al poder punitivo³⁶.

Dos diferencias encontramos entre Derecho penal del enemigo y Derecho penal. El primero excluye a determinados grupos de infractores, y además, es un claro ejemplo de derecho penal del autor, por el que no se castiga la acción sino a la persona considerada “terrorista” o “enemiga”, lo que justifica el adelantamiento de la barrera de intervención penal a puntos alejados de cualquier acción terrorista. El Derecho penal del enemigo podría hacer desaparecer el Derecho penal como racionalizador del *ius puniendi* del Estado, porque no es sino un estado de guerra, contrario

35. JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, Trad: PEÑARANDA, en JAKOBS, G, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 298.

36. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, ed. Reus, 2010, p. 220; “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, *Derecho Penal contemporáneo: Revista internacional*, núm. 26, 2009, pp. 50 y ss.

al Derecho penal, y al Derecho en general. El Derecho penal del enemigo contamina el Derecho penal ordinario. El triunfo de este derecho comporta la supresión de lo político, la eliminación de cualquier espacio de discrepancia de valores, despreciando toda idea de transformación radical y el concepto mismo de democracia³⁷.

Lo cierto es que el terrorismo es una de las materias en las que más vigencia ha tenido esta concepción del Derecho penal. Además, si bien no es la primera vez que se aplican medidas de excepción contra el fenómeno del terrorismo, justificando hacer un paréntesis en las garantías democráticas para luchar contra un mal más peligroso como es el sistema democrático, la llegada del terrorismo internacional y sus características nos hacen intuir que no es un fenómeno aislado y que, si lo que se pretende es luchar contra él, no es descartable una tendencia a la generalización de la excepción, a mantener un régimen de excepción permanente para estas conductas.

Se podría pensar que, aunque no por ello resultara más legítimo, la aplicación desmedida de este tipo de delitos y los mayores conflictos con la libertad de expresión, tenían lugar en España cuando el problema del terrorismo era un peligro patente, o al menos cuando así se percibía por la sociedad, es decir, cuando el denominado enemigo parecía constituir un peligro real a ojos de la sociedad. Sin embargo, como consecuencia de la criminalización de este tipo de conductas, continúan sucediéndose imputaciones y sentencias sobre delitos de apología del terrorismo. Este “fantasma que recorre el Derecho Penal”, en palabras de Vives Antón³⁸, continúa estando igual de presente aún cuando el terrorismo, o al menos el terrorismo tradicional representado en España por la actividad armada de ETA, no está en activo desde el año 2011.

Finalmente, debemos recordar que, tal y como pone de manifiesto Vives Antón, “estando la libertad en la base del Estado democrático, esto es, presuponiendo teóricamente la configuración democrática de la forma política que los seres humanos que se han de regir por ella son racionales, iguales, libres y autónomos. No dejaría de resultar paradójico, efectivamente, que el Estado decidiese por sus ciudadanos que clase de ideas puede llegar a conocer y cuáles no, negándole así al individuo concreto la racionalidad, autonomía y libertad que el propio ordenamiento

37. En este sentido, GOMIS FONS/JURADO CEPAS/RIPOLLÉS PELLICER, “Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Clínica Jurídica per la Justícia social*, Universidad de Valencia, 2013, pp. 26-33.

38. VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 25, 2004, p. 44.

le presupone³⁹, ya que implica una falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones. A lo que añade, que un juicio acerca de la constitucionalidad del castigo de la apología del delito, puede recaer sobre una abstracta expresión de razones en un marco comunicativo intachable, sino que ha de proyectarse sobre tipos penales concretos aplicados en circunstancias concretas⁴⁰.

En este sentido, cabe destacar que el Grupo de Estudios de Política Criminal, en una propuesta alternativa a la actual regulación de los delitos de terrorismo que elaboró entre 2005 y 2006, propuso la supresión del artículo 578, justificando esto, en lo que respecta a la conducta estricta de apología, en que este delito “constituye una clara muestra de autoritarismo al criminalizarse actos de opinión o de mera disidencia con el modelo político o social imperante”, en el sentido que hemos ido apreciando mediante el análisis de las conductas que se está castigando en la práctica⁴¹.

III. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. UNA VISIÓN EUROPEA SOBRE SU PROTECCIÓN

La libertad de expresión ocupa un lugar predominante entre los derechos fundamentales en una sociedad democrática ya que, además de su importancia como tal para la manifestación de la discrepancia y el desarrollo de la propia persona en relación con la libertad ideológica, se trata también de un derecho relacional, ya que es un complemento necesario a otros derechos fundamentales como los derechos de reunión y asociación o el derecho de sufragio, convirtiéndose en un derecho indispensable para una sociedad democrática⁴². De este modo, la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas tiene su fundamento tanto en un argumento humanista, en el sentido que está ligado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como autorrealización personal como, por otro lado, en un argumento democrático político como principio constitutivo del modelo de gobierno instaurado en un sistema democrático. Esta consideración de derecho predominante se ha tenido desde el primer

39. VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, *op. cit.*, p. 41.

40. VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, *op. cit.*, p. 42.

41. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2006.

42. En este sentido, LÓPEZ ULLA, J. M., “El sentido de la ponderación en las libertades de expresión e información”, *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, 1997, pp. 25 y 26.

constitucionalismo y, como consecuencia de ello, es un derecho que figura en los más importantes pactos internacionales, entre los que cabe destacar, La Declaración Universal de Derechos Humanos o El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así como, El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, por el Consejo de Europa, a nivel europeo.

En este ámbito europeo, el TEDH ha tenido la oportunidad en numerosas ocasiones de trazar criterios interpretativos con los que considerar si una determinada restricción vulnera o no el Convenio citado, tomando la base de que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto⁴³ pero sí que tiene un papel eminente entre los derechos fundamentales. Así, el Tribunal ha afirmado en repetidas ocasiones que constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una condición primordial para su progreso y desarrollo, por tanto, las restricciones o limitaciones al ejercicio de este derecho se han de interpretar de forma restrictiva⁴⁴. Así, el tribunal da, mediante su control de cada caso concreto, una consideración de preponderancia al derecho a la libertad de expresión, entendiéndola de manera extensiva y restringiendo las excepciones, siguiendo en cierto modo la línea de la corte Suprema de Estados Unidos.

De este modo, se da frecuentemente, en cuanto a la admisibilidad o no de las demandas dirigidas al TEDH referidas a limitaciones de la libertad de expresión, la oposición entre derecho a la libertad de expresión del art. 10 en el que se ampara el demandante y la prohibición del abuso de derecho del art. 17 alegado por el Estado del que se trate. Y es que, de acuerdo con el propio art. 17, el TEDH ha hecho constar en numerosas ocasiones que no se puede aprovechar las disposiciones del Convenio con un fin contrario a la letra y el espíritu del propio Convenio, es decir, para intentar destruir derechos y libertades contenidos en él. Este es un artículo con el que se pretende proteger el sistema democrático, ya que se nos presenta el caso frecuente de la utilización de la libertad de expresión para difundir, por ejemplo, discursos xenófobos o discriminatorios. Un ejemplo en el que el Tribunal considera que no se podía amparar en la libertad de expresión es el de una publicación que hacía revisionismo del Holocausto

43. Así, por ejemplo, la STC 171/1990, de 12 de noviembre, mantiene que el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información «no puede configurarse como absoluto, puesto que si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre los asuntos de interés general.

44. Véase en este sentido, AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 14, 1993, p. 25.

es el caso Garaudy contra Francia, de 24 de junio de 2003, por hacer uso de este derecho el demandante con fines contrarios al Convenio, con los el Tribunal consideró que pretendía la destrucción de los derechos y libertades garantizados en éste.

Lo relevante en este sentido es que, para este Tribunal el artículo 17 puede aplicarse sólo si los actos ofensivos tienden a propagar violencia u odio, utilizan medios no legales o no democráticos, animan al recurso de la violencia, minan el sistema político democrático y pluralista o persiguen objetivos racistas o propios para destruir los derechos y las libertades ajenas⁴⁵. Se reafirma así, la idea de que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, ya que en casos como éste se hace primar la protección de los derechos de terceros. Sin embargo, y en relación con el art. 17, la libertad de expresión se ha de interpretar en sentido amplio cuando se traten temas de interés general tales como políticos e históricos, aunque sean temas controvertidos.

En estos casos, para ver si se trata o no de un abuso de Derecho, el Tribunal debe decidir primero si se trata o no de una vulneración del derecho a la libertad de expresión del art. 10. Para valorarlo, el TEDH sigue siempre un mismo patrón en todas las sentencias referidas a limitaciones a la libertad de expresión, si bien los criterios que utiliza los aplica en función de las circunstancias del caso concreto del que se trate. Cuatro son los criterios y requisitos del tribunal para determinar si hay o no vulneración.

El primero de esos criterios es el determinar si se trata de una limitación prevista en la Ley, de acuerdo con el principio de legalidad. Esto implica que la limitación a la libertad de expresión ha de derivarse de una ley estatal que la habilite. Para ello acude tanto a la legislación del estado del que se trate como a la interpretación jurisprudencial dominante de esta legislación. Lo importante es que exista para el demandante la posibilidad de acceder al conocimiento de la ley y de prever con un grado de probabilidad razonable las consecuencias legales de la acción realizada⁴⁶. La norma debe ser precisa, y de hecho el Tribunal ha reconocido una violación del derecho a la libertad de expresión cuando la definición ha sido demasiado vaga, como en el caso Hashman y Harrup contra Reino Unido, de 25 de noviembre de 1999. No obstante, el nivel de precisión que se

45. TEDH. Caso Partido Unificado de Turquía y otros contra Turquía, de 30 de enero de 1998.

46. TEDH. Sunday Times contra Reino Unido, de 26 de abril de 1979; Lindon y otros contra Francia, de 22 de octubre de 2007; Ezelin contra Francia, de 26 de abril de 1991; Faruk Temel contra Turquía, de 1 de febrero de 2011; Orban y otros contra Francia, de 15 de enero de 2009.

exige varía en función de la clase de norma de la que se trate y por ello será estudiado caso por caso por el tribunal, de modo que, ha llegado a aceptar normas no precisas que mediante la existencia de una jurisprudencia constante en un sentido permite que la norma pudiera ser accesible y previsible para el demandante. Así, el tribunal considera que la base legal debe entenderse en un sentido material y no formal⁴⁷.

En segundo lugar, otro de los criterios del tribunal es que, con la limitación prevista en la ley ya mencionada, se persigan fines legítimos, concretamente, uno de los previstos en el artículo 10.2 del Convenio. Estos fines son amplios y variados y son la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El tercero de los requisitos o criterios es quizás el más importante y al que el Tribunal dedica siempre atención principal es que las medidas adoptadas con una base legal y con los fines mencionados sean medidas necesarias, en una sociedad democrática, para conseguir dichos fines. Este elemento es con diferencia el que más problemas crea a la hora de considerar si se da o no en cada caso concreto, ya que no existen reglas generales claras y se ha de atender a las circunstancias concretas. Se introducen así, con este elemento, los principios de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

A la hora de supervisar la restricción, la necesidad de ésta debe ser valorada por el Tribunal basándose en los principios propios de una sociedad democrática, a los que debe prestar una atención extrema. El Tribunal parte del principio de que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad. Por ello, como bien ha afirmado en la sentencia *Handyside* contra Reino Unido y ha venido repitiendo sistemáticamente en cada sentencia de este tipo, “el derecho a la libertad de expresión es válido no sólo a las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática”. El tribunal parte siempre desde este principio esencial, y de él se extrae que cualquier restricción ha de ser proporcional al fin legítimo perseguido.

47. TEDH. Caso Asociación Ekin contra Francia, de 17 de julio de 2001.

Hace referencia en repetidas ocasiones a que debe tratarse de una necesidad social imperiosa⁴⁸, debiendo ser proporcional al fin legítimo y debiendo ser pertinentes las razones invocadas por el Estado para justificar la necesidad de la injerencia para que la limitación del derecho a la libertad de expresión sea asumible.

Por último, para el tribunal es relevante el interés general que existe en cada caso, aun tratándose de temas sumamente polémicos u ofensivos, la libertad de expresión se protege especialmente cuando se refiere a asuntos de interés general.

IV. ¿HACIA OTRA DIRECCIÓN?

Las posturas acerca de la forma de interpretar la regulación de este precepto, así como la manera de considerar posibles la existencia de un castigo o sanción penal de conductas que pudieran suponer un agravio para libertades y derechos fundamentales como la libertad de opinión y expresión, son muy variadas.

Por un lado, encontraríamos la postura que defiende que estos tipos delictivos persiguen y sancionan “determinados discursos intolerantes o de odio que generan un sentimiento de repulsa o rechazo social mayoritario y que, por ello, dan lugar a una sensación general de inseguridad colectiva que afecta a un bien jurídico instrumental y de titularidad colectiva como es la “paz pública”, lo que convertirá a este valor en el verdadero bien jurídico protegido por estas figuras”⁴⁹. En contraposición, encontraríamos aquella línea de pensamiento que considera que “estos delitos solo serán legítimos y se podrán aplicar en la medida en que se limiten a sancionar la difusión de aquellos discursos que actúen como idóneos instrumentos favorecedores o incitadores de la comisión general de futuros, aunque todavía no definidos ni concretados, actos terroristas por parte de sus posibles receptores, lo que convertiría a estas figuras en delitos que no castigarían los discursos enaltecedores, justificadores o humillantes de los que habla por el mero hecho de que fuesen rechazados o generasen un sentimiento de repulsa o inseguridad en la sociedad en general, sino porque actuarían como peligrosos instrumentos de

48. TEDH. Casos Jersild contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994; Plon contra Francia, de 18 de mayo de 2004; Lehideux e Isorni contra Francia, de 23 de septiembre de 1998.

49. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de repores, twiteros y titiriteros” *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, núm. 1, 2019, p. 99.

incitación indirecta de ataques terroristas a una amplia y variada gama de posibles bienes jurídicos”⁵⁰.

Un ejemplo claro de esta disconformidad de opiniones o posturas jurisprudenciales contrarias podemos encontrar en la Sentencia 98/2018 del Tribunal Supremo en la que absolvió a Cassandra Vera Paz, la tuitera murciana que entre 2013 y 2016 publicó en su cuenta 13 comentarios de burla sobre el asesinato a manos de ETA en 1973 del almirante Luis Carrero Blanco, presidente del Gobierno con el dictador Francisco Franco. El alto tribunal revocó la sentencia de marzo de 2017 de la Audiencia Nacional por la que fue condenada a un año de prisión y siete de inhabilitación absoluta por un delito de enaltecimiento del terrorismo en su modalidad de humillación a las víctimas. La Sala de lo Penal consideró que la repetición que hizo en Twitter de chistes fáciles y de mal gusto sobre un atentado ocurrido hace ya 44 años, sin ningún comentario ultrajante hacia la víctima, “es reprochable social e incluso moralmente en cuanto mofa de una grave tragedia humana”, pero “no resulta proporcionada una sanción penal”.

Entre los 13 tuits que publicó Cassandra en su cuenta de Twitter, figuraban los siguientes: “ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial”, “Kissinger le regaló a Carrero un trozo de la luna, ETA le pagó el viaje a ella”, “Elecciones el día del aniversario del viaje espacial de Carrero Blanco. Interesante”, y “Película: ‘A tres metros sobre el cielo’. Producción: ETA films. Director: Argala. Protagonista: Carrero Blanco. Género: Carrera espacial”.

La sentencia resaltaba que eran mensajes centrados en repetir chistes ya conocidos en los que se juega en clave de humor con la forma singular, mediante la voladura del vehículo de Carrero, en la que se perpetró el atentado. La Sala recordó que desde el atentado, perpetrado en 1973, y ya desde las fechas próximas a su comisión, “se han inventado innumerables chistes, y en casi todos ellos la clave de humor recaía en el hecho de que el vehículo surcara el espacio y acabara cayendo dentro de un edificio”. El Supremo destacó que los tuits de Cassandra no contenían ningún comentario ácido contra la víctima del atentado ni expresaban frases o comentarios hirientes, lacerantes o ultrajantes contra su persona o cualquier aspecto concreto de su vida pública o privada. El tribunal explicaba que era objeto de mofa o sarcasmo el dato “muy trillado y agotado” de que el coche alcanzó una gran altura. El tribunal añadía que

50. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista”, *op. cit.*, p. 99, citando a FUENTES OSORIO, J. L. “Concepto de “odio y sus consecuencias penales”, en MIRÓ LINARES, F., (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017, p. 133 y ss.

“se aprovechaba el humor negro para cuestionar al personaje víctima del atentado, en una reacción muy propia de nuestro entorno social de criticar u hostigar sarcásticamente a cualquier personaje público en cuanto sale al paso cualquier contingencia que permita improvisar un chiste idóneo para ridiculizar o parodiar un defecto o una desgracia personal”.

La sentencia destacaba que es necesario sopesar y examinar con cautela en relación a estos casos cuando debe producirse una respuesta penal. En ese sentido, recordó que, respecto a otros acusados, la Sala II del Supremo ha examinado chistes o comentarios en clave de humor más o menos ácido también sobre Carrero Blanco, pero que en prácticamente todos esos asuntos las referencias a esta persona se entremezclaban con otras conductas de enaltecimiento del terrorismo que presentaban una relevancia muy diferente a la que alberga el ‘chiste fácil’ sobre el atentado al ex presidente del Gobierno. Hasta el punto –recordaba el Supremo– que solían ser esos otros actos los que justificaron en esos supuestos la aplicación del artículo 578 del Código Penal –delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas– que se descartó aplicar a Cassandra.

En esa línea interpretativa del discurso del odio como ofensa a la moral colectiva, la sentencia repasaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a los delitos de enaltecimiento o justificación de actos terroristas, que limitan la sanción penal a los casos en que se produzca una “manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”.

Y para el Supremo, “en el caso enjuiciado (...) no se daba ninguna de las circunstancias referidas en los criterios señalados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, dado que Cassandra “ni daba muestras con su conducta de que estaba pretendiendo incitar a la violencia abusando de un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, ni provocaba al odio hacia grupos determinados, ni tampoco se valía de mofarse del atentado contra un ex presidente del Gobierno ocurrido hace más de cuarenta años con intención de justificarlo o de incitar a nuevos atentados”.

No solo podemos ver una tendencia jurisprudencial que contempla la absolción en estos casos, sino que se han propuestos cambios legislativos en este sentido.

En 2018 la movilización por la inminente entrada en prisión del rapero Pablo Hásel, provocó que parte de un partido político se propusiera la reforma del Código Penal para suavizar o derogar delitos relacionados con la libertad de expresión.

El Gobierno anunció en una nota de dos párrafos que preparaba una reforma del Código Penal para que este tipo de delitos relacionados con la libertad de expresión no impliquen una pena de prisión. Sin embargo, el Ministerio de Justicia no llegó a ofrecer más detalles sobre esta modificación y señalaba que, de momento, estaban estudiando los tipos penales que tienen más problemas y no ponía fecha a su finalización. Casi de forma simultánea, Unidas Podemos terminaba la redacción de su “ley de protección de la libertad de expresión”, una reforma completa que registraba en el Congreso. En ella planteaba directamente derogar varios delitos importantes: el de injurias a la Corona, el delito contra los sentimientos religiosos, el de injurias a las instituciones del Estado e incluso el delito de enaltecimiento del terrorismo.

El departamento que dirigía, por aquel entonces el ministro de Justicia, Juan Carlos Campo admitía que es necesaria la reforma porque “algunos de estos tipos penales adolecen de una cierta indefinición del bien jurídico protegido”. También añadía que “la amplitud de la conducta típica descrita en la norma genera inseguridad” y que “la difícil delimitación entre ejercicio del derecho fundamental y la conducta delictiva, que precisa de una interpretación restrictiva”. “Todas estas cuestiones son exigencias de precisión y restricción de estos delitos, requeridas por parte del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Europeo”, remataba Justicia.

Ya en 2021, según apuntaba Unidas Podemos “por lo que respecta a la cuestión de las acciones tipificables como humillación a las víctimas del terrorismo, la derogación del artículo 578 del Código Penal no supondría ningún tipo de desprotección respecto de este colectivo en lo concerniente a las conductas tendentes a vejear o menoscabar su dignidad. Por un lado, con esta propuesta de ley se reformaría el agravante 4.º del artículo 22 al introducir entre los colectivos protegidos en este punto al de víctimas del terrorismo, y por otro lado ante cualquier conducta vejatoria o humillante a las víctimas existe para su protección el delito de injurias”.

V. CONCLUSIONES

Aunque la reciente Directiva europea ha supuesto un avance indudable, opino en la misma línea que afirma Teruel Lozano, que “es necesario precisar de manera más concluyente algunos extremos que, como se ha dicho, han quedado abiertos y pueden dar lugar a distorsiones en su implementación por los Estados”⁵¹. De igual modo, se torna

51. TERUEL LOZANO, G. M., “Internet, incitación al terrorismo”, *op. cit.*, p. 24.

imprescindible crear un estándar de protección de la libertad de expresión más alto que el que hasta ahora ha definido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Frente al terrorismo, la tendencia de los Estados democráticos es hacer un uso del derecho penal hacia una política expansionista, con la introducción de tipos penales que resultan ambiguos y que colisionan con principios constitucionales.

Esta tendencia lleva al adelantamiento de la barrera de intervención penal y a la desmaterialización del bien jurídico. De esta forma, la legislación y la práctica sobre manifestaciones de apoyo al terrorismo están dominados por las incriminaciones “sin resultado”, reprimiendo un comportamiento independientemente de la realización de una acción terrorista. A medida que el campo de la represión se expande, las incriminaciones pierden su sustancia ya que, reducida a la adopción de un comportamiento, la materialidad del apoyo al terrorismo se limita a este único elemento material, sujeto a una definición evasiva y un contenido vago.

De esta forma, en el caso de España se puede observar la punición de diversas variantes de la apología redactadas en términos vagos e indeterminadas que en la práctica llevan a la arbitrariedad y a la persecución de las opiniones políticas discrepantes, ya que la jurisprudencia ni siquiera exige que la apología incite a cometer delitos de terrorismo, existiendo un amplio abanico de sentencias que muestran arbitrariedad y vulneración de derechos fundamentales. Entre ellos cabe destacar el tipo penal que aquí analizamos, el delito de enaltecimiento del terrorismo. Un delito que establece una prohibición penal tan amplia e indeterminada respecto de los mensajes cuya difusión vienen a prohibir y a castigar que podrá desalentar a los ciudadanos de hacer uso de su libertad de expresión completamente legítimos, ante el temor de poder ser castigados por haberlos efectuado, lo que evidentemente limitaría dicho derecho fundamental de forma desproporcionada y consecuentemente, permite entender que tal figura penal pudiera ser inconstitucional.

El castigar una conducta alejada de un bien jurídico importante, también nos lleva a destacar la actitud de los Estados en cuanto a las reformas penales, reformas que en muchos casos tienen su fundamento más en el efecto simbólico de cara a la sociedad que en la defensa de bienes jurídicos importantes. Esto, es decir, el tener como fundamento la propia autolegitimación de la lucha antiterrorista y que las reformas penales tengan el objetivo de “tranquilizar” a la sociedad en momentos de conmoción, es un fenómeno propio de la concepción del Derecho Penal del enemigo.

Y es que estos delitos entran en contradicción con el carácter fragmentario del Derecho penal y con el principio de ofensividad, principios básicos del derecho penal. El fundamento de un delito debe estar en la protección de un bien jurídico, que además tendrá que ser un bien jurídico muy relevante. Es ésta la función del Derecho penal: la protección de los bienes jurídicos más importantes, puesto que se trata del arma de coerción más poderosa de las que dispone el Estado. Por tanto, sólo se debe sancionar penalmente las conductas que de forma más intolerable pongan en riesgo los bienes jurídicos más importantes. No se trata de castigar todas las conductas que causen algún daño a algún bien jurídico, como se extrae de la actitud de algunos gobiernos. La apología del terrorismo no es un comportamiento inocuo, pero sólo cuando pueda poner en peligro los bienes jurídicos más importantes prevalecerán tales bienes jurídicos por encima de los derechos fundamentales. Actualmente se están castigando conductas que no ponen en riesgo el bien jurídico o que, si lo hacen, es de forma indirecta, conductas que, desde la óptica de un estado democrático, no son necesarias ni proporcionales y deben quedar amparadas en el derecho a la libertad de expresión.

Consideramos, por tanto, que en lo que al delito de enaltecimiento se refiere, no será suficiente con que el mensaje enaltezca o justifique al terrorismo o a los terroristas, o con afecte al honor de una o incluso de todas las víctimas del terrorismo, ni con que provoque el odio, el rechazo o simplemente sea adecuado para generar un clima hostil para un determinado colectivo de posibles víctimas o para apoyar su mantenimiento. Para que este delito pudiera ser constitucional, comparto la idea de Galán Muñoz, de que se requiere que “su tipicidad quede limitada al castigo de aquellos mensajes que realmente pueda impulsar la comisión por parte de sus receptores de algún delito terrorista. Lo que obliga a analizar la idoneidad inductora de cada mensaje enaltecedor, justificador o denigratorio para inducir a cometer tal clase de delitos”⁵².

La interpretación de este delito de forma que castigue penalmente la mera realización de actos comunicativos no expresa y directamente dirigidos a fomentar o a incitar la comisión de delitos terroristas concretos, parece que, según señala Galán Muñoz, “vendría a prohibir y sancionar la simple emisión y el mantenimiento de muchas de las más habituales manifestaciones o expresiones de apoyo o respaldo de los planteamientos sostenidos por los terroristas, lo que convertiría en penalmente relevantes el mero hecho de comunicar o difundir públicamente tales posturas o ideas, algo que podría entrar en contradicción con el respeto y garantía de las libertades fundamentales de expresión y de opinión de los ciudadanos”.

52. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista”, *op. cit.*, p. 108.

Llegados a este punto, nos planteamos, por lo tanto, la forma en la que la prohibición y la sanción penal de la difusión de dichas ideas y opiniones, no suponga un límite desproporcionado e inconstitucional de esas libertades fundamentales que apanan a los ciudadanos como la libertad de expresión y opinión.

Las posturas en este sentido han sido varias, y aun a día de hoy permanece abierto el debate sobre si perseguir y castigar estas conductas es o no contrario a los citados derechos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, "Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 2010.

AGUIAR DE LUQUE, L., "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993.

BERNAL DEL CASTILLO, J. "El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas como formas del 'discurso del odio'", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2016.

BERNAL DEL CASTILLO, "Observaciones en torno a la ley orgánica 7/2000 de modificación del código penal en materia de terrorismo", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2001.

BOZA MORENO, E., "El enaltecimiento del terrorismo y la libertad de expresión", en DEL CARPIO DELGADO (Coord.), *Derecho Penal. La espada y el escudo de los Derechos Humanos*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2018.

BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*, Granada, Comares, 2007.

CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, ed. Reus, 2010, p. 220; "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", *Derecho Penal contemporáneo: Revista internacional*, núm. 26, 2009.

CAMPO MORENO, "El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus miembros", *La Ley*, núm. 5332, 2001.

CARBONELL MATEU, J. C. "Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado", en *Comentarios a la legislación penal, Tomo II: El Derecho penal del Estado democrático*, Ed. Edersa Madrid, 1983.

- CARBONELL MATEU, "Delitos contra el orden público", en VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC/MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ (Coords.), *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- CERRADA MORENO, M., *El Terrorismo: concepto jurídico*, Editorial J. M Bosch Editor, 2018.
- COBO DEL ROSAL /QUINTANAR DÍEZ, "Delitos contra el orden público (V). Delitos de terrorismo", en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, 2005.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal: parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- CUERDA ARNAU, "El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión", *Estudios de derecho judicial*, núm. 128, 2007.
- CUERDA ARNAU, *Terrorismo y libertades públicas*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2008.
- DEL ROSAL BLASCO, "La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995", *Cuadernos de política criminal*, núm. 58, 1996.
- FUENTES OSORIO, J. L. "Concepto de "odio y sus consecuencias penales", en MIRÓ LINARES, F., (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017.
- GALÁN MUÑOZ, A., "El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de reperos, twiteros y titiriteros" *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, núm. 1, 2019.
- GOMIS FONTS/JURADO CEPAS/RIPOLLÉS PELLICER, "Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH", *Clínica Jurídica per la Justícia social*, Universidad de Valencia, 2013.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2006.
- JAKOBS, G., "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", Trad: PEÑARANDA, en JAKOBS, G, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997.

- LÓPEZ ULLA, J. M., "El sentido de la ponderación en las libertades de expresión e información", *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, 1997.
- MAGADALENO ALEGRÍA, "Libertad de expresión, terrorismo y límites de los Derechos Fundamentales", *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- NAVARRO, *Neoliberalismo y Estado del Bienestar*, 2.ª edición, Barcelona, Ariel, 1998.
- QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 4.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004.
- RAMOS VÁZQUEZ, "Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo", *AFDUC*, núm. 12, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, sobre la proliferación de delitos de peligro cuando se trata de un peligro *standard*, es decir normal y asumible socialmente, en *La expansión del Derecho penal*, Civitas, 2001.
- TERUEL LOZANO, "Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial", *Revista de Estudios Jurídicos* núm. 17, 2017.
- TERUEL LOZANO, G. M. "Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2018.
- VIVES ANTÓN, "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 25, 2004.

III ARANZADI

El Convenio Europeo de Derechos Humanos ante el discurso de odio: ¿abuso del derecho o libertad de expresión?

MARTA RODRÍGUEZ RAMOS

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN. 1. *El desarrollo de los derechos humanos a nivel mundial.* 2. *El desarrollo de los derechos humanos a nivel regional europeo.* III. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE DISCURSO DE ODIOS: ALCANCE Y TRATAMIENTO JURÍDICO. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA. VI. JURISPRUDENCIA. 1. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

RESUMEN: El fin de la Segunda Guerra Mundial supuso un antes y un después en lo que respecta a la protección de los derechos humanos. Terminado el conflicto se iniciaría, de la mano de importantes organismos internacionales, un profundo proceso de universalización de aquellos que colocaría en primer plano la dignidad humana y que en Derecho penal daría lugar a una firme tendencia a prohibir toda discriminación. En este contexto cobraría especial relevancia el llamado “discurso de odio”, cuyo necesario tratamiento fue reconocido desde pronto a distintos niveles y en el que colaboraría la propia institución encargada de velar por la protección de los derechos humanos en Europa: el TEDH. El análisis crítico de su recorrido jurisprudencial en este sentido es, precisamente, el objeto del presente capítulo.

PALABRAS CLAVE: Discriminación, odio, intolerancia, discurso, tribunal.

I. INTRODUCCIÓN

Es de sobra conocido que el final de la Segunda Guerra Mundial supuso un punto de inflexión en lo que a la protección de los derechos humanos se refiere. De hecho, puede decirse que fue entonces cuando dio comienzo, al amparo de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU), la “internacionalización de los derechos humanos”¹, cuyo objetivo era salvaguardar el valor del individuo y de su dignidad natural² más allá de toda frontera. Como manifestación de esta pretensión general, en el ámbito penal se impuso la idea de que la manera idónea de proteger a todas las personas era, por un lado, garantizar los derechos humanos que les corresponden *per se* a todo individuo y, por otro, prohibir cualquier tipo de discriminación³. Esto condujo a la progresiva aparición de distintos Tratados internacionales que venían a desarrollar esta idea y que se acabarían convirtiendo en la base legal sobre la que más adelante se apoyarían –y se apoyan a día de hoy– los Estados a la hora de introducir en sus Ordenamientos jurídicos figuras delictivas contra la discriminación en sus diversas formas, así como las que agravan las penas de otros tipos previamente existentes.

Entre ellas se encuentran los popularísimos delitos de odio, figuras que fueron creadas como herramienta para evitar la creación, perpetuación o profundización de situaciones de desigualdad que afectan a grupos socialmente marginados⁴. Esta suerte de categoría delictiva, aún difícil de aprehender a pesar de haber sido ampliamente reconocida a distintos niveles, se ha visto muy relacionada con un fenómeno con el que guarda

1. Como bien explica URIOS MOLINER, S. Garantías de los Derechos Humanos (I). La protección internacional de los derechos humanos. En: DURÁN LALAGUNA, P. (coord.). *Manual de Derechos Humanos*. Granada: Comares, 1993, pp. 87 y ss. En términos similares, LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código penal*. Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 1999, pp. 62-63.
2. Coincidiendo con las aportaciones de LANDA GOROSTIZA (*vid. Ibidem*, p. 50).
3. *Vid. Ibidem*, pp. 61-62.
4. De esta manera, LAURENZO COPELLO, P. Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados. En: DE LA CUESTA AGUADO, P. M. (coord.), RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (coord.), ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.), HAVA GARCÍA (coord.), RODRÍGUEZ MESA, M. J. (coord.), GONZÁLEZ AGUDELO, G. (coord.), MEINI MÉNDEZ, I. (coord.), RÍOS CORBACHO, J. M. (coord.), TERRADILLOS BASOCO, J. M. (hom.). *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan M.ª Terradillos Basoco*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1.295.

ciertas similitudes pero que, en una grandísima parte, juega en una esfera diferente: nos referimos al llamado “discurso de odio”, el cual, a diferencia del delito de odio, no siempre tiene asociada una respuesta punitiva^{5/6}. Que la tenga dependerá de diversos factores, aunque lo cierto es que esta es una cuestión sobre la que aún no existe verdadero consenso.

Dicho esto, antes de entrar en materia debe quedar claro que si algo tienen en común uno y otro fenómeno es su objetivo: mantener el silenciamiento o la subordinación de ciertos colectivos –su vulnerabilización, al fin y al cabo– a manos de quienes los consideran “diferentes” frente al canon social aceptado⁷. Fuera de esto, se trata de universos distintos que, ciertamente, pueden coincidir en el ámbito penal, pero esto solo ocurre en una pequeña porción de casos. Como explica LAURENZO COPELLO, si bien la finalidad de acabar con las conductas que impliquen un trato humillante, violento o de desprecio hacia ciertos individuos o grupos por el hecho de que estos presentan ciertos rasgos identitarios merece ser valorada positivamente, ello no implica que el recurso al Derecho penal como medio para hacer frente a las mismas sea legítimo. En palabras de la autora, “Solo si dicho objetivo se encauza dentro de los límites del ius puniendi podrá admitirse la legitimidad de la intervención penal, y desde luego no son pocos los filtros que en este sentido deben superarse”⁸.

5. Directamente relacionadas con esta idea se encuentran las aportaciones realizadas por el Plan de Acción de Rabat [sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, a la hostilidad o la violencia (A/HRC/2217/Add. 4)], que diferencia tres categorías de expresión: aquella que es delictiva; aquella que no lo es, pero que puede dar lugar a sanciones administrativas; y aquella que no tiene consecuencias penales, civiles ni administrativas, pero que genera inquietud en términos de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los otros.
6. El discurso de odio, no como categoría jurídica sino como fenómeno social, entiendo que coincide con la definición que le da DE VICENTE MARTÍNEZ, según la cual constituye
 “cualquier discurso difundido de manera oral, escrita, en soporte visual, papel o audio, en los medios de comunicación, o internet, u otros medios de difusión social, incluidos cartelera, pancartas u otros medios de distribución social que concreten y alienen conductas que niegan dignidad e iguales derechos a personas de colectivos minoritarios o mayoritarios, a grupos vulnerables y gentes en riesgo por ser distintos, pudiendo adoptar diversas formas de intolerancia como racismo, xenofobia, antisemitismo, islamofobia, cristianofobia, LGTBIfobia, antigitanismo y gitanofobia, misoginia y sexismo, aporofobia, etnonacionalismo y cualquier otra construcción que implique rechazo, desprecio e irrespeto al prójimo y a sus inalienables derechos humanos”.
 (DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio. Análisis del art. 510 del Código penal*. Tirant lo Blanch, 2018, p. 43).
7. LAURENZO COPELLO, P. Sentimientos religiosos..., *op. cit.*, 1.293.
8. LAURENZO COPELLO, P. La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*. N.º 19, 1996, p. 231.

De lo anterior se extrae una idea preliminar clara: “no pueden confundirse ni equipararse los conceptos de discurso de odio (...) y delito de odio”⁹. En realidad, solo existe una situación en la que ambos fenómenos convergen: cuando el “discurso de odio”, por cumplir los criterios que con el tiempo han ido perfilando la doctrina y la jurisprudencia, pasa a ser un “delito del discurso de odio” y, en consecuencia, encaja en la definición de “delito de odio”. Pero, ¿cuáles son estos criterios?

Desde luego, el estudio de todas las aportaciones que se han ido haciendo a nivel institucional, doctrinal o jurisprudencial en este sentido excede con creces de lo que podemos abordar en el presente capítulo. Por esta razón, dejaremos a un lado la labor de la doctrina y de las instituciones y nos centraremos exclusivamente en el recorrido que ha seguido en esta materia el órgano que fue creado en Europa como resultado de aquella “internacionalización de los derechos humanos”, precisamente para protegerlos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Ahora bien, antes de pasar al análisis de su evolución jurisprudencial en este ámbito creemos que es preciso presentar, aunque sea a grandes rasgos, cómo tuvo lugar aquel proceso, ya que sin ello no puede entenderse la estrecha relación que guarda la propia existencia de este Tribunal con la lucha contra el discurso de odio, ya sea desde el Derecho penal o no. Dedicaremos a esta cuestión el siguiente epígrafe.

ASEDIADO

II. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

1. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS A NIVEL MUNDIAL

Como primer exponente del proceso de “internacionalización de los derechos humanos” encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (a partir de ahora, DUDH), un texto no vinculante pero esencial que fue aprobado el 10 de diciembre de 1948. La relevancia de este Tratado a los efectos que nos ocupan reside en ser el primer texto internacional que introdujo de manera expresa la referencia a la discriminación¹⁰.

9. Como expresamente indica 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*, tomo 70, Fasc./Mes 1, 2017, p. 154.

10. En este sentido, LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal...*, op. cit., p. 64.

Lo hizo en su artículo (en adelante, art.) 7, en los términos que siguen: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Poco tiempo después de la publicación de la Declaración Universal entró en vigor el que puede considerarse como el segundo de los avances más importantes en el reconocimiento de los derechos humanos a nivel mundial: la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio¹¹. Este documento, como la DUDH, suponía una reacción generalizada a las terribles actuaciones llevadas a cabo por el régimen nacionalsocialista, lo que se refleja particularmente en su art. III, que prevé expresamente el castigo de la “instigación directa y pública a cometer delito de genocidio”. Asimismo, deben destacarse sus arts. IV¹² y V¹³, que obligan a los Estados parte a tomar las medidas que resulten pertinentes, incluida la promulgación de leyes, para prevenir y castigar este tipo delictivo.

Casi dos décadas más tarde, concretamente a mediados de la década de los 60, la DUDH y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio se verían acompañadas por otros Tratados de gran relevancia –y, además, de carácter vinculante– que venían a reforzar los principios sobre los que se asentaban aquellos textos. Entre ellos merecen destacarse, sobre todo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (a partir de ahora, ICERD), uno de los cuerpos legales antidiscriminatorios más influyentes hasta el día de hoy; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo que sigue, PIDCP), que, unido al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴ (a partir de ahora, PIDESC), conforma

11. El texto completo de la Convención puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx>.

12. Art. IV: “Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”.

13. Art. V: “Las partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”.

14. Según indica el Comité Español de la Agencia de la ONU para los Refugiados (en adelante, ACNUR), el PIDCP y el PIDESC fueron aprobados en la misma fecha y nacieron como refuerzo de la DUDH (ACNUR Comité Español. ¿Qué es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos? [en línea]. *Blog Eacnur*. Abril de 2017

la denominada “Carta Internacional de Derechos Humanos”¹⁵. En lo que aquí interesa, de entre todas las disposiciones que conforman la ICERD la más significativa se recoge en su art. 4, que establece, entre otras medidas, el castigo de toda propaganda basada en la superioridad racial o que procure fomentar o justificar el odio y la discriminación racial¹⁶. Por su parte, del PIDCP destacan su art. 20.2, que prohíbe expresamente “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”; y su art. 2.1, que establece que los Estados firmantes se comprometen a salvaguardar los derechos incluidos en el texto siempre que se encuentren bajo su jurisdicción, sin que quepa establecer en este sentido “distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Pues bien, de todos los Tratados hasta ahora mencionados merece señalarse que, durante sus respectivas elaboraciones, el asunto que suscitó mayor controversia fue el relativo a la regulación del derecho a la libertad de expresión, sobre todo en lo relativo al debate en torno a la conexión entre el ejercicio de este derecho fundamental y la violencia¹⁷. Ello se debía a las posturas marcadamente diferenciadas que tenían sus

[fecha de consulta: 19 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://eacnur.org/blog/pacto-internacional-derechos-civiles-politicos/>.

15. Así se establece en la sección 5 de la página web de la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [fecha de consulta: 19 de agosto de 2022]. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/recursos/seccion-5-antecedentes-del-pidesc>.
16. Art. 4:
 “Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el art. 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:
 - a) “Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
 - b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
 - c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella”.
17. Así lo indica COLEMAN, P. *La censura maquillada*. Madrid: Dykinson, 2018, p. 89.

redactores¹⁸; mientras que en varios textos puede apreciarse claramente la singular relevancia que se otorga a este derecho, otros que fueron aprobados en la misma época establecen limitaciones al mismo debido a la intención de ciertos gobiernos –especialmente los más cercanos a la experiencia nazi– de prevenir las manifestaciones de odio e intolerancia. Este hecho se evidenciaría, sobre todo, a partir de la década de los 70, momento en el que comenzaron a incorporarse las disposiciones de la ONU a los Ordenamientos internos de los Estados¹⁹.

Frente a países como EE. UU., cuya tradición liberal determinaba la supremacía del derecho a la libre expresión²⁰, en Europa fue cada vez más frecuente la aparición de normas que castigaban ciertos discursos extremos, conocidos con el paso del tiempo como “discursos de odio”²¹. La creciente legislación antidiscriminatoria de ambos territorios acabaría configurando las dos vertientes fundamentales que han surgido a la hora de enfrentar penalmente este tipo de conductas, de forma que en la pugna que el discurso del odio plantea entre la libertad de expresión y la dignidad humana

“(…) el sistema americano situará la prioridad en la libertad de expresión, aunque pueda resultar vejatorio o denigratorio de la dignidad o el honor de determinadas personas o colectivos, mientras que en Europa el honor o la dignidad de tales personas o colectivos puede configurarse legítimamente como valor equiparable o superior, que actúe como límite a la libertad de expresión”²².

Dicho esto, para completar este epígrafe es preciso hacer, al menos, una breve presentación de dos últimos textos proclamados en el seno de la ONU que han contribuido a desarrollar el derecho a la no discriminación a nivel internacional: por un lado, la Declaración sobre la eliminación de

18. En el caso del PIDPC, la diferencia fundamental se encontraba en el hecho de que solo los países con sistemas capitalistas reivindicaban los derechos civiles y políticos. Así, ACNUR Comité español. *¿Qué es el Pacto...?*, op. cit., p. única.

19. De esta manera, COLEMAN, P. *La censura maquillada...*, op. cit., pp. 13 y 51.

20. Muestra de ello es el hecho de que, a la hora de firmar la ICERD, EE. UU. se negó a aceptar la obligación de limitar el libre discurso. Lo mismo hizo un año más tarde con el PIDCP, al establecer una reserva mediante la cual se establecía que el texto no imponía al país norteamericano la restricción del derecho a la libertad de expresión y asociación consagrada por su Ordenamiento jurídico (vid. *Ibidem*, p. 14).

21. Con el uso de esta expresión queremos hacer referencia a la propaganda de ideas contraria a grupos (o sus miembros) caracterizados por ciertos factores –como su raza, color, origen étnico, orientación sexual, enfermedad, etc.–, y que justifican o apoyan la discriminación contra los mismos.

22. En palabras de ALCÁCER GUIRAO, R. Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2015, año n.º 35, p. 51.

todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, aprobada el 25 de noviembre de 1981; y, por otro, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CETFDCM), adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. De la primera destaca su art. 2.1, que dispone que “Nadie será objeto de discriminación por motivo de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares”²³. Por su parte, la relevancia de la Convención reside en que, con su entrada en vigor, los Estados firmantes se han comprometido a adoptar las medidas que resulten necesarias para acabar con cualquier tipo de discriminación contra las mujeres, así como a informar a la ONU sobre las decisiones que vayan adoptando en este sentido²⁴.

Pues bien, con esto damos por cerrado este epígrafe. A continuación nos disponemos a exponer los textos más destacables en materia de derechos humanos dentro del ámbito regional europeo, lo que nos permitirá entrar de lleno en el centro de nuestra investigación.

2. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS A NIVEL REGIONAL EUROPEO

En nuestro continente, los esfuerzos más destacables en lo que se refiere al desarrollo de los derechos humanos y, más concretamente, del derecho a la no discriminación han venido de la mano del Consejo de Europa y de la UE. Durante la segunda mitad del siglo XX, sobre todo, ambos han sido responsables de importantes avances en la materia, especialmente desde el punto de vista de la orientación política²⁵.

En lo que hace a la labor del Consejo de Europa, varias han sido sus aportaciones de peso en este sentido. Una de las primeras tuvo lugar

23. Entendiéndose por “intolerancia y discriminación basadas en la religión o en las convicciones” (según su art. 2.2) cualquier

“ (...) distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

24. Así lo explica ARTEAGA ANSA, quien indica, además, que esta Convención constituye “el primer instrumento jurídico internacional con vocación universal que proclama claramente que las acciones positivas no constituyen una discriminación al no derogar el principio de igualdad entre los sexos, siempre que sean transitorias y tendientes a corregir una desigualdad efectiva en todos los ámbitos: civil, político, social, económico y cultural” [ARTEAGA ANSA, T. Presentación. En: RINCÓN, A. (coord.) *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y recomendaciones*. Vitoria-Gasteiz: Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 9].

25. Tal y como indica LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal...*, op. cit., p. 79.

al elaborarse el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos o Convenio de Roma; en adelante, CEDH)²⁶, al que nos referiremos más adelante. Por ahora baste con señalar que, a pesar de tratarse de un texto clave a nivel regional, cuenta con numerosas limitaciones de aplicabilidad, sobre todo debido a la ambigüedad de su cláusula antidiscriminatoria (recogida en el art. 14)²⁷ y a la falta de una prohibición específica de los comportamientos discriminatorios²⁸. Pues bien, ya en el año 1966 el Consejo daría un paso importante al aprobar una de sus resoluciones más destacables en el seno de su lucha contra la discriminación: la Recomendación 453. Este documento insta a tomar medidas (incluida la promulgación de leyes) contra la incitación a la violencia racial, nacional y étnica, así como contra la violencia religiosa²⁹; ahora bien, con independencia del contenido de sus disposiciones, lo cierto es que la verdadera importancia de esta resolución radica en el apoyo que su elaboración supuso para la ICERD³⁰ –y, con ello, para la Convención de la ONU–, así como en la influencia que ha ejercido posteriormente en la regulación penal antidiscriminatoria de numerosos países de nuestro entorno cultural³¹.

Dentro de la labor llevada a cabo por el Consejo de Europa merece destacarse, igualmente, el Protocolo Adicional al Convenio sobre la

26. El texto completo del Convenio puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

27. Art. 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

28. De esta forma, LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal...*, op. cit., pp. 70-71.

29. Buena muestra del compromiso de lucha del Consejo frente a este tipo de manifestaciones es, en particular, el art. 1, letra a) de la Recomendación, que propone un modelo de ley que tipifica el exigir o incitar “públicamente al odio, la intolerancia, la discriminación o la violencia contra personas o grupos de personas que se distinguen por el color, la raza, el origen étnico o nacional, o la religión”. El apartado b) de este mismo precepto definía la incitación que consideraba típica como la conducta que realiza quien “insulta a personas o grupos de personas, las desprecia o calumnia en razón a las particularidades distintivas mencionadas en el párrafo (a)”.

30. De hecho, el Comité de Ministros del Consejo de Europa elaboró una segunda Recomendación, titulada “Medidas contra la incitación al odio racial, nacional y religioso” [Recomendación (68) 30] en la que instaba a todos los gobiernos miembros del Consejo a firmar y ratificar la ICERD (coincidiendo con LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal...*, op. cit., p. 73).

31. *Vid. Ibidem*, pp. 72-74.

Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos, de 28 de enero de 2003³². Este texto, que vino a completar el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, exige a los Estados miembros la adopción de las medidas (legislativas o de otra índole) que resulten necesarias para castigar penalmente la difusión de material racista y xenófobo a través de medios informáticos³³. Asimismo, ordena tipificar el uso de estos sistemas para amenazar³⁴ o insultar³⁵ a otros por motivos racistas o xenófobos, así como para negar, minimizar manifiestamente, aprobar o justificar el genocidio o los delitos de lesa humanidad³⁶.

Al margen de estas aportaciones, que sin duda han ayudado a que la discriminación sea reconocida como un problema de primer orden no solo a nivel regional sino también nacional europeo, si nos centramos en el fenómeno del discurso de odio en particular hay una resolución del Consejo de Europa que no puede ser pasada por alto: la Recomendación (1997) 20 del Comité de Ministros sobre el “Discurso del Odio”. Y ello porque es precisamente en este texto en el que el Consejo otorga su primera definición de este fenómeno, entendiéndolo como

“Todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de negacionismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”³⁷.

32. El texto completo del Instrumento de Ratificación del Protocolo puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-793.

33. *Vid.* Art. 3 del Protocolo.

34. Según el art. 4 del Protocolo, “Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno, cuando se cometa intencionadamente y sin derecho, la siguiente conducta: Amenazar, por medio de un sistema informático, con la comisión de un delito grave, tal como se define en su derecho interno, i) a personas por razón de su pertenencia a un grupo caracterizado por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores; o ii) a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características”.

35. *Vid.* Art. 5 del Protocolo.

36. *Vid.* Art. 6 del Protocolo.

37. Traducción libre. El contenido completo de la Recomendación puede consultarse en el siguiente enlace: <https://rm.coe.int/1680505d5b>.

Pues bien, esta definición de discurso de odio es la que maneja el propio TEDH, que se ha visto obligado a intentar colmar las lagunas que presenta el CEDH en lo que se refiere al derecho a la no discriminación en general. Aunque, con el paso del tiempo, otras resoluciones [como la Recomendación n.º 7 de política general de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (en adelante, ECRI)³⁸, relativa a las legislaciones nacionales para combatir el racismo y la discriminación racial, de 13 de diciembre de 2002³⁹; o la Recomendación de Política General n.º 15, también de la ECRI, relativa a la lucha contra el discurso de odio, de 8 de diciembre de 2015⁴⁰] han contribuido a adaptar el concepto de discurso de odio a la realidad social europea, el TEDH ha mantenido su preferencia por la definición de 1997, entendiendo que todo comportamiento que encaje en la misma queda excluido del ámbito de protección de la libertad de expresión. El estudio de su jurisprudencia en este sentido constituye el centro del presente capítulo, y a ello dedicaremos el próximo epígrafe. Pero antes debemos terminar de dibujar el plano regional europeo con una importante aportación que ha hecho, ya no el Consejo de Europa, sino la UE en este ámbito.

-
38. La ECRI es el organismo independiente de vigilancia de los derechos humanos del Consejo de Europa. Para más información sobre el mismo puede consultarse su página web: <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/>.
39. En este texto, la Comisión establece la necesidad de tipificar lo que identifica como “discurso de odio”, esto es, la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación, las injurias o la difamación pública y las amenazas, siempre que estas se encuentren dirigidas a personas por razón de su raza, color de piel, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico. Igualmente recomienda contener la expresión pública, con fines racistas, de ideologías supremacistas basadas en estos factores discriminatorios, así como la minimización descarada, la justificación o la apología públicas, también con fines racistas, de los delitos de genocidio o de lesa humanidad. Esta misma postura mantendría el Consejo de Europa años más tarde en la Recomendación de su Asamblea Parlamentaria n.º 1085, de 29 de junio de 2007, sobre Blasfemia, insultos religiosos y discurso del odio por razones de religión; en este caso, la Asamblea se basa en la Recomendación de 1997 y dispone que el Ordenamiento interno de los Estados debe castigar “las manifestaciones que abogan por que una persona o un grupo sean objeto del odio, la discriminación o la violencia sobre la base de sus creencias religiosas”. *Vid.*, también, en este sentido, ALCÁCER GUIRAO, R. *Víctimas y disidentes...*, *op. cit.*, p. 52.
40. Según la Recomendación,
 “El discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de ‘raza’, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condiciones personales”.

Por encima de todas las medidas que la comunidad ha ido tomando para luchar contra la discriminación, debe destacarse en especial el acuerdo político del Consejo de Justicia y Asuntos de interior de 19 de marzo de 1996, que determinó la elaboración de una Acción Común contra el racismo y la xenofobia –creada finalmente el 15 de julio de 1996–⁴¹ con el fin de enfrentar el crecimiento de los delitos motivados por estos factores en nuestro continente. Al margen de las medidas de cooperación judicial que pretende salvaguardar, del contenido del texto merece resaltar su insistencia en la tipificación de este tipo de conductas discriminatorias, siempre con la condición de que su sanción penal resulte pertinente de cara a una efectiva cooperación judicial^{42/43}.

Pues bien, con esto damos por terminado nuestro acercamiento al progresivo desarrollo normativo del derecho a la no discriminación en el marco de la “internacionalización de los derechos humanos” iniciada tras la Segunda Guerra Mundial. A partir de ahora centraremos nuestra atención en la jurisprudencia del TEDH en relación con el discurso de odio, no solo por su importancia como fenómeno social sino también por las contradicciones a las que su necesario tratamiento jurídico ha llevado. Pasamos, seguidamente, a enfrentar esta tarea.

41. Nos referimos aquí a la Acción Común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K. 3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia. Cabe destacar que este documento, al igual que ocurría con la Recomendación 453 del Consejo de Europa, se presenta como complementario a la Convención de 1965 (DO L 185 de 24 de julio de 1996, p. 6, Título I, apartado C). *Vid.* LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención...*, *op. cit.*, pp. 73 y 79.
42. Tal y como explica LANDA GOROSTIZA, aparte de esto, la Acción Común permite acudir al principio de la doble incriminación para evitar las consecuencias derivadas de una posible falta de tipificación de estos comportamientos por parte de algún Estado miembro (*vid. Ibidem*, p. 78).
43. La Acción Común propone un modelo legislativo que hace referencia, en particular, a los siguientes comportamientos:
 - a) “la incitación pública a la discriminación, a la violencia o al odio racial respecto de un grupo de personas o de un miembro de dicho grupo definido mediante una referencia al color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico;
 - b) la apología pública con finalidad racista o xenófoba de crímenes contra la humanidad y de las violaciones de los derechos humanos;
 - c) la negación pública de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres de 8 de abril de 1945 en la medida en que ello incluya un comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas definido mediante una referencia al color, la raza, la religión o el origen nacional o étnico;
 - d) la difusión y distribución públicas de escritos, imágenes u otros soportes que contengan manifestaciones racistas o xenófobas;
 - e) la participación en actividades de grupos, organizaciones o asociaciones que impliquen la discriminación, la violencia y el odio racial, étnico o religioso”.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE DISCURSO DE ODIOS: ALCANCE Y TRATAMIENTO JURÍDICO

En nuestro continente, especialmente en los países en los que se aplica el CEDH, puede decirse que el discurso de odio es un referente terminológico indudable⁴⁴ –aunque no del todo consolidado– que otorga a los Estados cierto margen de legitimidad para tipificar las manifestaciones más graves de este fenómeno. Como es sabido, el rechazo frontal a este tipo de comportamientos encuentra su razón de ser en la desconfianza latente en nuestro entorno cultural en que el sistema democrático sea capaz de sostenerse ante las distintas manifestaciones de intolerancia que son abiertamente contrarias a la igual dignidad y derechos de todos. Por esta razón, el Convenio establece un modelo de protección que acepta ciertas restricciones a los derechos fundamentales, concretamente al derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH)⁴⁵.

En este contexto, el órgano judicial que vela porque los Estados miembros respeten los derechos y las libertades que consagra el CEDH, el TEDH, lleva más de dos décadas desarrollando su propia línea jurisprudencial en esta materia. Según la misma, la libertad de expresión debe restringirse en aquellos casos en los que esta se ejerza de manera abusiva, de acuerdo con lo previsto en el art. 17 CEDH^{46/47}. El problema es

44. El propio TEDH viene haciendo referencia al mismo de manera profusa desde el año 1999 (así lo explica QUESADA ALCALÁ, C. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*. N.º 30, 2015, p. 2).

45. El art. 10 CEDH, tras reconocer que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión –la cual, enuncia, “comprende la libertad de opinión”, por un lado, “y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas”, por otro–, dispone en su apartado 2 lo siguiente:

“El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

46. Art. 17: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

47. Así, también, GÓMEZ MARTÍN, V. Daño, ofensa y discurso del odio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. N.º Extra 1, 2021 (Ejemplar dedicado a: Protocolo I. Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y Tendencias), p. 236.

que delimitar los criterios que identifican las manifestaciones excluidas de la protección que brinda este derecho y, más concretamente, las que forman parte del “discurso de odio”, no es tarea fácil. Ello se debe, en parte, a la dinámica y función que sigue el TEDH en su análisis caso a caso⁴⁸, pero también es indudable que la extensión de los universos de expresión y propaganda objeto de regulación tiene un peso importante en este sentido⁴⁹. Si a esto añadimos que en Europa conviven distintas sensibilidades en torno al conflicto entre la libertad de expresión y otros valores como pueden ser la dignidad humana, el principio de igualdad o la propia defensa de la democracia⁵⁰, es evidente que nos movemos en un terreno, cuanto menos, pantanoso.

En este contexto, una primera idea que parece consolidada es que el discurso de odio constituye un concepto autónomo, no vinculado por la interpretación que de él hagan los tribunales internos⁵¹, que abarca “expresiones en todo caso nocivas por su carácter intolerante y por el desprecio que transmiten”, y que “pueden lesionar bienes dignos de protección, reconocidos por el propio Convenio, como son la protección de la reputación y de los derechos de las personas, la seguridad pública o la prevención de desórdenes y delitos (art. 10.2 CEDH)”⁵². Fuera de esto, lo único que puede sacarse en claro de la jurisprudencia de la Corte es que esta no maneja una “concepción clara y uniforme” del mismo, sino que considera incluíbles en su seno realidades diferentes⁵³. En algunas ocasiones ha identificado el discurso de odio con aquellas manifestaciones capaces de generar violencia física e inmediata contra un determinado grupo (SSTEDH 25067/94, de 8 de julio de 1999⁵⁴; 35071/97, de 4 de diciembre de

48. Como bien explica OETHEIMER, M. Protecting freedom of expression: the challenge of hate speech in the European Court of Human Rights case law. *Cardozo Journal of International & Comparative Law*. 2009, vol. 17, n.º 3, p. 429. Del mismo modo, LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio...*, op. cit., p. 28.

49. Coincidiendo con los planteamientos de LANDA GOROSTIZA (vid. *Ibidem*, p. 28).

50. Tal y como señala TERUEL LOZANO, G. El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo. *Revista de Derecho Constitucional europeo*. Enero-junio de 2017, año 14, n.º 27, p. 89.

51. Vid., por ejemplo, la STEDH (Gran Sala), de 8 de julio de 1999, caso Sürek c. Turquía.

52. En palabras de TERUEL LOZANO, G. El discurso del odio como límite..., op. cit., p. 90.

53. Como acertadamente indica DÍEZ BUESO, L. Discurso del odio en las redes sociales: la libertad de expresión en la encrucijada. *Revista Catalana de Dret Públic*. N.º 61, 2020 (Ejemplar dedicado a: La libertad d’expressió a l’era digital), p. 52. En la misma línea, GÓMEZ MARTÍN, V. Daño, ofensa..., op. cit., p. 243.

54. STEDH (Gran Sala) 25067/94, de 8 de julio de 1999, caso Erdogdu e Ince c. Turquía. En esta resolución, la Corte identifica el discurso de odio como aquel que incita a la violencia (párrafo 54).

2003⁵⁵; 15948/03⁵⁶, de 10 de julio de 2008; 36109/03, de 2 de octubre de 2008⁵⁷; 2034/07, de 15 de marzo de 2011⁵⁸; 42168/06, de 3 de octubre de 2017⁵⁹; 51168/15, de 13 de marzo de 2018⁶⁰), pero en otras no ha considerado necesario que estas puedan tener consecuencias a corto plazo

55. STEDH (Sección 2.^a) de 4 de diciembre de 2003, caso Müslüm Gündüz c. Turquía. En su apartado 51, el Tribunal admite que las expresiones que pretenden difundir, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa) no gozan de la protección del art. 10 CEDH; sin embargo, considera que el mero hecho de defender la sharía (la ley islámica) sin llamar a la violencia para instaurarla, no puede ser considerado como “discurso de odio”.
56. STEDH (Sección 5.^a) 15948/03, de 10 de julio de 2008, asunto Soulas y otros c. Francia. Esta resolución analizaba la publicación de un libro que defendía “la incompatibilidad de la civilización europea con la civilización islámica en una área geográfica concreta”. De la argumentación del Tribunal se desprende que la referencia expresa en la obra a una guerra civil étnica es el elemento esencial que justifica la restricción de la libertad de expresión del recurrente; dicho de otro modo, la clave de la condena es que existía la posibilidad de que su discurso diera lugar a una violencia física e inmediata.
57. STEDH (Sección 5.^a) 36109/03, de 2 de octubre de 2008, caso Leroy c. Francia. En este asunto era objeto de enjuiciamiento una caricatura publicada justo después de ocurrir el atentado del 11-S y que, en opinión de la Corte, “alababa inequívocamente el acto de la muerte”. Además, considera que “el dibujante justificaba el uso del terrorismo, se identificaba con él y con su método de destrucción” y, en definitiva, “animaba de manera indirecta al lector potencial a valorar positivamente la comisión de un acto delictivo” (párrafo 14). En base a ello, condena al recurrente por vulneración del derecho a la libertad de expresión.
58. STEDH (Sección 3.^a) de 15 de marzo de 2011, caso Otegi Mondragón c. España. En esta resolución, el Tribunal reconoce que las declaraciones por las que se había condenado al recurrente imprimieron una connotación hostil a la institución monárquica; sin embargo, estima que se vulneró su derecho a la libertad de expresión porque estas no suponían una exhortación al uso de la violencia y, por tanto, no constituían un discurso de odio (párrafo 54).
59. STEDH (Sección 3.^a) 42168/06, de 3 de octubre de 2017, caso Dmitriyevskiy c. Rusia. El recurrente en este caso era el director ejecutivo de la *Russian-Chechen Friendship Society*, una ONG que supervisaba las violaciones de derechos en la República de Chechenia, y también el editor jefe de la revista *Protection of Rights*. Esta revista publicó varios artículos en los que el demandante criticaba al Estado ruso por haber cometido distintos delitos –algunos de lesa humanidad– durante el conflicto con Chechenia, lo que llevó a ser condenado por un delito de incitación al odio. El TEDH consideró, finalmente, que la restricción del derecho a la libertad de expresión del recurrente no era lícita, dado que las ideas expresadas en las publicaciones no podían leerse “como una incitación a la violencia”, ni tampoco “ser interpretadas como una instigación al odio o a la intolerancia capaz de resultar en violencia” (párrafo 109).
60. STEDH (Sección 3.^a) de 13 de marzo de 2018, caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España. En este asunto se analizaba si era legítima la condena a los recurrentes por haber quemado una fotografía de los Reyes de España en una manifestación celebrada en Girona en septiembre de 2007. La sentencia entiende que no, y condena al Estado español por vulneración de la libertad de expresión argumentando que esta actuación no podía constituir una manifestación del discurso de odio por no haber implicado una incitación a la violencia (párrafo 40).

(SSTEDH 15615/07, de 16 de julio de 2009⁶¹; 38450/12, de 25 de octubre de 2018⁶²). En este último grupo de supuestos, la Corte ha expandido en gran medida el abanico de posibilidades dejando a un lado la alusión a la violencia y sustituyéndola por otros referentes –como pueden ser la discriminación, la humillación, el odio, etc.– que le han servido como base para legitimar la intervención penal estatal (STEDH 1813/07, de 9 de febrero de 2012)⁶³. Pues bien, de aquí puede extraerse una primera idea en torno a su alcance: el discurso de odio puede ser articulado mediante la incitación directa o indirecta a la violencia, pero desde luego no se restringe a esa posibilidad⁶⁴.

61. STEDH (Sección 2.^a) de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica. En este asunto el Tribunal de Estrasburgo estimó que no vulneraba la libertad de expresión la condena por un delito de incitación a la discriminación y al odio impuesta al presidente del partido político de extrema derecha Frente Nacional (*Front National*) por haber divulgado diversos panfletos que promulgaban la expulsión de los inmigrantes irregulares de Bélgica. La resolución consideró que la ausencia en las declaraciones de amenazas o expresiones que incitaran a la violencia resultaba irrelevante (párrafo 73), y que lo importante era la naturaleza de los destinatarios del mensaje: colectivos susceptibles de encontrarse en una situación de vulnerabilidad (párrafo 71).
62. STEDH 38450/12 (Sección 5.^a) de 25 de octubre de 2018, caso E.S. c. Austria. Esta resolución es la más reciente en esta línea, y en ella se analizaban las expresiones vertidas en unos seminarios titulados *Información básica sobre el islam*, organizados por el *Right-Wing Freedom Party Education Institute*. Entre otras manifestaciones, se había sostenido que Mahoma, “Como era un señor de la guerra, tenía muchas mujeres, (...) y le gustaba hacerlo con niños (...). Tenemos enormes problemas con esto actualmente, ya que los musulmanes entran en conflicto con la democracia y con nuestro sistema de valores”. Frente semejantes declaraciones, la Corte se adhiere a la decisión tomada en apelación considerando que “las decisiones impugnadas no fueron formuladas de manera neutral con el fin de hacer una contribución objetiva a un debate público sobre el matrimonio infantil (...), sino que equivalieron a una generalización sin fundamento fáctico. Así, al considerar que estas afirmaciones iban más allá de los límites permisibles en un debate objetivo y entenderlas como un ataque abusivo contra el Profeta del Islam, capaz de provocar prejuicios y poner en peligro la paz religiosa, los tribunales nacionales llegaron a la conclusión de que los hechos controvertidos contenían elementos de incitación a la intolerancia religiosa” (párrafo 57).
63. STEDH (Sección 1.^a) de 9 de febrero de 2012, caso Vejdeland y otros c. Suecia. En este asunto era objeto de juicio la difusión de un folleto de contenido homófobo en una escuela de secundaria. Entre otras afirmaciones, el texto recogía que “la homosexualidad tiene un efecto moralmente destructivo sobre la sustancia de la sociedad”, y que los homosexuales poseían un estilo de vida “promiscuo”. Para la Corte, “si bien estas afirmaciones no recomendaban directamente la comisión de actos de odio”, se trataba de “acusaciones graves y perjudiciales” (párrafo 54), e insiste en que “la incitación al odio no implica necesariamente la llamada a un acto de violencia u otros actos delictivos. Cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable” (párrafo 55). En base a lo anterior, condena.
64. Como señala LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio...*, op. cit., p. 55.

Como no podía ser de otra forma, esta vaguedad conceptual ha traído consigo consecuencias perniciosas, sobre todo en términos de seguridad jurídica. Entre ellas, la falta de una definición precisa del discurso de odio ha terminado llevando, casi inevitablemente, a que la jurisprudencia haya recurrido al mismo para justificar la adecuación conforme al derecho a la libertad de expresión de sentencias condenatorias por delitos que poca o ninguna relación guardan en realidad con este fenómeno (tal ha sido el caso, por ejemplo, de las ya mencionadas SSTEDH 2034/07, de 15 de marzo de 2011, y 51168/15, de 13 de marzo de 2018, ambas relativas a supuestos de injurias a la corona), esquivando así la necesaria ponderación de los intereses en juego⁶⁵. En este punto es preciso comentar que, ciertamente, al principio de su desarrollo jurisprudencial en este ámbito, el Tribunal de Estrasburgo aplicó contundentemente el llamado “efecto guillotina”⁶⁶ e impidió cualquier posible amparo en el ejercicio de la libertad de expresión, especialmente en supuestos de incitación directa a la violencia xenófoba o racista y de revisionismo del Holocausto⁶⁷. Sin embargo, con el paso del tiempo este control ha ido ajustándose y haciéndose más exhaustivo, para asegurar el respeto a otros derechos como la libertad de prensa y evitar el posible abuso y la manipulación del art. 17 por parte de los Estados. “Se entra, en definitiva, al estudio de más supuestos en los que se decide si los límites a la libertad de expresión resultan proporcionales y legítimos (art. 10 CEDH)”^{68/69}.

65. A esto lo ha denominado GÓMEZ MARTÍN la “vocación utilitarista” del concepto de discurso de odio (GÓMEZ MARTÍN, V. Daño, ofensa..., *op. cit.*, pp. 240-242).

66. Este posicionamiento implicaba asumir la lógica de la “democracia militante” para los comportamientos de expresión, lo que conllevaba excluir del ámbito de protección del art. 10 CEDH todo mensaje dirigido a acabar con el modelo de derechos y libertades instaurado por el Convenio. Así, también, GÓMEZ MARTÍN, V. Daño, ofensa..., *op. cit.*, p. 237.

67. Como bien señala TERUEL LOZANO, inicialmente el TEDH afrontaba los casos de negacionismo del Holocausto mediante un escrutinio mínimo que lo conducía a analizar si las limitaciones enjuiciadas estaban previstas legalmente y tenían un fin legítimo, aunque a la hora de valorar si eran o no necesarias aplicaba el art. 10 CEDH en relación con el art. 17 CEDH (TERUEL LOZANO, G. El discurso del odio como límite..., *op. cit.*, p. 93). Es decir, el TEDH ni siquiera entraba a analizar el caso, sino que automáticamente consideraba estas manifestaciones un abuso de derecho por pertenecer quien las profería a un colectivo cuyas ideas se oponían frontalmente a los valores fundamentales del CEDH (tal y como explican HARRIS, D.; O’BOYLE, M.; BATES, E.; BUCKLEY, C. *Law of the European Convention on Human Rights*. 2.^a edición. Oxford: OUP Oxford, 2009, pp. 449 y 450. Les sigue, LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio...*, *op. cit.*, p. 28).

68. En palabras de LANDA GOROSTIZA (*vid. Ibidem*, p. 28).

69. En este sentido, a lo largo de su evolución jurisprudencial el objeto de la doctrina del TEDH ha pasado de centrarse exclusivamente en supuestos graves de incitación

A lo largo de esta evolución, la Corte ha desplazado el núcleo de su análisis del contenido de las manifestaciones proferidas y lo ha situado en el contexto en que estas se vierten⁷⁰, apuntando que bajo el paraguas protector del art. 10.2 CEDH no solo caben “las ideas e informaciones aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes” sino también “aquellas que molestan, chocan o inquietan, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay sociedad democrática”⁷¹. A modo de ejemplo, esta inclinación a poner el énfasis en el contexto puede observarse, con matices, en los casos de incitación xenófoba relativos al denominado “negacionismo”⁷². Decimos con matices porque, por un lado, el TEDH tiende a excluir estrictamente de toda protección los supuestos de agitación negacionista o revisionista relacionados con el

relacionados con el nazismo o neonazismo, el fascismo, el antisemitismo, el racismo y el comunismo, a abarcar otros contextos étnicos (como el fundamentalismo islámico o la población kurda), así como un número creciente de colectivos (como el LGTBI) (de esta manera, HARRIS, D.; O’BOYLE, M.; BATES, E.; BUCKLEY, C. *Law of the European... , op. cit.*, p. 449. Les sigue, LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio... , op. cit.*, pp. 27 y 35).

70. Se considera que un punto de inflexión en este sentido lo supuso la STEDH (Gran Sala) de 23 de septiembre de 1994, caso *Jersild c. Dinamarca*. En este asunto se discute si la sanción penal a un periodista danés (Jens Olaf Jersild) por permitir en su programa de televisión que miembros de las Chaquetas Verdes realizaran duras manifestaciones racistas contra los inmigrantes y otros grupos étnicos en Dinamarca, vulnera la libertad de expresión. El TEDH decidió –aunque no de forma unánime– proteger al periodista argumentando que, si bien según el art. 10.2 CEDH los profesionales de la información deben cumplir ciertos “deberes y responsabilidades” (párrafos 29 y 31) que pueden obligarlos a tomar distancia de discursos de corte racista o xenófobo para evitar convertirse en medios de difusión de estos, el denunciado actuó dentro del margen de protección que le brindaba la libertad de expresión. La sentencia supuso un antes y un después en la materia porque, a la hora de fundamentar su postura, el TEDH pone el acento, no en las concretas declaraciones que se hicieron en el programa, sino en el contexto en que fueron vertidas, deslindando así el discurso libre y amparado por la libertad de expresión del que esta no protege y puede llegar a ser sancionado legítimamente desde el Derecho penal.
71. STEDH (Pleno) de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. Reino Unido*, párrafo 49. Esta argumentación la reproduce el Tribunal mucho tiempo después, en la ya mencionada STEDH (Sección 3.ª) de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón c. España*, donde dispone que, tal y como señala el art. 10 CEDH, la libertad de expresión “se combina con excepciones que requieren no obstante una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe encontrarse establecida de manera convincente” (párrafo 48).
72. La RAE define el negacionismo como una “Actitud que consiste en la negación de determinadas realidades y hechos históricos o naturales relevantes, especialmente el holocausto” (ed. 23.ª –2014–, actualización de 2021); sin embargo, en el ámbito penal se utiliza en particular para hacer referencia a la negación del holocausto nazi.

holocausto nazi^{73/74}, un planteamiento que ha mantenido también para otras formas de discurso de odio, por su “contenido” y “finalidad” racista o islamofóbica⁷⁵; mientras que, por otro, se inclina a considerar preponderante

73. Ejemplo paradigmático de esta tendencia por su planteamiento radical es la Decisión (Sección 4.^a) de 24 de junio de 2003, relativa a la admisibilidad del asunto *Garaudy c. Francia*. En ella, el TEDH negó *ratione materiae* toda protección al demandante, que había sido castigado penalmente por escribir y publicar un libro que negaba y trivializaba el holocausto judío en el marco de la propaganda revisionista de la Alemania nazi. Y ello porque, según el Tribunal, los discursos negacionistas del Holocausto constituyen.

“una de las formas más serias de difamación racial e incitación al odio hacia los judíos. La negación o revisión de hechos históricos de este tipo ponen en tela de juicio los valores en los que se basa la lucha contra el racismo y el antisemitismo y son susceptibles de alterar gravemente el orden público. Estos actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos, y sus autores persiguen indudablemente objetivos prohibidos por el artículo 17 CEDH”.

Otro ejemplo que puede citarse en esta línea es la Decisión del TEDH (Sección 1.^a) de 20 de febrero de 2007, relativa a la admisibilidad del caso *Pavel Ivanov c. Rusia*. En este caso el demandante era un editor ruso que había sido sancionado por publicar varios artículos en los que apelaba a la persecución de los judíos. En aquel momento, el Tribunal resolvió explicando que el contenido y la intencionalidad de los escritos publicados constituían un impetuoso ataque que vulneraba el CEDH.

La misma postura ha mantenido tiempo después en su Decisión (Sección 5.^a) de 20 de octubre de 2015, sobre la admisibilidad del caso *M'Bala M'Bala c. Francia*, que confirmó la condena al comediante *Dieudonné* por injurias a los judíos en el espectáculo *J'ai fait l'con*, celebrado el 26 de diciembre de 2008 en París. Para la Corte, colocar “a las víctimas judías de las deportaciones en posición envilecida frente a quien niega su exterminación” supone “una demostración de odio y de antisemitismo, así como la puesta en entredicho del holocausto”, y “No puede aceptar que la expresión de una ideología que va en contra de los valores fundamentales del Convenio, tal cual lo expresa su preámbulo, es decir la justicia y la paz, sea equiparada con un espectáculo, aun satírico o provocador, que entraría en el ámbito de la protección del artículo 10 del Convenio”. En base esto, aplica el art. 17 CEDH.

74. En otros supuestos de incitación xenófoba que no se refieren al Holocausto de manera directa la actitud del Tribunal ha sido distinta. Ejemplo de ello lo constituye el ya mencionado asunto *Lehideux e Isorni c. Francia*, de 23 de septiembre de 1998, en el que, al enfrentar la persecución penal de un caso de revisionismo del régimen de Vichy, el TEDH reconoció la protección que otorgaba el CEDH a los demandantes. El Tribunal basó su decisión en que el revisionismo en este caso no era del régimen nazi directamente, sino del apoyo que a este le otorgó el gobierno colaboracionista francés (el comportamiento de los demandantes había consistido en colocar un anuncio publicitario en el periódico *Le Monde* que valoraba positivamente la actuación colaboracionista del mariscal *Pétain*). Esto llevó al Tribunal, no ya a dejar de aplicar la cláusula abusiva del art. 17 CEDH, sino a entender que el Estado había sobrepasado los límites del derecho a la libertad de expresión de los demandantes y que las manifestaciones revisionistas vertidas debían quedar amparadas por el mismo.

75. Tal ha sido el caso de la Decisión del TEDH (Sección 2.^a) de 16 de noviembre de 2004, sobre la admisibilidad del asunto *M. A. Norwood c. Reino Unido*, relacionado con ciertos ataques del Partido Nacional Británico (*British National Party*) contra la comunidad musulmana. El mencionado partido político había mostrado una fotografía de

la libertad de expresión en otros casos de genocidio, delitos de lesa humanidad o de guerra. Ante semejante escenario, ¿qué posicionamiento podemos decir que presenta el TEDH frente al discurso de odio?

Dado que en ningún momento ha dado una respuesta directa a este interrogante, solo podemos tratar de inferirla de su jurisprudencia. Concretamente, de dos resoluciones que son particularmente esclarecedoras a este respecto: las SSTEDH 27510/08, de 15 de octubre de 2015⁷⁶, y 24662/94, de 23 de septiembre de 1998⁷⁷. En la primera, el Tribunal precisa que la cláusula de abuso de derecho recogida en el art. 17 CEDH puede aplicarse solo “excepcionalmente y en supuestos extremos (...), donde no haya duda de que la libertad de expresión se ha empleado con una finalidad manifiestamente contraria a los valores del Convenio” (párrafo 113). Por su parte, en la segunda sigue el siguiente esquema: entender que el discurso de odio está protegido por el art. 10 CEDH y estudiar las restricciones que se le han impuesto, utilizando para ello el art. 17 CEDH como principio interpretativo. Si aunamos ambas argumentaciones, la Corte debe, primero, rechazar de entrada la aplicación del art. 17 CEDH; y, segundo, para poder restringir legítimamente el discurso de odio deberá comprobar en todo caso que la injerencia cumple tres requisitos: estar prevista en la ley, perseguir los objetivos del art. 10 CEDH y ser necesaria en una sociedad democrática. De estos tres filtros, el que resulta más difícil de superar para los Estados es el tercero, precisamente el que la Corte ha tratado con menor claridad⁷⁸.

En el momento de evaluar la necesidad de la limitación del discurso de odio, el TEDH ha ofrecido, como dijimos, un determinado margen de apreciación a los Estados. El problema aquí radica en que la amplitud del mismo varía según la materia objeto de análisis: por ejemplo, cuando se trata de un discurso político, el margen se estrecha ya que la Corte entiende que el debate en estos casos es “fundamental en una sociedad democrática” y que no debe restringirse si no hay “razones imperiosas” para hacerlo⁷⁹; sin embargo, en asuntos religiosos el margen de apreciación estatal es máximo, dado que considera que no existe a día de hoy un

las Torres Gemelas ardiendo con el símbolo de la media luna en señal de prohibición y las palabras “*Islam out of Britain-Protect the British People*”. Para la Corte, el atacar vehementemente a un grupo religioso vinculándolo con el terrorismo resulta incompatible con la tolerancia, la paz social y la no discriminación que promulga el CEDH; por tanto, “la petición debía ser rechazada como incompatible *ratione materiae* con las previsiones del Convenio” (p. 4).

76. STEDH (Gran Sala) 27510/08, de 15 de octubre de 2015, caso *Perinçek c. Suiza*.

77. STEDH (Gran Sala) 24662/94, de 23 de septiembre de 1998, caso *Lehideux e Isorni c. Francia*.

78. Tal y como indica DÍEZ BUESO, L. *Discurso del odio...*, *op. cit.*, p. 56.

79. STEDH (Sección 5.ª) 59405/00, de 6 de julio de 2006, caso *Erbakan c. Turquía*, párrafo 55.

concepto unitario de religión que permita otorgar una protección común a todos los Estados del Consejo de Europa⁸⁰. Pues bien, con independencia de esta falta de uniformidad en el tratamiento del discurso de odio, en esta materia existe un problema más grave que ya adelantamos: que el Tribunal europeo prescinda en estos casos de realizar el obligado test de proporcionalidad; es decir, de estudiar si la injerencia es proporcional al fin legítimo que se persigue y si los motivos invocados por el Estado para justificarla son pertinentes y suficientes⁸¹.

En su lugar, el TEDH ha decidido evaluar estos supuestos de un modo particular: a través del llamado *test de Estrasburgo*. En esencia, la prueba consiste en aplicar ciertos parámetros (concebidos por el propio Tribunal) que ayudan a determinar si la limitación del discurso en cuestión es legítima. Entre ellos se encuentran la materia sobre la que trata el mensaje, el emisor, la intencionalidad de este, el grupo al que se dirige, los medios usados para difundirlo, el ámbito geográfico en el que se emite, el castigo impuesto por el Estado y el contexto en el que se divulga. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que “La definición de estas variables y el peso otorgado a cada una no se sistematizan en las sentencias de la Corte, más allá de indicarse que, en el momento de evaluar la restricción, el caso debe analizarse en su conjunto”⁸².

En relación con el test, algo que sin duda llama la atención es que el TEDH no contemple de manera independiente la capacidad del mensaje para incitar a la violencia física e inminente o a largo plazo. Si entendemos que esta aptitud debe extraerse del análisis de los parámetros mencionados, aparece la problemática fundamental que sobrevuela el resto de las cuestiones ya expuestas: en la dinámica establecida por el Tribunal de Estrasburgo en este ámbito se otorga la misma respuesta a comportamientos que claramente tienen distinto desvalor, lo que carece de toda lógica. Si la Corte defiende la existencia –principalmente– de dos tipos de discurso de odio, con consecuencias cualitativamente distintas, estos deberían ser tratados de manera diferente. Para ello podrían seguir siendo útiles las variables del test de Estrasburgo, siempre y cuando fueran adaptadas al tipo de discurso en cuestión: deberá valorarse, o bien la aptitud del mensaje para generar violencia física o inminente, o bien su aptitud para generar o apoyar un clima actualmente hostil que en un futuro pudiera dar lugar comportamientos violentos⁸³.

80. STEDH (Sala) 17419/90, de 25 de noviembre de 1996, caso Wingrove c. Reino Unido, párrafo 57.

81. Como bien explica DÍEZ BUESO, L. Discurso del odio..., *op. cit.*, p. 57.

82. En palabras de DÍEZ BUESO (*vid. Ibidem*, p. 57).

83. De esta manera, DÍEZ BUESO (*vid. Ibidem*, p. 57).

Más allá de esto, no puede perderse de vista lo que ya adelantamos en el capítulo introductorio: el hecho de que una serie de manifestaciones puedan ser consideradas constitutivas de discurso de odio no puede, por sí mismo, justificar la intervención del Derecho penal. Como explicamos entonces, solo una parte del discurso de odio puede ser considerada delictiva. Partiendo de esta idea y teniendo en cuenta el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, esto podrá ocurrir solo en aquellos casos en los que esté de verdad en juego la integridad física del colectivo destinatario del mensaje, lo que entendemos que ocurre solamente cuando el discurso de odio tiene capacidad para generar violencia física e inminente. Ahora bien, que el resto de discursos no deban tener trascendencia penal no significa que deban gozar del amparo del CEDH.

Desde nuestro punto de vista, la Corte debe reconocer la protección del art. 10 CEDH a cualquier discurso intolerante a no ser que haya existido una ofensa (daño o puesta en peligro) real a uno de los bienes amparados por el Convenio. En este sentido, nos parece acertada la propuesta de TERUEL LOZANO⁸⁴, quien entiende que las ofensas pueden tomar tres formas distintas:

- a) Insultos o manifestaciones vejatorias, humillantes o que desacrediten al colectivo vulnerabilizado o a sus miembros.
- b) Provocación que genere realmente un peligro de que se cometan delitos. En este caso no es suficiente con una incitación a la hostilidad o al odio; además, la peligrosidad debe materializarse en un juicio de causalidad que permita verificar que, verdaderamente, existe una alta probabilidad de que acontezca el acto lesivo⁸⁵.
- c) Expresiones amenazantes con un efecto coactivo real.

Compartimos con el mencionado autor que estos criterios dan una respuesta equilibrada al discurso de odio en cualquier democracia pluralista, que como tal está llamada a reconocer y salvaguardar el derecho a la libertad de expresión. Aparte de esto, permiten definir los comportamientos que se consideran ilícitos sin adelantar la naturaleza que debe dárseles (penal, civil o administrativa), lo que, en nuestra opinión, deja un amplio

84. TERUEL LOZANO, G. El discurso de odio como límite..., *op. cit.*, p. 105.

85. En este sentido el autor recomienda –y así lo compartimos– adoptar la doctrina del “*clear and present danger*” porque, como se trata de valoraciones probabilísticas en torno a situaciones político-sociales, “solo un alto grado de certeza y de inmediatez dan un mínimo de solidez”. En caso contrario, podrían llegar a admitirse restricciones basadas en “cómo suenan unos determinados discursos”, lo que abriría la puerta “a una excesiva discrecionalidad aplicativa” (TERUEL LOZANO, G. El discurso del odio como límite..., *op. cit.*, p. 105).

margen de libertad a los Estados para que puedan adaptarla de acuerdo con su propia experiencia.

Pues bien, dicho esto, para cerrar este epígrafe me gustaría insistir en una idea fundamental que mencioné al inicio y que, a estas alturas, puede haber quedado en el olvido. Si recordamos, el discurso de odio y los delitos de odio tienen un punto esencial en común: el estar dirigidos a apoyar o mantener la situación de vulnerabilización social que sufren determinados colectivos. Esto quiere decir que, si el discurso no cumple esa finalidad, no podemos hablar de ninguno de estos fenómenos y, en consecuencia, no debería poder aplicarse el test de Estrasburgo para valorar la gravedad de la conducta. Eventualmente, el discurso intolerante podría –si cumple las condiciones– ser excluido de la protección del CEDH e incluso podría abrirse la puerta a que fuese considerado delictivo a nivel estatal, pero nunca podría argumentarse la posible concurrencia de un delito del discurso de odio. Lo contrario supondría destruir la propia esencia de esta categoría delictiva y, con ello, su “sentido tuitivo”⁸⁶, despojándola de cualquier utilidad.

IV. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, y vistas la complejidad y la delicadeza que entrañan el tratamiento jurídico del discurso de odio, antes de nada debemos reconocer los esfuerzos del Tribunal de Estrasburgo por adaptar su jurisprudencia a las necesidades particulares de cada caso concreto. Desde luego, en un escenario como el europeo, que no hace ni un siglo fue testigo de discriminaciones atroces, tratar de preservar el derecho a la libertad de expresión cuando este choca con bienes esenciales como la igualdad es una labor que merece ser valorada positivamente. Y mucho más teniendo en cuenta las diferentes susceptibilidades que conviven en nuestro continente en torno a este fenómeno.

Ahora bien, lo anterior no significa que el trabajo se esté haciendo de la mejor manera posible. Si algo hemos podido observar a lo largo de nuestro breve estudio es que el TEDH ha sido bastante inconsistente en su respuesta frente al discurso de odio, y que ha dejado abiertos frentes importantes.

El primero de ellos es el alcance del fenómeno, que debe sin duda quedar claramente delimitado. Teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta este punto, compartimos la opinión de TERUEL LOZANO⁸⁷, quien

86. En palabras de TERUEL LOZANO (*vid. Ibidem*, p. 88).

87. *Vid. Ibidem*, p. 87.

considera que el discurso de odio en sentido estricto se caracteriza por los siguientes elementos: estar dirigido contra un colectivo vulnerabilizado que se caracteriza por determinados factores (raciales, étnicos, religiosos, de condición sexual, etc.); el tono ofensivo de las expresiones (vejatorias, insultantes, amenazantes, incitadoras a la comisión de actos violentos o creadoras o perpetuadoras de una atmósfera hostil contra dicho grupo); y la intencionalidad del autor.

Por otra parte, dado el supuesto carácter excepcional con el que debe aplicarse el art. 17 CEDH, no se entiende que la Corte sea tan radical en su respuesta a algunos tipos de discursos (negacionistas del Holocausto, revisionistas, islamófobos, etc.) debido a su finalidad y contenido. Además, como hemos tratado de explicar, esta tendencia a excluir *ratione materiae* ciertas manifestaciones sin valorar concretamente las circunstancias en las que fueron vertidas puede dar lugar a posibles abusos. Todo esto genera, inevitablemente, una enorme inseguridad jurídica⁸⁸.

Lo mismo ocurre con el hecho de que el Tribunal no maneje como parámetro a la hora de aplicar el test de Estrasburgo la posibilidad de que aquel genere violencia, a corto o a largo plazo. Como es lógico, el TEDH no puede realizar la labor de los jueces nacionales y entrar a valorar de manera exhaustiva las circunstancias del caso, pero sí entendemos que debe exigir la fundamentación de la inferencia en la existencia de un daño real o un peligro efectivo⁸⁹. De lo contrario, existe el riesgo de que se le otorgue el mismo tratamiento jurídico a conductas que son cualitativamente distintas, y esto no tiene ningún sentido.

Partiendo de esta idea, el TEDH debería considerar el discurso de odio amparado por el art. 10 CEDH y utilizar como principio inspirador a la hora de su limitación el art. 17 CEDH. Las expresiones que, aplicado el test de Estrasburgo, no cuenten con la protección que brinda el derecho a la libertad de expresión deberán quedar en manos de los Estados para que apliquen las sanciones que consideren oportunas. Dado que, como bien señala REY MARTÍNEZ, “no se puede abordar la problemática del discurso de odio tan solo desde el Derecho penal”⁹⁰, será necesaria una actuación conjunta a varios niveles, y nuestra disciplina deberá quedar reservada única y exclusivamente para aquellos discursos que tengan la capacidad de generar violencia física e inminente. Los supuestos que

88. Así, también, TERUEL LOZANO (*vid. Ibidem*, pp. 102-103).

89. *Vid. Ibidem*, p. 104.

90. REY MARTÍNEZ, F. Discurso del odio y racismo líquido. En: REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio*. Madrid: Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, 2015, pp. 55-56.

puedan dar lugar a violencia a largo plazo creemos que deberían ser enfrentados desde otra perspectiva, no desde la *ultima ratio* del Ordenamiento jurídico.

Para terminar, es necesario recordar que para resolver cualquier cuestión de peso hace falta consenso. El Consejo de Europa está formado por muchos Estados con una tradición parecida en muchos aspectos, pero también con un pasado diferente, y a todos ellos se les debería garantizar un marco de actuación seguro que blindara los derechos humanos de todos sus habitantes. Por eso “Hay que tratar de superar las diferentes sensibilidades nacionales al afrontar este tipo de colisiones (...). Urge en la medida en que en Europa hemos creado una comunidad con intensos vínculos jurídicos, pero también políticos y sociales”. En definitiva, “si predicamos una cultura de los derechos europea es necesario, entonces, afrontar con criterios comunes este equilibrio”⁹¹.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACNUR Comité Español. ¿Qué es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos? *Blog Eacnur*. Abril de 2017.

ALCÁCER GUIRAO, R. Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE. UU. y Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2015, año n.º 35, n.º 103, pp. 45-86. ISSN: 0211-5743.

ARTEAGA ANSA, T. Presentación. En: RINCÓN, A. (coord.) *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y recomendaciones*. Vitoria-Gasteiz: Instituto Vasco de la Mujer, 1998. ISBN: 84-87595-48-0.

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*, tomo 70, Fasc./ Mes 1, 2017, pp. 139-225. ISSN: 0210-3001.

COLEMAN, P. *La censura maquillada*. Madrid: Dykinson, 2018. ISBN: 978-84-9148-921-4.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio. Análisis del art. 510 del Código penal*. Tirant lo Blanch, 2018. ISBN: 9788491900603.

DÍEZ BUESO, L. Discurso del odio en las redes sociales: la libertad de expresión en la encrucijada. *Revista Catalana de Dret Públic*. N.º 61, 2020

91. Como acertadamente explica TERUEL LOZANO (*vid. Ibidem*, p. 104).

- (Ejemplar dedicado a: La libertad d'expressió a l'era digital), pp. 50-64. ISSN: 1885-5709.
- GÓMEZ MARTÍN, V. Daño, ofensa y discurso del odio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. N.º Extra 1, 2021 (Ejemplar dedicado a: Protocolo I. Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y Tendencias), pp. 235-256. ISSN: 0008-7750.
- HARRIS, D.; O'BOYLE, M.; BATES, E.; BUCKLEY, C. *Law of the European Convention on Human Rights*. 2.ª edición. Oxford: OUP Oxford, 2009. ISBN-10: 0406905940.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código penal*. Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 1999. ISBN: 84-8373-216-5.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. ISBN: 978-84-9169-880-7.
- LAURENZO COPELLO, P. La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*. N.º 19, 1996, pp. 219-288. ISSN: 1137-7550.
- LAURENZO COPELLO, P. Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados. En: DE LA CUESTA AGUADO, P. M. (coord.), RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (coord.), ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.), HAVA GARCÍA (coord.), RODRÍGUEZ MESA, M. J. (coord.), GONZÁLEZ AGUDELO, G. (coord.), MEINI MÉNDEZ, I. (coord.), RÍOS CORBACHO, J. M. (coord.), TERRADILLOS BASOCO, J. M. (hom.). *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan M.ª Terradillos Basoco*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1.287-1.300. ISBN: 978-84-9169-919-4.
- OETHEIMER, M. Protecting freedom of expression: the challenge of hate speech in the European Court of Human Rights case law. *Cardozo Journal of International & Comparative Law*. 2009, vol. 17, n.º 3, pp. 427-444. ISSN: 1069-3181.
- OPALÍN, L. La Francia de Vichy, capital del colaboracionismo con los nazis [en línea]. *El Financiero*. 19 de noviembre de 2018.
- QUESADA ALCALÁ, C. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*. N.º 30, 2015, pp. 1-33. ISSN-e: 1697-5197.

REY MARTÍNEZ, F. Discurso del odio y racismo líquido. En: REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio*. Madrid: Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, 2015. ISBN: 9788416133642.

TERUEL LOZANO, G. El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo. *Revista de Derecho Constitucional europeo*. Enero-junio de 2017, año 14, n.º 27, pp. 81-106. ISSN: 1697-7890.

URIOS MOLINER, S. Garantías de los Derechos Humanos (I). La protección internacional de los derechos humanos. En: DURÁN LALAGUNA, P. (coord.). *Manual de Derechos Humanos*. Granada: Comares, 1993, pp. 87-132. ISBN: 978-84-8151-003-4.

VI. JURISPRUDENCIA

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

<i>Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STEDH 214/56	27/03/1962	ECLI:CE:ECHR:1962:0327JUD000021456
STEDH 5493/72	07/12/1976	ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372
STEDH 12194/86	12/05/1988	ECLI:CE:ECHR:1988:0512DEC001219486
STEDH 15890/89	23/09/1994	ECLI:CE:ECHR:1994:0923JUD001589089
Decisión n.º 21128/92	11/01/1995	ECLI:CE:ECHR:1995:0111DEC002112893
STEDH 25062/94	18/10/1995	ECLI:CE:ECHR:1995:1018DEC002506294
Decisión n.º 31159/96	24/06/1996	ECLI:CE:ECHR:1996:0624DEC003115996
STEDH 17419/90	25/11/1996	ECLI:CE:ECHR:1996:1125JUD001741990
STEDH 24662/94	23/09/1998	ECLI:CE:ECHR:1998:0923JUD002466294
STEDH 25067/94	08/07/1999	ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002506794
STEDH 26682/95	08/07/1999	ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002668295
STEDH 23144/93	16/03/2000	ECLI:CE:ECHR:2000:0316JUD002314493
STEDH 41340/98	31/07/2001	ECLI:CE:ECHR:2003:0213JUD004134098
Decisión n.º 65831/01	24/06/2003	ECLI:CE:ECHR:2003:0624DEC006583101
STEDH 35071/97	04/12/2003	ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003507197
STEDH 23131/03	16/11/2004	ECLI:CE:ECHR:2004:1116DEC002313103
STEDH 25239/13	20/10/2005	ECLI:CE:ECHR:2015:1020DEC002523913
STEDH 59405/00	06/07/2006	ECLI:CE:ECHR:2006:0706JUD005940500

<i>Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STEDH 32842/02	14/11/2006	ECLI:CE:ECHR:2006:1114DEC003284202
STEDH 35222/04	20/02/2007	ECLI:CE:ECHR:2007:0220DEC003522204
STEDH 15948/03	10/07/2008	ECLI:CE:ECHR:2008:0710JUD001594803
STEDH 36109/03	02/10/2008	ECLI:CE:ECHR:2008:1002JUD003610903
STEDH 15615/07	16/07/2009	ECLI:CE:ECHR:2009:0716JUD001561507
STEDH 16853/05	01/02/2011	ECLI:CE:ECHR:2011:0201JUD001685305
STEDH 2034/07	15/03/2011	ECLI:CE:ECHR:2011:0315JUD000203407
STEDH 1813/07	09/02/2012	ECLI:CE:ECHR:2012:0209JUD000181307
STEDH 57942/10	02/10/2012	ECLI:CE:ECHR:2012:1002DEC005794210
STEDH 27510/08	15/10/2015	ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD002751008
STEDH 42168/06	03/10/2017	ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD004216806
STEDH 51168/15	13/03/2018	ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815
STEDH 38450/12	25/10/2018	ECLI:CE:ECHR:2018:1025JUD003845012

III ARANZADI

Hitler = SS: el cómic prohibido.

Estudio jurídico-constitucional del proceso judicial en España

HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. EL REVISIONISMO DEL HOLOCAUSTO. II. EL CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO DEL CÓMIC *HITLER = SS*. III. LA CONTIENDA JUDICIAL ESPAÑOLA. 1. *La sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 3 de Barcelona*. 2. *La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona*. 3. *La Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 de noviembre*. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar, desde una perspectiva jurídico-constitucional, el contencioso jurisdiccional desencadenado a raíz de la publicación en España del cómic *Hitler=SS* por la editorial Makoki en 1990, enmarcado en el contexto del renacimiento en Francia y en la Alemania Occidental de teorías revisionistas y negacionistas del Holocausto, de los campos de concentración y de las cámaras de gas durante el gobierno de Adolf Hitler. El eje axial del estudio gira en torno al conflicto constitucional entre la libertad de expresión y el derecho al honor del pueblo judío, por lo que en el cuerpo del presente trabajo examinaremos los argumentos esgrimidos por los diferentes órganos judiciales y concluiremos con el estudio de la Sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, del Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión, derecho al honor, revisionismo, campos de concentración, genocidio, cómic.

I. EL REVISIONISMO DEL HOLOCAUSTO

En los años 80, un fantasma recorría Francia y Alemania Occidental¹: un movimiento historiográfico revisionista del genocidio nazi del pueblo judío en los campos de exterminio. Los negacionistas del Holocausto se presentaron ante la Academia como los portavoces de la escuela histórica “revisionista”, término preñado de honorabilidad con el que pretendían darse “una respetabilidad falaz y mentirosa”, en confrontación con la escuela hegemónica a la que tildaron de “exterminacionista y que incluye, desde luego, al conjunto de los estudios históricos dignos de este nombre, confundiendo todas las corrientes consagradas al judeocidio”².

Según la escuela revisionista, “el genocidio es una gran mentira: el exterminio de los judíos por la Alemania nazi nunca habría tenido lugar (o, por lo menos, no habría sido sistemático y planificado, o la cifra de personas asesinadas sería muy inferior a la apuntada por la mayoría de los historiadores); las cámaras de gas no habrían existido; las fotografías que muestran los cuerpos sin vida, amontonados y esqueléticos, serían un montaje; el *Diario de Ana Frank*, una impostura... Toda esta supuesta falsificación sería una invención, bien de los judíos, bien de los sionistas para extorsionar económicamente a Alemania de forma que Israel continuase obteniendo reparaciones de guerra, y para ganarse la simpatía del mundo; de esta forma se coloca a una de las víctimas (ya que los judíos no fueron la única) en el lugar del opresor”³.

El revisionismo en torno a los campos de concentración es tan legítimo como el centrado en la Revolución Francesa, el descubrimiento de América o la Reconquista, por citar algunos ejemplos: “El ejercicio de revisar tendría que registrarse, por tanto, como una exigencia metodológica, porque sería insoslayable la necesidad de verificar y también replantear los saberes y análisis para desplegar y enriquecer un proceso siempre abierto en todo saber humano. Habría que limitarse, en conclusión, al significado etimológico del concepto de revisar para despojarlo de connotaciones políticas, si es que aceptamos que la esencia epistemológica de nuestro conocimiento reside en la reinterpretación de una realidad tan compleja y abierta en sí misma como es la de nuestro pasado, la de todo pasado”⁴.

1. Inspirada en la célebre frase con la que Marx y Engels abrieron el *Manifiesto Comunista* de 1848: “Un fantasma recorre Europa: el fantasma del comunismo”.
2. TRAVERSO, E., “Revisión y revisionismo”, *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, N.º 14, 2004, p. 69.
3. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, J.L., “El revisionismo nazi”, *El País* (Tribuna), 3/07/1990.
4. PÉREZ GARZÓN, J. S., “Revisionismo: ¿calificación sectaria u obligación científica?”, *Con-Ciencia Social*, N.º 20, 2016, pp. 129 y 130.

Sin embargo, el revisionismo que practican los neonazis no responde a un ejercicio de tipo intelectual, ni es un fin en sí mismo, sino que estas revisiones “son tendencias apologéticas que implican un viraje ético-político en la forma de mirar el pasado”⁵, en un intento de blanquear el régimen hitleriano y dar la vuelta a las responsabilidades que le incumben, pero “este movimiento –cuyas verdaderas intenciones desveló perfectamente Pierre Vidal-Naquet al rebautizarlo como ‘los asesinos de la memoria’– jamás alcanzó su objetivo ya que no ha logrado obtener el más mínimo reconocimiento en el seno de la historiografía ni derecho de ciudadanía alguno en el debate público. Por el contrario, un hecho que ha sido subrayado a menudo es que su aparición tuvo el efecto de estimular la búsqueda que, en el curso de estas últimas décadas, ha dado lugar a un conocimiento mucho más preciso y detallado de los medios y de las modalidades del proceso de exterminio de los judíos”⁶.

Los estudios realizados por los historiadores han sacado a la luz de forma muy detallada no sólo la responsabilidad del régimen nazi en un conflicto bélico que condujo a la muerte de millones de personas y a la destrucción de Europa, sino también su política y sus objetivos últimos: el programa de exterminio ejecutado por el régimen nazi sobre los judíos, los gitanos, los homosexuales, las personas con discapacidad, los comunistas, los socialistas, los liberales y, en fin, todos aquellos a quienes los nazis definieron como inferiores o indeseables.

II. EL CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO DEL CÓMIC *HITLER = SS*

En Francia, durante los años ochenta, tanto la ultraderecha, encarnada por el Frente Nacional de Le Pen, como algunos sectores de la izquierda, representados por Robert Faurisson o Pierre Guillaume, fundadores en 1987 de *Anales de Historia Revisionista*, abanderaron, con una clara intencionalidad ideológica, un discurso político e historiográfico revisionista, en el sentido estricto y peyorativo del término, en el que “basándose en estudios topográficos y técnicos de Auschwitz, así como en el análisis del testimonio de los supervivientes, Faurisson niega la existencia de las tristemente célebres cámaras de gas exterminadoras de judíos; tampoco cree que haya evidencia histórica para sostener que el holocausto fuese una orden precisa y deliberada de Hitler, atribuyendo la mortandad de judíos –como la de gitanos, homosexuales, comunistas, etcétera– a las condiciones de la deportación y de los campos de concentración en época de guerra”⁷.

5. TRAVERSO, E., *op. cit.*, p. 72.

6. *Ibidem*, p. 69.

7. SAVATER, F., “Revisión del revisionismo”, *El País* (Tribuna), 12/02/1989.

Ante el gran auge social y político que alcanzaron estas teorías en Francia, reaccionaron el dibujante Vuillemin y el guionista Gourio mediante la publicación de una tira cómica en la revista *Hara-Kiri*⁸, entre 1984 y 1987, titulada *Hitler=SS*, “con la que satirizar y ridiculizar, usando el grafismo y el lenguaje que le es propio a este género literario, el fenómeno distorsionador o negador de la existencia de los campos de exterminio nazis, tomando como idea estandarte las frases escritas por el líder de la extrema derecha francesa Jean Marie Le Pen”⁹.

Los autores tenían una dilatada trayectoria de compromiso social con los sectores más desamparados y vulnerables de la sociedad, por lo que no eran sospechosos de comulgar con la ideología nazi: “La trayectoria de Vuillemin destaca por la falta de concesiones cuando denuncia las prácticas sociales en Francia que sufren los grupos marginados (homosexuales, libertarios, disidentes...) y colectivos no integrados (negros, inmigrantes europeos, inmigrantes árabes...)”¹⁰.

En 1987, la editorial EPCO recopiló la serie en un álbum de casi cien páginas y publicó una tirada de 1.000 ejemplares, que desató un galerna social y judicial contra los responsables, finalmente condenados en un proceso civil a pagar una indemnización simbólica de un franco. Se prohibió la publicación del cómic en revistas periódicas, pero no así el álbum completo que podría ser vendido exclusivamente a mayores de edad siempre que no se exhibiera públicamente. En 1990, se reeditó por última vez en Francia la edición en formato álbum, por lo que los ejemplares son muy codiciados entre coleccionistas.

III. LA CONTIENDA JUDICIAL ESPAÑOLA

1. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL N.º 3 DE BARCELONA

En 1990, toma el relevo la editorial española Makoki, de corte satírico, *underground* y contracultural, que adquirió los derechos de edición

8. “Philippe Vuillemin comenzó publicando sus primeros trabajos hará más de 20 años en la revista francesa ‘Hara-Kiri’, caracterizada por su humor corrosivo y por poner en solfa las contradicciones de los fabricantes de opinión, ya sea en la prensa, la TV, la publicidad o los partidos políticos” (BORRALLO, F., “Hitler=SS y la libertad de expresión”, *Makoki*, N.º 27, 1992, p. 35).
9. Fragmento tomado del recurso de amparo presentado por el director de la editorial Makoki, Damián Carullá Balagué, frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.
10. BORRALLO, F., *op. cit.*, p. 35.

y publicó la versión española del álbum *Hitler=SS*. Apenas vio la luz, “las asociaciones judías se levantaron en masa contra la historieta, que mostraba un macabro sentido del humor, con continuos juegos de sentido acerca de los campos de concentración, algo acentuado por el blanco y negro, muy sucio y sin mucha definición del dibujante, lo que contribuía a una estética ‘trash’¹¹. Finalmente, dos de ellas –‘Amical de Mauthausen’ y ‘B’Nai B’Rith’ de España”– presentaron una querrela por un delito de injurias hacia el pueblo judío y de escarnio hacia la confesión mosaica contra Damián Carullá Balagué y Felipe Borrallo Rubio, director y editor de las publicaciones de la editorial Makoki, SA, respectivamente.

Admitida a trámite la querrela, el Juez de Instrucción N.º 24 de Barcelona acordó mediante Auto de 20 de julio de 1990, como medida cautelar, el secuestro de la publicación y de sus moldes. Abierto juicio oral, el Juzgado de lo Penal N.º 3 de Barcelona dictó sentencia absolutoria (Sentencia n.º 27/92, de 29 de enero), en base a los siguientes argumentos:

1.º “(...) ciertamente que el álbum contiene situaciones y expresiones que, aisladamente consideradas, lesionan, hieren, dañan, menosprecian o perjudican la honra y el crédito de otra persona, pues se citan casos en que las víctimas –entre las que los judíos tienen un claro protagonismo– se muestran serviles o incluso colaboracionistas con sus opresores nazis”.

Sin embargo, “los hechos y las palabras no pueden descontextualizarse ni separarse del medio en que aparecen, debiendo valorarse la obra en su conjunto. Así, pues, de una minuciosa y repetida lectura del álbum la impresión general que produce, aparte de los aspectos humorísticos en quienes sintonizan con este tipo de publicaciones, es el de reforzar los profundos sentimientos de asco y dolor que siente cualquier persona de una sensibilidad normal ante lo sucedido en los citados campos de exterminio y, al mismo tiempo la vergüenza por formar parte de un género humano que ha sido y sigue siendo capaz de llegar a tales extremos de –valga la paradoja– inhumanidad”.

2.º “El transporte de prisioneros como si fueran ganado [denominado irónicamente, ‘el tren de la felicidad’], la burla y el engaño en el reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de los restos humanos..., no son sino episodios de la vida en dichos campos, en la que ha de incluirse las relaciones sumisas e incluso amistosas con los guardianes de quienes obsesionados por la supervivencia se encontraban como prisioneros”.

Por tanto, “el cómic no trata de subvertir un hecho histórico dando a entender que los judíos desempeñaron un papel diferente del que

11. <https://acortar.link/Yja00j>.

efectivamente tuvieron como víctimas, ni se hace distinción, en sentido peyorativo, respecto a las demás minorías o prisioneros de guerra que tuvieron que soportar la misma situación y, por el mismo motivo, la imagen de los guardianes y de los que están jerárquicamente por encima de ellos, no reciben un trato de favor, sino todo lo contrario, siendo ellos los que pronuncian las palabras insultantes”.

3.º) Tampoco se comparte la idea de la acusación sobre el sentido que ha de darse a la lámina de Goebbels. Vamos a explicar esto: en las páginas 8 y 9 hay dos láminas, la primera, titulada ilustración de Salvador Allende, está presidida por la interrogación “¿Por qué?” Debajo de la cual aparece muerta una paloma con una ramita de olivo en el pico, símbolo de la paz, sobre centenares de calaveras; en la segunda, titulada ilustración de Josef Goebbels, está presidida por la exclamación ¡Para qué! Debajo aparece un agente de las SS cogiendo con una horca a decenas de personas gaseadas para introducir las en los hornos crematorios, al lado de los cuales hay varios sacos de fertilizante. Esta lámina denuncia la deshumanización y cosificación de las víctimas nazis, ejecutadas en las cámaras de gas e incineradas en hornos crematorias para destinar sus cenizas al abono de los campos.

Parece claro que los autores pretenden de esta forma anunciar crudamente los horrores perpetrados en los campos de concentración que se describen después, y, por tanto, la lámina debe ser interpretada como un comentario irónico sobre quienes han negado y niegan la existencia de los campos de concentración, de las cámaras de gas y de las incineraciones masivas de los cuerpos.

Ese mismo es el tono y la intención del póster reproducido en la página 46, tomado de un número de la revista nazi *Signal* de 1942. En ella se blanquea de humanidad al horror nazi mediante la imagen de tres soldados dando el biberón a Baby, un cachorro que habían salvado de las llamas de un edificio. Debajo de la imagen aparece la leyenda: “No nos olvidamos nunca de ellos, han salvado a Baby”. El Juzgado de lo Penal incide, con razón, en la “clara contradicción entre la imagen que se quiere dar y la que se desprende del contenido del álbum”.

Nótese que en 1942 Hitler ordenó la *Operación Azul* para conquistar Stalingrado, durante el prolongado sitio de la ciudad los enfrentamientos bélicos con los soviéticos causaron dos millones de víctimas en ambos bandos entre soldados y civiles. Asimismo, el III Reich llevó a cabo “la masacre de judíos de Lublín”, en la que asesinaron a 30.000 personas y abrieron los campos de concentración de Belzec, Sobibor y Treblinka en Polonia. Así pues, es clara la confrontación o contraste que pretenden ofrecer los autores del álbum entre la fantasiosa propaganda nazi de la

época, que pretendía ofrecer al mundo una imagen compasiva e indulgente de su ejército, y los terribles sucesos históricos acaecidos en los campos de concentración, relatados en el cómic, y en el frente oriental de la II Guerra Mundial.

4.º) El acusado, Damián Carullá Balagué, “era conocedor de dicho álbum y de la trayectoria como dibujante y guionista del señor Vuilleman por lo que, obviamente, al publicarlo en España no podía tener una intención diferente a la del autor y no consta que ni uno ni otro tengan una ideología afín a lo que se suele llamar ‘extrema derecha’ y que pudiera explicar la negación de los campos de exterminio o la burla del pueblo judío, antes al contrario, la línea de publicaciones de Makoki, SA, destaca precisamente por una cierta simpatía por las personas marginadas”.

5.º) “En el fondo se plantea la cuestión relativa a los límites de la libertad de expresión que se recogen en el artículo 20 de nuestra Constitución y, en concreto, hasta qué punto existen temas ‘tabú’ en materia de humor, sobre todo cuando es especialmente cruel e irrespetuoso, en la línea de la editorial Makoki de la que es director el acusado y en la que se incluye la Revista del mismo nombre, que se autocalifica de ‘zafia, basta y cutre’. No debe olvidarse que nos encontramos en el campo penal y, concretamente, en la imputación de un delito cuyo elemento subjetivo es esencial (dolo, *animus iniuriandi*), y al no concurrir, procede absolver al señor Carullá de la acusación formulada contra el mismo”.

El humorismo, en tanto que manifestación de la libertad de expresión, encuentra su mayor fuerza expansiva cuando se refiere a materias que revisten un interés público especial, esto es, cuando contribuye a forjar una opinión pública libre, garante del pluralismo político. Por ello, el humor no puede acotarse a los temas banales o triviales de la vida, sino que en los sistemas democráticos es legítimo el recurso a la ironía, a la sátira o al humor negro, en suma, servirse del *animus iocandi* para meter la hoz en materias políticas, sociales, económicas, religiosas o históricas con un mensaje que “comprende desde luego la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática, (...) de modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, 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’ ”¹².

12. STC 190/2020, de 15 de diciembre, FJ. 3.º

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos “recuerda que la libertad de expresión, consagrada por el apartado 1 del artículo 10, es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual. Sin perjuicio del apartado 2, no se aplica solamente a las ‘informaciones’ o ‘ideas’ que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay sociedad democrática”¹³.

2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

La sentencia absolutoria fue recurrida en apelación por las asociaciones querellantes y revocada por otra de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera), en la que se condenó al director de la editorial Makoki, Damián Carullá Balaguer, a una pena de prisión de un mes y un día de arresto mayor, una multa de cien mil pesetas y “aprobó con carácter definitivo el Auto dictado por el Instructor en fecha 20 de junio de 1990, y se prohibió la publicación del ‘cómics *Hitler=SS*’ en el territorio nacional”, interdicción que sigue vigente.

En la fundamentación jurídica de la sentencia sostienen los magistrados que el humor negro no es una expresión idónea de la libertad de palabra para tratar lo ocurrido en la Segunda Guerra Mundial, sino que sólo son legítimas de acceder al mercado de las ideas “las opiniones serias y fundadas sobre lo allí ocurrido y sobre la utilización que el pueblo judío ha podido hacer sobre aquellos hechos”.

Resulta una desproporcionada y arbitraria restricción de la libertad de expresión que no tiene respaldo constitucional. En un régimen de libertades los límites del humor están claros: la incitación al odio o el insulto y la injuria que agravan la dignidad humana, como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional. Por lo que el humor negro vulnerará el honor de las víctimas del Holocausto cuando no tenga otro objeto que vilipendiarlas, escarnecerlas o desmerecerlas en la consideración ajena: “(...) el art. 18.1 de la Constitución (...) impide que puedan entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con el pensamiento que se formula o con la información que se comunica o resulten formalmente injuriosas o despectivas, y ello equivale a decir

13. STEDH, de 8 de julio de 1986, caso *Lingens*, §41.

que esos derechos no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la Constitución no reconoce, ni admite el derecho al insulto”¹⁴.

La sentencia efectúa un análisis superficial, particular y tendencioso de las viñetas que integran el tebeo, sin tener en cuenta:

1.º) El contexto ideológico en el que se enmarca la obra desde el mismo título, en el que se identifica a Hitler con las SS¹⁵, cuerpo de élite encargado de gestionar y administrar los campos de exterminio, con el que los autores sostienen la implicación del *Führer* en la dirección política de las masacres producidas en los campos de concentración, narradas con crudeza en el cuerpo del cómic.

Por otra parte, la portada del tebeo, que es la presentación o puesta de largo de la obra, tiene una potencia decididamente anti-nazi: “(...) a la derecha de la siniestra ‘douche’ (ducha), un fulano malencarao, con gorra y pinta general militaruna, definido políticamente por un asqueroso brazalete, vigila –con cara de mala hostia y sadismo extremo– como un pobre judío (un hombre desamparado y triste a la cabeza de una fila de hombres desamparados y tristes), como un mártir, digo, deposita una moneda en la mano cuervoaguileña de un colaboracionista francés o judeofrancés. Se le ve el plumero al hijoeputa del centro porque vende el ‘savon’ (jabón) a 1F (un franco), y porque vuelve sus ojetes de temero degollao hacia el cabrón del fascista”¹⁶.

2.º) Las trayectorias profesionales de los autores, ligadas a la defensa de colectivos vulnerables y ajenos a la ultraderecha.

3.º) La sentencia carece de una visión global del conjunto del cómic, como exige el juicio ponderativo, para concluir que el álbum “no supone una deshonra ni un descrédito para el pueblo judío, pero sí un menosprecio de un hecho histórico en el que aparece el pueblo judío como uno de sus protagonistas; en toda la publicación se realiza mofa y escarnio de los graves hechos que tuvieron lugar en la segunda guerra mundial, y no puede admitirse bajo pretexto alguno hacer de los mismos mofa y escarnio, por muy negro que sea el humor difundido por la editorial Makoki SA”.

Sin embargo, la verdadera intencionalidad de la obra no es utilizar el humor negro para humillar o escarnecer a las víctimas del nazismo, sino que

14. STC 85/1992, de 8 de junio, FJ. 4.º.

15. “El título *Hitler=SS* es una referencia a una pintada del Mayo de 68 en París: C.R.S.=SS, como alusión al aumento de los medios represivos y a la merma de las libertades individuales, gracias a la alianza incipiente entre la nueva derecha y la derecha tradicional” (BORALLO, F., “Hitler=SS y la libertad de expresión”, *Makoki*, N.º 27, p. 37).

16. GONZÁLEZ DE LA FUENTE, L. J., “Für lesen: Hitler=SS”, *Makoki*, N.º 27, 1992, p. 28.

es un instrumento para retratar con toda crudeza los abyectos ultrajes que sufrieron las víctimas de los campos de concentración para contraponerlos a la corriente histórica revisionista que los negaba o mitigaba. Por tanto, la voluntad de los editores del álbum no es injuriar a las víctimas, entre las que se encuentran los judíos, sino que, de un examen global de la obra se desprende una intencionalidad censora o crítica, de denuncia pública en todo caso, de las aberraciones y los crímenes perpetrados en los campos de concentración.

Finalmente, debemos remarcar que esta condena constituyó el acta de defunción de la revista *Makoki*, al quedar estigmatizada como literatura nazi contemporánea: “La revista cayó en picado. Después del número de Defensa¹⁷ las ventas se desplomaron debido a la mala fama. Mala fama de cutres, de neonazis... se publicó un artículo en *La Vanguardia* titulado ‘Barcelona, centro europeo de la edición neonazi’, donde se metía *Makoki* en el mismo saco que la Librería Europea de la CEDADE”¹⁸.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 176/1995, DE 11 DE NOVIEMBRE

La Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona fue objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que desestimó la tutela de la libertad de expresión instada por el director de la editorial *Makoki*.

En este proceso constitucional tenemos un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor del pueblo judío. Adviértase que ello no significa que el cómic no recoja datos o hechos sobre los horrores de los campos de concentración, pero es doctrina constante del Alto Tribunal que cuando concurren información y opinión debe tomarse, a efecto de construir el juicio ponderativo, la libertad preeminente y, en este caso, hay una clara prevalencia de los juicios de valor¹⁹.

Por otra parte, no debemos olvidar la vocación expansiva y preeminente de la libertad de expresión en nuestro Ordenamiento jurídico, garantía del

17. “Era un *Makoki* con la portada de color marrón. ¿El título? *Dossier Corcuera=SS*, en referencia al entonces ministro del Interior, José Luis Corcuera, autor de la conocida como Ley Corcuera o ley de la patada en la puerta. Esta ley permitía a los cuerpos policiales entrar en un domicilio sin necesitar una orden o autorización judicial, sólo si sospechaban que se podía estar cometiendo un delito. Los críticos consideraron que abría la puerta al abuso policial” (Felipe Borallo, director de la editorial *Makoki*, en una entrevista del diario *Público* el 02/12/2017, <https://acortar.link/xkOFjU>).

18. Felipe Borallo en una entrevista del diario *Público*, 02/12/2017, <https://acortar.link/xkOFjU>.

19. Cfr. SSTC 258/2017, de 26 de abril y 488/2017, de 11 de septiembre, entre otras.

pluralismo político, especialmente cuanto se refiere a materias o asuntos que revisten un interés público especial para la opinión pública, como sucedía en el momento histórico en el que se publica el cómic *Hitler=SS*, en el que las teorías negacionistas y revisionistas del Holocausto estaban en boga en la Europa Occidental.

El Tribunal Constitucional no es competente en materia de legalidad ordinaria, por lo que no va a entrar en la aplicación del Código Penal, sino que va a revisar la concepción de los derechos fundamentales que ha manejado la Audiencia Provincial de Barcelona para verificar si es constitucionalmente aceptable, esto es, si se ajusta a la doctrina establecida de forma reiterada por la jurisprudencia constitucional: “(...) cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión ‘como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva del uno o del otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle (STC 171/1990)”. De ahí que la vía de amparo no ya permita sino imponga en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (art. 41.3 LOTC)”²⁰.

La libertad de expresión tiene una naturaleza dual: subjetiva o individual y objetiva o política, aunque también puede ser denominada funcional o institucional. “El primer aspecto liga este derecho al principio de la dignidad de la persona y a la igualdad de trato, el segundo al principio democrático”²¹.

El ser humano es sociable por naturaleza, por lo que requiere la comunicación con el otro para alcanzar su bienestar físico y mental, por lo que privarle de la interacción verbal con los demás implica apartarle de la comunidad política: “El privar a un hombre de su derecho a comunicarse libremente lesiona gravemente su dignidad, pues le condena al aislamiento –él, que es un ser locuaz y comunicativo, que puede hablar y le gusta que le hablen– y al empobrecimiento intelectual y moral, al

20. STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 4.º

21. SOLOZÁBAL ECHEBARRÍA, J. J., “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 23, 1988, p. 139.

embrutecimiento individual y colectivo, que, como Stuart Mill viera, es el resultado de la ausencia de debate y de la imposición dogmática de ideas”²².

“La libertad de expresión que proclama el artículo 20 en su apartado primero es ante todo un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley e incluso frente a la propia Ley si ésta intentara fijar otros límites distintos de los que la Constitución admite. De este modo el derecho a comunicar y recibir comunicación veraz, y el derecho a comunicar y recibir ideas y opiniones son derechos de libertad frente al poder que hay que considerar comunes a todos los ciudadanos. En cuanto derecho de los ciudadanos, se concreta en la realización de las posibilidades que literalmente el precepto reconoce, es decir, expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción. No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible”²³.

En cuanto a la vertiente objetiva o institucional, “la libertad de expresión resulta indispensable en el sistema democrático, pues ella es condición de la transparencia (*offenheit*), de la existencia efectiva de alternativas, de la responsabilidad y la participación racional del ciudadano en el sistema político”²⁴.

El propio Tribunal Constitucional ha destacado la centralidad de la libertad de expresión en la configuración del constitucionalismo democrático en su ya clásica STC 6/1981: “El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedaría vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 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 actuaciones del poder, *verbi gratia* las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo artículo 20, pero también

22. *Ibidem*, p. 140.

23. STC 12/1981, de 31 de marzo, FJ. 3.º

24. SOLOZÁBAL ECHEBARRÍA, J. J., *op. cit.*, p. 141.

una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social”²⁵.

El antagonista de la libertad de expresión en este conflicto constitucional es el derecho al honor. Este derecho es un límite constitucional explícito de las libertades de comunicación públicas previsto en el art. 20.4 CE. Debemos tener presente que no existe una definición legal del honor en nuestro Ordenamiento, por lo que estamos ante un concepto jurídico indeterminado. Esta laguna del legislador ha sido colmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que lo ha definido como “el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás”²⁶ y también como “(...) la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no va acompañada de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o la difamación, lo infamante. El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982), como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas. Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo”²⁷. Por tanto, el contenido esencial del derecho al honor no es pétreo, sino dúctil e inestable, mudable en definitiva, “dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”²⁸, que serán las que definirán su perímetro jurídico al objeto de resolver los conflictos constitucionales.

Un punto relevante del presente caso concierne a la extensión de la titularidad del derecho al honor, efectuada por la trascendente STC 214/1991²⁹—cuya doctrina asume la presente Sentencia en su fundamento jurídico tercero—, a los colectivos o grupos humanos sin personalidad jurídica y que, por tanto, en cuanto tales carecen de órganos de representación, pero que proyectan una neta y consistente personalidad por cualquier otro rasgo dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el étnico, el sociológico, el religioso, etc., de modo que cuando se atenta contra los derechos o intereses legítimos del colectivo están legitimados, por sustitución, las personas naturales o jurídicas de su ámbito

25. STC 6/1981, 16 de marzo, FJ. 3.º.

26. STC 85/1992, de 8 de junio, FJ. 4.º.

27. STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ. 3.º.

28. STC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ. 4.º.

29. La primera sentencia en la que el Alto Tribunal se refiere al discurso del odio.

cultural y humano, con el fin de que puedan ejercitar las acciones civiles y penales correspondientes³⁰.

Entrando en el fondo del conflicto constitucional, la Sentencia del Tribunal Constitucional, tras un examen insuficiente, descontextualizado y epidérmico del álbum *Hitler=SS*, efectúa una interpretación absolutamente errada del contenido y significado del cómic que la aboca a desestimar el amparo instado por el recurrente. Vamos a examinar y refutar los argumentos esgrimidos en la resolución:

1.º) La sentencia afirma su voluntad de analizar el contenido y bucear hasta el fondo del álbum para desentrañar el auténtico significado del mensaje, pero en vez de ofrecer razones concretas por las que considera que “la finalidad global de la obra es humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy principalmente los judíos” asevera que el cómic tiene “un mensaje tosco y grosero, burdo en definitiva, ajeno al buen gusto” y refiere críptica y vagamente “a que en lo que se dice y en lo que se calla entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias”.

La imputación racista al cómic carece de fundamento porque en ninguna viñeta se ofenden o desprecian las creencias o los rasgos étnicos del pueblo judío. Son víctimas junto con los demás. Es cierto que en algunos episodios aparecen como colaboracionistas de los nazis, fiel reflejo de la historia, pero en otros se realzan sus virtudes y valores humanos, muy meritorios especialmente en un ambiente –los campos de concentración– de terrible angustia y desesperación en el que el alma humana tiende a ofrecer su versión más abominable y mezquina. Se relatan en el tebeo “comportamientos heroicos descritos con evidente ternura hacia las víctimas de los campos de exterminio”. Valeroso al límite es sin duda el enfrentamiento de nuestro colega judío contra esa “basura fascista de extrema derecha” que es el comandante hemorróico de “Nada de líos con los vecinos” (pp. 17-21); conmovedora la entereza y la dignidad de la pareja salvajemente torturada por obtusos aprendices de funcionarios en “Alambradas 1, Visitantes 0” (pp. 51-54) y audaz total el intento de fuga de nuestros paisanos de “Las alambradas en la pradera (pp. 85-88)”³¹.

Por otra parte, una interpretación literal de las viñetas y del texto del álbum, como la que hace la Audiencia Provincial y el Tribunal Constitucional, conduce a un grave error interpretativo del propósito del tebeo y de la intencionalidad de los creadores y editores, almendra del conflicto

30. STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ. 3.º.

31. GONZÁLEZ DE LA FUENTE, L. J., *op. cit.*, pp. 28 y 29.

jurídico, pues impide comprender cabalmente que la ironía o el sarcasmo que exhalan la ilustración de Goebbels, el póster de la página 46 o la naturaleza satírica de la arrogancia y la violencia física y verbal de los militares nazis, contrapuesta a la fragilidad de las víctimas, no constituyen ni una apología del fascismo ni del Holocausto, ni una humillación o vejamen a las víctimas (entre las cuales las mujeres sufren un trato especialmente feroz), como asegura el Alto Tribunal, sino que es la forma con la que los autores pretendieron censurar y reprobar las teorías revisionistas de los años ochenta en Europa, que negaban o matizaban el Holocausto y los crímenes perpetrados por los nazis en los campos de concentración. Así de claro lo expusieron en el recurso de amparo:

“(...) la creación y publicación del álbum ‘Hitler=SS’ se enmarca en el renacimiento en Europa de ideas y corrientes de claro contenido neonazi y revisionista de los acontecimientos históricos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial, concretamente de la existencia de un genocidio y de la planificación de un exterminio de las razas consideradas inferiores o subordinadas a la aria, como era, entre otras muchas, la judía. Dado el auge, tanto ideológico como social de tales doctrinas, que no cabe olvidar tuvieron un importante apoyo electoral en Francia, país natal de los autores Vuillemin y Gourio, con el fenómeno Le Pen, aquellos se plantearon la realización de un cómic con el que satirizar y ridiculizar, usando el grafismo y el lenguaje que le es propio a este género literario, el fenómeno distorsionador o negador de la existencia de los campos de exterminio nazis.

Cobra por ello todo su sentido la apostilla crítica y satírica contenida en el pórtico del libro de que ‘todo parecido con seis millones de personas que jamás han existido es pura coincidencia’, frase atribuida precisamente a dicho dirigente político. Por lo tanto, en modo alguno pueden identificarse las expresiones o manifestaciones contenidas en el álbum con la ideología o pensamiento propio de sus autores y de los directores que hayan podido adquirir los derechos de edición de la obra. Esta disociación resulta elemental y básica para la apreciación, en su caso, de la existencia del animus o intencionalidad que pudiera revestir carácter delictivo”.

2.º) Asevera el Tribunal que el tebeo, por sus características intrínsecas, está destinado a los niños y jóvenes, por lo que sería muy dañina su lectura a causa de sus mensajes racistas y de contenido pornográfico: “Por esta condición del público lector al cual se dirige el mensaje, hay que ponderar su influencia sobre personalidades en agraz, aun no formadas por

completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles (...) a ese mensaje racista, ya de por sí destructivo, le sirve de vehículo expresivo un talante libidinoso en las palabras y en las gestos o las actitudes de los personajes que bien pudiera ser calificado, más de una vez, como pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española de hoy en día y desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos, en una enumeración abierta”³².

Sin embargo, este argumento es manifiestamente insostenible e impropio del Alto Tribunal: los magistrados obvian que el formato cómic está también dirigido a un público adulto, como en este caso en el que en la portada hay una señal muy gráfica de una calavera negra sobre dos huesos en un fondo rojo que reza “peligroso para la juventud” y, a mayor abundamiento, el cómic se vendía plastificado, por lo que ni siquiera podía ser ojeado por los menores en las tiendas.

Felipe Borallo, director de la editorial Makoki, en una entrevista al diario *Público* afirmaba que este argumento del Alto Tribunal era propio de la ideología nacional socialista: “Esto sí que son palabras nazis. Es lo que diría Göring: Arte degenerado. Queme el libro y el autor”³³

3.º) Sostiene el Tribunal que “a lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación”. Antes de entrar en las valoraciones propias del caso, resulta imprescindible acotar el concepto del discurso del odio: “El término ‘discurso de odio’ debe ser entendido abarcando toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”³⁴.

Yerra el Tribunal al imputar, de forma descontextualizada, un discurso del odio contra los judíos a los responsables del álbum: el cómic recrea, de una forma zafia y chabacana, la vida en los campos de concentración, el

32. STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 5.º.

33. <https://acortar.link/xkOFjU>.

34. La Recomendación n.º R (97) 20, de 30 de octubre de 1997, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre discurso de odio. Cfr. REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.), *Libertad de expresión y discurso del odio*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2015 y ALCÁ-CER GUIRAO, R., “Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EEUU y Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 103, 2015.

único odio que aparece en el tebeo es el que profesan los miembros de las SS nazis contra los prisioneros, fiel reflejo de la historia de la II Guerra Mundial. La satírica descripción de los horrores que sufrieron no puede ser concebida como un menosprecio o ultraje a las víctimas, sino como una denuncia de la barbarie, al igual que ha hecho el cine o las novelas históricas.

El lenguaje es nuclear en la constitución de la subjetividad, somos seres lingüísticos. “El insulto es un acto que extrae su fuerza de ese carácter dependiente del lenguaje que tiene todo sujeto. Y por eso el lenguaje del odio es un acto de agresión y de violencia. La sátira es una forma de crítica social. La sátira puede ser irreverente y ofensiva, pero es la envoltura que recubre unas ideas, es un medio de comunicación que puede hacer más evidente y atractivo el mensaje. Así pues, habría que preguntarse ¿hay alguna tesis, exagerada o equivocada, algún tipo de mensaje detrás del cómic, en cuyo caso ello forma parte de un debate intelectual o moral que no puede ser censurado en un Estado democrático, aunque despierte sentimientos de rechazo e indignación, o solo pretende asignar a los judíos una identidad de sujetos odiosos?”³⁵ Parece evidente que, por lo que llevamos expuesto, hay un mensaje muy claro en el cómic.

4.º) El Tribunal niega el valor histórico a la obra y desconoce su mérito informativo o cultural: “(...) por su contenido narrativo y su forma compleja, gráfica y literaria, es una obra de ficción, sin la menor pretensión histórica”³⁶. Resulta palmario que, como bien advirtió el Juez de lo Penal, el cómic narra o relata el salvajismo en los campos de concentración nazis, un hecho histórico incuestionable, con independencia del género literario utilizado para transmitirlo.

5.º) El Tribunal sostiene, por una parte, que el *animus iocandi* de Hitler=SS tiene como fin ultrajar a las víctimas judías porque “lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto, rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto”; “un cómic como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra”.

Por otra, el Tribunal niega que sea humor lo que aparece en el álbum por alejarse “de la preceptiva literaria”, erigiéndose en adalid de la

35. SAAVEDRA, M., “El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º 55, 2006, p. 570.

36. STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ. 2.º

ortodoxia del género. Finalmente, concluye que el cómic “hace apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos a costa de la humillación de sus víctimas”.

Estos graves pronunciamientos son un trazo grueso descalificatorio de la obra, huérfanos de justificación suficiente. Desde la primera página, el cómic rezuma procacidad y mal gusto, configurando una tétrica atmósfera en consonancia con los atroces relatos que compone el álbum. Al término de su lectura, la sensación de aflicción y congoja invade el alma de lector ante unos hechos espeluznantes presentados con la crueldad propia que sufrieron las víctimas en los campos de concentración nazis. No hay ensañamiento con los judíos, que aparecen junto con otras víctimas (mujeres, homosexuales, comunistas), sino un crudo realismo dirigido a denunciar y recordar una verdad histórica: la inédita barbarie de los crímenes nazis, sin perjuicio de que algunas viñetas, aisladamente consideradas, resulten hirientes para las víctimas, pero el álbum, valorado en su conjunto y de forma contextualizada, constituye un legítimo medio de comunicación para conectar con determinados sectores de la población que sintonizan con este tipo de publicaciones.

Por otra parte, el Alto Tribunal soslaya absolutamente el contexto histórico-político en el que se enmarca la obra, el propio título del cómic con el que los autores atribuyen a Hitler y a las SS la responsabilidad de los horrores perpetrados en los campos de concentración, la potencia anti-nazi de la propia portada, la biografía de los autores y la trayectoria de la editorial Makoki, todos estos elementos le han impedido percibir la verdadera finalidad del álbum: impugnar las teorías negacionistas del Holocausto y de los campos de concentración mediante la denuncia del exterminio sistemático de seres humanos, por razones ideológicas o raciales, en las cámaras de gas de los campos de concentración por orden de Adolf Hitler.

IV. CONCLUSIONES

La sátira ha sido una forma de expresión artística del ser humano desde la noche de los tiempos, recordemos *Las Nubes* de Aristófanes en la Antigüedad clásica u otras obras más recientes como *Muerte accidental de un anarquista* de Darío Fo. El hombre es un ser creativo y la ironía y el sarcasmo han sido refinadas armas para censurar los abusos del poder político y ridiculizar a bochornosos representantes públicos.

El caso *Hitler=SS* fue un escándalo en Europa occidental que despertó la férula censora y represora de los poderes constituidos. Se sucedieron prohibiciones y secuestros en Francia, Italia y España ante las presiones de determinadas comunidades judías que entendieron que el tebeo

constituía un ultraje al honor de pueblo judío y un escarnio a sus creencias religiosas.

La miopía judicial debilitó la causa de la libertad y la pugna dialéctica con las teorías negacionistas de los campos de exterminio que imperaban en el Viejo Continente. En las sociedades democráticas el mercado de las ideas debe ser lo más amplio y extenso posible para que todos los sectores sociales puedan verse representados y los medios de comunicación no pueden sufrir restricciones injustificadas, ni estar sujetos a ortodoxias literarias o estéticas.

El mal gusto, lo grotesco, zafio o desagradable no pueden ser criterios limitativos de la libertad de expresión, tampoco los juicios de valor molestos o hirientes para determinados colectivos siempre que no sean puramente injuriosos, tendentes al escarnecimiento público o constituyan una incitación al odio. Por ello, es nuclear efectuar un análisis global o de conjunto cuando tenemos un conflicto en el que resultan concernidas las libertades de comunicación pública, teniendo siempre presente su vocación y fuerza expansiva cuando se refieren o aluden a materias que revisten un interés público especial, como fue el caso de las teorías revisionistas del Holocausto y de los campos de exterminio que se extendieron por Europa en la década de los ochenta.

La condena injusta a un medio comunicación, sobre todo cuando se le impone la mácula de nazi, provoca un inmenso desprestigio que puede provocar, en los casos más graves, su muerte social, como así ocurrió con la editorial Makoki, y en cualquier caso un efecto desaliento, que contrae sobremanera del mercado de las ideas, termómetro de la calidad democrática de un país. Este efecto desaliento se propaga como una mancha de petróleo impregnando a los demás medios y propicia la indeseable y apocada tendencia a la autocensura, demasiado frecuente en los sistemas democráticos donde impera el anodino discurso de lo políticamente correcto, ligado a las ideologías pujantes de la coyuntura histórica, y dirigido a congraciarse con los centros de poder político –en un entorno de grave crisis económica de los medios de comunicación de masas que amenaza seriamente su sostenibilidad– en orden a conseguir las jugosas subvenciones públicas.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R., "Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EEUU y Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 103, 2015.

- BORRALLO, F., *Hitler=SS y la libertad de expresión*, *Makoki*, N.º 27, 1992.
- GONZÁLEZ DE LA FUENTE, L. J., "Für lesen: *Hitler=SS*", *Makoki*, N.º 27, 1992.
- PÉREZ GARZÓN, J. S., "Revisionismo: ¿calificación sectaria u obligación científica?", *Con-Ciencia Social*, N.º 20, 2016.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.), *Libertad de expresión y discurso del odio*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2015.
- RODRÍGUEZ JIMENEZ, J. L., "El revisionismo nazi", *El País (Tribuna)* 3/07/1990.
- SAAVEDRA, M., "El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º 55, 2006.
- SAVATER, F., "Revisión del revisionismo", *El País (Tribuna)*, 12/02/1989.
- SOLOZÁBAL ECHEBARRÍA, J. J., "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 23, 1988.
- TRAVERSO, E., "Revisión y revisionismo", *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, N.º 14, 2004.

III ANZADI

Delitos de calumnias e injurias al Rey y a otras personas vinculadas a la Corona (arts. 490.3 y 491 CP): marco de legitimidad y alternativas a su regulación actual

VÍCTOR MANUEL MACÍAS CARO

*Profesor Ayudante Doctor
Universidad Pablo de Olavide/Universidad de Ferrara*

SUMARIO: I. EL MARCO DE LEGITIMIDAD: LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC Y DEL TEDH EN MATERIA DEL CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y HONOR DE LOS JEFES DE ESTADO. 1. *El marco establecido del Tribunal Constitucional: amplia libertad de crítica política, con las limitaciones del menosprecio innecesario, el discurso del odio y la incitación a la violencia –incluso eventual–, y atención a la proporcionalidad de la pena.* 1.1. El caso Otegi Mondragon: mayor ámbito de libertad de expresión en la crítica política, con el límite de la necesidad de los términos ofensivos a la esencia de la idea expresada. 1.2. El caso de la quema del retrato de los reyes en Gerona: innecesidad del menosprecio para expresar ideas, prescripción del odio antimonárquico y la “incitación eventual” a la violencia, proporcionalidad de la pena de multa. 2. *El marco de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: la tutela reforzada de las injurias al rey es contraria al espíritu del Convenio y las penas de prisión no son necesarias en una sociedad democrática.* II. LAS ALTERNATIVAS POLÍTICO-CRIMINALES A LA SITUACIÓN ACTUAL. 1. *La alternativa más adecuada a la situación actual: la destipificación.* 2. *La segunda mejor solución: la reforma*

para eliminar la tutela reforzada, la pena de prisión y para implementar la jurisprudencia del TEDH. 3. Lo mínimo exigible: interpretación y aplicación de la ley vigente conforme a la jurisprudencia del TEDH.
BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han dibujado un marco de legitimidad que el legislador y los tribunales españoles deben respetar a la hora de tipificar y aplicar el delito de injurias al rey. Las limitaciones a la libertad de expresión deben ser excepcionales en el contexto del debate político, en especial cuando estas consisten en sanciones penales. El respeto a este marco conllevaría como mínimo una interpretación y aplicación restrictiva del delito, aunque más adecuado sería su reforma o su derogación como delito específico.

PALABRAS CLAVE: injurias al Rey, jurisprudencia constitucional, TEDH, despenalización, reforma, interpretación.

I. EL MARCO DE LEGITIMIDAD: LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC Y DEL TEDH EN MATERIA DEL CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y HONOR DE LOS JEFES DE ESTADO

El Código penal español tipifica como delito, dentro de los llamados “delitos contra la Constitución”, la conducta que constituya calumnias o injurias al rey o reina y a otras personas vinculadas con la Corona (cualquier ascendiente o ascendiente del rey o reina; la reina consorte o el consorte de la reina; el regente o algún miembro de la Regencia; y el príncipe o princesa de Asturias), ya sea “en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas” (art. 490.3 CP) como fuera de esos casos (art. 491.1 CP), además de la utilización desprestigiante de la imagen de dichas personas “de manera que pueda dañar el prestigio de la Corona” (art. 491.2 CP)¹.

1. *“Artículo 490. (...) 3. El que calumniare o injuriare al Rey, a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la multa de seis a doce meses si no lo son.*

Artículo 491.1. Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses.

2. Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o de la Reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o de la Princesa de Asturias, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona”.

La aplicación de estos delitos por parte de los tribunales españoles ha generado, en la opinión pública y en la doctrina científica, un intenso debate sobre su legitimidad y sobre los límites de la libertad de expresión en relación con el honor del jefe del Estado y el prestigio de la institución monárquica. Además, algunos casos han sido examinados por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Todo ello ha ido conformando una doctrina jurisprudencial en materia de limitación por parte del ordenamiento penal de la libertad de expresión en materia política y más concretamente en lo que afecta al honor o la dignidad de jefes de Estado, lo cual nos permite trazar un marco con los criterios de legitimidad constitucional y de conformidad con el CEDH de la tipificación y aplicación de estas figuras delictivas.

1. EL MARCO ESTABLECIDO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: AMPLIA LIBERTAD DE CRÍTICA POLÍTICA, CON LAS LIMITACIONES DEL MENOSPrecio INNecesario, EL DISCURSO DEL ODIo Y LA INCITACIÓN A LA VIOLENCIA –INCLUSO EVENTUAL–, Y ATENCIÓN A LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

Con respecto al Tribunal Constitucional, las dos resoluciones más relevantes en esta materia han sido la del caso Otegi Mondragon² y la del caso de la quema del retrato de los reyes en Gerona³.

1.1. El caso Otegi Mondragon: mayor ámbito de libertad de expresión en la crítica política, con el límite de la necesidad de los términos ofensivos a la esencia de la idea expresada

Los hechos probados en la sentencia de primera instancia se resumen en que, en fecha de 26 de febrero de 2003, el diputado del Parlamento vasco Arnaldo Otegi Mondragon realizó las siguientes declaraciones: “¿Cómo es posible que se fotografíen [refiriéndose a los miembros del

Para un análisis de estos tipos, v., por todos, los comentarios de MARTÍNEZ GUERRA (2016), Tamarit Sumalla (2016), Colina Orquendo (2017) y REIG (2018); para un análisis que incluye el estudio sistemático de la jurisprudencia española y europea, me permito remitir a MACÍAS CARO (2021).

2. V. ATC 177/2005, de 22 de julio, y, entre muchos otros, los siguientes comentarios sobre la misma: GÓMEZ CORONA (2011), SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA (2011).
3. V. STC 177/2015, de 22 de julio, y, entre muchos otros, los siguientes comentarios sobre la misma: GARCÍA ANDRADE (2016), ROLLNERT LIERN (2017), PRESNO LINERA (2018), AL HASANI MATURANO (2019).

Gobierno vasco] hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?”⁴.

Otegi fue absuelto en esta primera instancia aplicando la doctrina que el propio Tribunal Constitucional había dictado previamente sobre manifestaciones realizadas en el ámbito del discurso político, argumentando que, si bien las declaraciones “son claramente ofensivas, impropias, injustas, oprobiosas y ajenas a la realidad”, “no puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando éste aparezca como un interés preponderante sobre el honor, particularmente *cuando se trata de la formación de la opinión pública en cuestiones político-estatales, sociales, etc*”. y, en este caso, “*no se trata de una cuestión referente a la vida privada del Jefe del Estado sino del rechazo de la vinculación del poder político fundado en el carácter hereditario de la institución que aquél personalmente simboliza y a la vez del desconocimiento de la autoridad que de ella emana como manifestación de la idea que el autor quiere difundir, en tanto contrario a la forma de Estado adoptada por la Constitución de 1978*”⁵.

La referencia al Tribunal Constitucional en esta sentencia de primera instancia es a su STC, Sala 2.ª, 46/1998, de 2 de marzo (que, en realidad, se remite en este extremo a la doctrina ya asentada por la STC, Sala 1.ª, 107/1988, de 8 de junio). En estas resoluciones se contienen ya dos elementos fundamentales del marco constitucional que estamos reconstruyendo: 1) que el derecho al honor se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información cuando sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas

4. Para entender el contexto, las declaraciones tuvieron lugar tres días después de las supuestas torturas al director del periódico Egunkaria, cuestión a la que hace expresa referencia la absolución en primera instancia (“La aplicación de la anterior doctrina al supuesto enjuiciado comporta inevitablemente la exclusión de los hechos imputados del tipo penal del artículo 490.3 CP, en la consideración de que las declaraciones se realizaron (...) en el marco inferible en el que se desenvuelve, que es la crítica política al Lehendakari por su formal hospitalidad en el recibimiento ofrecido a S.M. el Rey, D. Juan Carlos I, en las circunstancias que refiere de cierre de la revista Egunkaria y detención de sus responsables, además de la denuncia de malos tratos hecha pública por aquéllos, y por tanto, ajeno al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros”, v. STJ País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 18 de marzo de 2005, FJ 2.º) y sobre la que, paralelamente y años más tarde, fue condenado el Reino de España por el TEDH porque “las investigaciones llevadas a cabo en el caso presente no lo han sido con la suficiente profundidad”, v. STEDH (Sección 3.ª) de 16 de octubre de 2012, Otamendi Egiguren c. España, §41.
5. STJ País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal, de 18 de marzo de 2005, FJ 2.º. Las comillas son nuestras.

en asuntos de relevancia pública, estando obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, y 2) que estarán desprovistas del valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquéllas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.

No obstante, recurrida esta primera sentencia, el Tribunal Supremo la revoca sobre la base de que las declaraciones “expresan un evidente menosprecio a SM el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad, por lo que, en este caso, *el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas*”⁶. La idea es la misma, lo que cambia es la apreciación sobre si las declaraciones concretas ofenden a honor de manera proporcional al ejercicio legítimo de la libertad de expresión o si son necesarias a la esencia de la idea que expresan.

Posteriormente, planteada demanda de amparo, el Tribunal Constitucional la inadmite, aunque no elude entrar en la cuestión en su extenso auto: “[e]n el presente caso el recurrente ha expresado su opinión sobre la institución monárquica, más en concreto sobre la Monarquía española, pero el reproche penal que realizan las Sentencias impugnadas no encuentra su base en el posicionamiento ideológico del recurrente, contrario a la institución monárquica y a la Monarquía española, sino en determinadas expresiones vertidas (...) que, sobre la base de respetar la ideología antimonárquica del recurrente, pueden trasvasar el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, para inmiscuirse en el derecho al honor del Rey”, de modo que “es precisamente en la *innecesidad de algunas de las expresiones vertidas en dicho artículo, y no en la ideología del recurrente, en las que encuentra su base la condena penal*”⁷.

El Tribunal constitucional, en este caso, no solo hace suya la idea de innecesidad, sino que la erige en límite realmente operante a la libertad

6. STS, Sala de lo Penal (Sección 2.ª), 1284/2005, de 31 de octubre, FfJJ 3.º y 4.º. Las comillas son nuestras.
7. ATC 213/2006, de 3 de julio, FJ 2.º, que cita a su vez el ATC 19/1992, de 27 de enero, FJ 2.º, sobre el caso de un artículo publicado en Egin, supuesto que no es idéntico, dado que Otegi era un representante electo ejerciendo sus funciones de participación en el debate público.

de expresión. Se instituye, por lo tanto, un juicio de necesidad de la expresión, que divide los ejercicios de la libertad de expresión en necesarios e innecesarios. Es decir, en el fondo, *se juzga la forma de expresar la idea*, de manera que la transmisión de una idea estaría amparada por la libertad de expresión en abstracto, pero no en todos los casos concretos, dependiendo de los términos que se hayan escogido para transmitirla.

1.2. El caso de la quema del retrato de los reyes en Gerona: innecesariedad del menosprecio para expresar ideas, prescripción del odio antimonárquico y la “incitación eventual” a la violencia, proporcionalidad de la pena de multa

El otro caso paradigmático en cuestión de injurias al rey se inició cuando, tras celebrarse un acto de protesta contra la monarquía en la plaza de Vino de Gerona el 13 de septiembre de 2007, y coincidiendo con una visita institucional del rey a dicha ciudad, dos personas colocaron bocabajo una fotografía de gran tamaño de Juan Carlos I y Sofía, la rociaron de líquido inflamable y le prendieron fuego⁸. A la protesta le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía “300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española”. Estos hechos fueron objeto de una condena por parte de la Audiencia Nacional⁹, posteriormente confirmada en apelación¹⁰. El caso fue recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional, que desestimó el recurso¹¹.

En la sentencia de primera instancia, ante la alegación de que los acusados estaban ejerciendo el derecho fundamental a la libertad de expresión, el juzgador alude de nuevo a la idea de innecesariedad: “es obvio que para manifestar el rechazo a la monarquía no es necesario menospreciar a SS.MM. los Reyes, quemando su fotografía, tras haberla colocado deliberadamente bocabajo”, por lo que distingue entre, por una parte, el momento en el que “los acusados se manifiestan pacíficamente y sin armas (art. 21 CE) coreando gritos antimonárquicos y portando pancartas con expresiones en el mismo sentido” y, por otra parte, “cuando en abuso

8. Analizan el caso desde el punto de vista doctrinal y crítico: TERUEL LOZANO (2017a), ROLLNERT LIERN (2017), GONZÁLEZ BALLESTEROS (2018), MATÍA PORTILLA (2018), PRESNO LINERA (2018), MARCHENA GALÁN (2018), AL HASANI MATURANO (2019) y CABELLOS ESPIÉRREZ (2019). Se muestra en favor de la tesis de que la quema del retrato está fuera de los límites de la libertad de expresión: FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2016).

9. SAN JCP 40/2008, de 9 de julio.

10. SAN, Sala de lo Penal (Pleno), de 5 de diciembre de 2008.

11. STC 177/2015, de 22 de julio.

del ejercicio del derecho se pretende menoscabar y desprestigiar la dignidad de otro, en este caso, la Institución de la Corona”¹². En sede de apelación se confirma una vez más que “los hechos enjuiciados exceden del ejercicio de un derecho, el de libertad de expresión en su vertiente de crítica político-institucional, como causa de exención de la responsabilidad criminal” porque la conducta enjuiciada es “innecesaria para defender la opinión de los concentrados y es formalmente injuriosa”¹³.

Como en el caso anterior, el Tribunal Constitucional la demanda de amparo y confirma la compatibilidad de la sentencia recurrida con la jurisprudencia previa sobre la base de tres argumentos:

- el encuadramiento de la conducta en el denominado “*discurso del odio*”, del cual, si bien “las manifestaciones más toscas (...) son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas (...) lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”¹⁴;
- la existencia de un “riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una *incitación a la violencia* y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan. Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía

12. SAN JCP 40/2008, de 9 de julio, FJ 3.º.

13. SAN Sala de lo Penal (Pleno), de 5 de diciembre de 2008, FJ 7.º.

Contra el parecer mayoritario de la sentencia de apelación se formularon dos votos particulares, fundamentados en la naturaleza político-ideológica de la conducta: “el acto de la quema de ‘una fotografía institucional’, aquella que se utiliza en las sedes oficiales y preside los actos públicos, de SS.MM. los Reyes de España, dentro de una concentración o manifestación organizada por plataformas contrarias a la Monarquía como forma de Gobierno, integra en mi opinión una crítica a una causa pública que de manera alguna supone un menosprecio intrínsecamente vejatorio carente de relación con la ideología expresada, sin que afecte al núcleo íntimo de la personalidad”(voto particular de Guevara Marcos, numeral 4); y en la adecuación del medio a la finalidad perseguida, contrastando con la idea mayoritaria de la innecesaridad: “La crítica [a la Monarquía] se desarrolló mediante la utilización de un lenguaje simbólico propio y adecuado. (...) Prender fuego a banderas, símbolos, fotografías o representaciones iconográficas del poder en manifestaciones callejeras es un hecho normal en nuestro mundo globalizado, una manera de exteriorizar un rechazo radical (...) Quemar una efigie o un icono del poder es un acto ritual (...), persigue poner de manifiesto que ese símbolo de la fuerza estatal es mortal (...). Por ello, el disidente se confronta con la efigie, no insulta, solo expresa rechazo” (voto particular de Sáez Valcárcel, numeral 2).

14. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4.º.

de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas (...)”¹⁵;

- la *proporcionalidad de la sanción a la entidad del hecho*, dado que “en el presente supuesto la inicial pena de prisión fijada en aplicación de lo previsto en el art. 490.3 CP ha sido sustituida por multa de treinta meses a razón de una cuota diaria de 3 euros, por lo que la cuantía final sería de 2.700 euros”¹⁶.

Los dos primeros argumentos, imbricados en la fundamentación jurídica de la sentencia, han sido ampliamente criticados por la doctrina, llegando a decirse de ella que supone “defender lo indefendible”¹⁷ y también por algunos de los magistrados disidentes, que arremetieron con inusitada dureza contra el fallo mayoritario¹⁸. En concreto, con respecto al segundo, el Tribunal determinó la presencia de un “riesgo evidente de que *el público presente percibiera la conducta* de los recurrentes como una incitación a la violencia y al odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan [...] tal acción *pudo suscitar* entre los presentes reacciones violentas”¹⁹, por lo que no cabe sino denominar a esta incitación a la violencia como “eventual”. De nuevo, el parecer mayoritario se encuentra con la contradicción de los votos particulares: “es ineludible verificar seriamente el eventual riesgo de la escalada violenta, en cuanto a su claridad y a su conexión de inmediatez”²⁰. Por último, sobre el tercero de los argumentos, como

15. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 5.º.

16. Ídem. Las cursivas son propias.

17. MARTÍN HERRERA (2018), p. 1.

18. STC 177/2015, de 22 de julio, votos particulares de Asúa Batarrita y Valdéz Dal-Ré y de Xiol Ríos. En palabras de la magistrada Asúa Batarrita, la argumentación del Tribunal “aboca, ante todo, a una clara alteración de la calificación jurídica de los hechos, y, a continuación, a una incongruencia omisiva, porque deja sin responder el objeto del amparo”. Igual de contundente resulta otro de los votos particulares, que afirma que la condena resulta “incoherente con el interés protegido por el tipo penal” y critica que “la función que debe desarrollar un tribunal de garantías constitucionales en este tipo de supuestos de reacción penal ante el ejercicio supuestamente incurso en extralimitación del derecho a la libertad de expresión no puede ser la búsqueda imaginativa de cualquier límite hipotéticamente concurrente que no haya sido el que concretamente justificaba la reacción penal y fue objeto de contradicción en el proceso de instancia”.

19. STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 5.º. A juicio de TERUEL LOZANO (2017c), p. 10, lo hizo sin aportar ningún juicio consistente sobre la ofensividad concreta de las conductas que permita determinar que existió un peligro real o una efectiva humillación. En sentido parecido, v. Holgado (2021), p. 276.

20. STC 177/2015, de 22 de julio, voto particular de Asúa Batarrita y Valdéz Dal-Ré, en el que se reclama que el Tribunal el incorpore el test del peligro claro e inminente como “estándar operativo para demarcar el campo del discurso protegido en el marco constitucional e internacional de los derechos humanos”, dado que sí reconoce que

comprobaremos más adelante, fue el TEDH el que lo contrastó sobre la base de que, aunque la pena fuese de multa, esta habría de sustituirse por una de prisión en caso de impago.

En conclusión, la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional al enjuiciar la constitucionalidad del tipo de injurias al rey, con independencia de su aplicación a los casos concretos, se puede resumir en los siguientes elementos: el delito de injurias al rey no impide una amplia libertad de crítica en el terreno político, que llega al reconocimiento de que la tutela del honor se ve disminuida proporcionalmente a la importancia de la libertad de expresión en cuestiones de interés público; no obstante, existen ciertos límites a la libertad de expresión, los cuales sitúan más allá de lo protegido por la libertad de expresión –e, implícitamente, dentro del ámbito de tipicidad de las injurias al rey– aquellas formas de expresión o términos que sean innecesariamente vejatorios u ofensivos para transmitir la idea antimonárquica, o bien que constituyan un discurso de odio dirigido a la Corona o al monarca, o bien que puedan eventualmente incitar a la violencia a los destinatarios del mensaje; la pena de prisión, abstractamente aplicable por este delito, es compatible con la tutela de la libertad de expresión, según doctrina del TEDH, cuando se traspasan los límites descritos anteriormente.

2. EL MARCO DE CONFORMIDAD CON EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LA TUTELA REFORZADA DE LAS INJURIAS AL REY ES CONTRARIA AL ESPÍRITU DEL CONVENIO Y LAS PENAS DE PRISIÓN NO SON NECESARIAS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

La conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de la tipificación de las injurias al rey como delito en el Código penal y de la aplicación de las penas previstas en dicha disposición se mide de acuerdo con los conocidos tres juicios: el juicio de legalidad (si la restricción de la libertad de expresión está “prevista por la ley”; el juicio de finalidad (si el objetivo por el cual se ha establecido la restricción responde a alguno de los designados por el artículo 10 del Convenio, esto es: seguridad nacional, integridad territorial o seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o la moral, protección de la

“cualquier forma de expresión que incite, promueva o propague el odio racial, la xenofobia, u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un *efecto cierto de amenaza* que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados *colectivos socialmente vulnerables*” (cursivas propias).

reputación o derechos de terceros, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o, por último, la autoridad e imparcialidad del poder judicial); en tercer lugar, el *juicio de necesidad y proporcionalidad* (si la restricción o sanción es necesaria en una sociedad democrática, lo cual conlleva un examen de proporcionalidad en relación con la consecución de la finalidad perseguida, atendiendo a los medios disponibles y a la posibilidad de recurrir a medidas menos limitativas de la libertad de expresión²¹).

A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado superados los dos primeros juicios en los dos casos planteados contra España en materia de libertad de expresión en relación con el honor del rey²²: el delito de injurias al rey está –obviamente– recogido en la ley y la finalidad de la norma –proteger el honor del jefe del Estado– es legítima abstractamente. No obstante, la aceptación de la legitimidad de la finalidad de la protección del honor, en el caso de las personas políticas y jefes de Estado, está –por así decirlo– condicionada al respeto a un mayor ámbito de libertad en estos casos. En este sentido, el TEDH ha mantenido que “los límites de una crítica aceptables son más amplios respecto a los políticos como tales que con respecto a un particular. A diferencia de este, aquel se expone consciente e inevitablemente a un control atento de todas sus palabras y actos, tanto por los periodistas como por los ciudadanos y debe, por lo tanto, mostrar un mayor grado de tolerancia”²³.

En concreto, con respecto a las injurias al rey en España, el Tribunal de Estrasburgo consideró en el caso Otegi que:

“(…) a pesar de las diferencias existentes con un régimen republicano como el de Turquía, los principios que se deducen de su propia jurisprudencia en la materia son en teoría también válidos respecto un régimen monárquico como el de España, donde el Rey ocupa una posición institucional singular, como lo recuerda el Gobierno. (...) El Tribunal considera que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o –como en

21. Sobre estos tres criterios de determinación, v. ECHR, *Guide on Article 10 of the European Convention of Human Rights. Freedom of expression*, 2022, pp. 20-26.

22. PETIT DE GABRIEL (2021), pp. 52 y ss.

23. STEDH (Pleno) de 8 de julio de 1986, *Lingens c. Austria*, § 42; es de reseñar que el Tribunal también declara que “un político tiene por supuesto derecho a que su reputación sea protegida, incluso cuando no esté actuando en su esfera privada, pero los requisitos para dicha protección tienen que ser ponderados con el interés de una discusión abierta en materia política”. Todo ello confirmado en otras ocasiones, como en la STEDH (Pleno) de 23 de mayo de 1991, *Oberschlink c. Austria*, § 59.

el caso— como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico”²⁴.

No obstante, el propio Tribunal reconoció que “es totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional” (*juicio de legitimidad*), aunque recuerda que “la posición dominante que estas Instituciones ocupan, obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal”, y concluye que “nada en las circunstancias del presente caso (...) podía justificar la *pena de prisión*” (*juicio de necesidad de la restricción o la sanción*).

Dicha pena solo sería compatible con el Convenio “en circunstancias excepcionales, en particular, cuando se hayan afectado seriamente otros derechos fundamentales, como en la hipótesis, por ejemplo, de la difusión de un discurso de odio o incitación a la violencia”²⁵. Entendemos que el matiz que introduce aquí el TEDH se fundamenta en la alegada “neutralidad en el debate político” y la posición de “árbitro y símbolo de la unidad del Estado” que el Gobierno español afirma que ocupa el rey, a diferencia de la presidencia de una República, que es directa o indirectamente elegida popularmente y que, por lo tanto, se asemeja más al concepto de “hombre político” usado en jurisprudencia precedente²⁶.

En el caso de la quema del retrato de los reyes, el Tribunal Europeo siguió sin pronunciarse expresamente sobre la conformidad con el Convenio de una tipificación penal específica que otorgue una tutela reforzada al rey, sino que de nuevo reprochó a los tribunales españoles que “una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco de un debate político, por cuanto representa la más fuerte reprobación jurídica de un comportamiento, constituye una injerencia en la libertad de

24. STEDH (Sección 3.ª) de 15 de marzo de 2011, Otegi Mondragon c. España, §56.

25. STEDH (Sección 3.ª) de 15 de marzo de 2011, Otegi Mondragon c. España, §§ 58 y 61 y 59.

26. Por el contrario, cabría decir que fue el propio Tribunal Supremo español quien, en su STS de 28 de septiembre de 1993, en la que absolvió a los acusados, diputados vascos, por interrumpir un discurso del rey durante su visita a la Casa de Juntas de Gernika cantando la canción “Eusko Gudariak”, sostuvo una posición mucho más avanzada que el TEDH: “se ha dicho con acierto que frente a la magistratura suprema electiva periódicamente, la institución monárquica es ejercicio de un plebiscito inexplicito cotidiano y por ello en manera alguna debe estimarse existente el delito de injurias, sino contrariamente, un legítimo ejercicio del derecho a la libre expresión, cuando se trata de comunicar al monarca un estado de insatisfacción pública de un sector ciudadano, más o menos minoritario. Se trata de un comportamiento exigible en toda democracia y por ello carente de antijuricidad” (FJ 2.º).

expresión que no era proporcionada a la finalidad legítima perseguida ni necesaria en una sociedad democrática”²⁷.

De todo ello se puede concluir que, si bien “en materia de insulto contra un Jefe de Estado, el TEDH ya ha declarado que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto [contra un Jefe de Estado] *no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio*”²⁸, no existe una obligación jurídico-internacional de derogar la tipificación específica de los delitos de calumnias e injurias al rey. No obstante, sí se trataría de una decisión del legislador que más acercaría nuestro ordenamiento al *espíritu del Convenio*. Por otra parte, el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 CE) sí debe interpretarse de acuerdo con el Convenio y con la jurisprudencia del TEDH, esto es, con un alcance tal que impida, o bien por expresa previsión legal –a través de la derogación del tipo específico o de su reforma– o bien por la actividad de los tribunales, que la crítica política al rey o a la monarquía sea castigada con pena de prisión, ya sea directamente, ya sea como consecuencia del impago de una pena de multa²⁹, salvadas las excepciones ya expuestas.

Al análisis de todas estas distintas alternativas se dedican las siguientes páginas.

II. LAS ALTERNATIVAS POLÍTICO-CRIMINALES A LA SITUACIÓN ACTUAL

1. LA ALTERNATIVA MÁS ADECUADA A LA SITUACIÓN ACTUAL: LA DESTIPIFICACIÓN

Teniendo en cuenta el marco de legitimidad anteriormente descrito, de las alternativas político-criminales que el legislador español tiene ante sí³⁰, la que si coloca más en línea con los estándares del Convenio Europeo

27. STEDH (Sección 3.ª) de 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §42.

28. STEDH (Sección 3.ª) de 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España, §35.

29. Este es, sin duda, el paso adelante que da la analizada sentencia con respecto a la del caso Otegi Mondragon y que permite afirmar que, en realidad, la jurisprudencia del TEDH rechaza el uso del Derecho penal, dado el mecanismo de prisión sustitutoria en caso de impago. Otras penas, como la de inhabilitación, podrían ser incluso tan graves como las de prisión teniendo en cuanto el contexto político en el que se dan las expresiones.

30. En sede de ejecución de la sentencia de condena Stern Taulats y Roure Capellera, el Gobierno de España ha informado de que se ha iniciado a nivel político la discusión

de Derechos Humanos es, sin duda, la destipificación de las calumnias e injurias previstas en los arts. 490.3 y 491 CP a través de la derogación de los citados artículos.

A esta dirección apuntan dos proposiciones de ley actualmente en debate en las Cortes Generales, una presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común³¹, que retoma una de la anterior legislatura, y otra por el Grupo Parlamentario Republicano³². Entre los argumentos usados en las exposiciones de motivos de estas iniciativas destaca la jurisprudencia del TEDH. En el segundo de los casos se llega a afirmar: “El Estado español debe evitar cualquier nueva violación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues de producirse esta se expone a ser nuevamente condenado por el TEDH. Por ello, está compelido a adecuar su legislación a las exigencias del Convenio. Todas estas actuaciones, más allá de las consideraciones éticas, morales o políticas que tenga cada cual, no debieran figurar en el Código Penal español, siguiendo el criterio fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues deberían ser consideradas como muestras de la libertad de expresión”³³.

Esta solución es también la defendida por el Grupo de Estudios de Política Criminal en su reciente propuesta respecto a los delitos contra las instituciones del Estado³⁴, en la que se remite para su justificación a un documento anterior en relación con los delitos de expresión, en el cual, sin embargo –sorprendentemente–, no se propone la derogación de las injurias y calumnias al rey, sino su reforma, como tendremos ocasión de analizar en el siguiente subepígrafe³⁵.

En contra de esta solución se puede argumentar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no obliga a España a derogar

de una posible intervención legislativa para modificar la tipificación de los delitos de opinión en relación con la Corona (v. PETIT DE GABRIEL, 2021, p. 84).

31. Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie, núm. 149-1, 19 de febrero de 2021).
32. Proposición de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España (Orgánica) (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 107-1, 7 de septiembre de 2020).
33. *Idem*, p. 2.
34. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2022, pp. 90-91).
35. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2019, pp. 28-29). La sorpresa es aun mayor cuando se constata que el texto de la propuesta promueve la derogación de todas las injurias –no así de las calumnias–, pero al exponer el texto alternativo de los arts. 490.3 y 491 CP (p. 29) sí que tipifica tanto unas como otras.

las normas analizadas; que, con o sin jurisprudencia del TEDH, la importancia de la Corona en nuestro sistema institucional justifica una tutela reforzada de la dignidad institucional de esta; y que la destipificación podría conllevar la desprotección del honor del rey y del resto de personas vinculadas a la Corona.

La primera de las críticas, a pesar de constituir una afirmación correcta, no conlleva necesariamente la no conveniencia de la derogación. Al contrario, es el propio TEDH, como ya hemos tenido ocasión de ver, el que ha afirmado que este tipo de tipificaciones no está en línea con el espíritu del Convenio. Es decir, si bien el Reino de España no incurre en violación del convenio por la mera existencia de la figura delictiva, esta sí supone un riesgo continuo de condena, en tanto que los órganos jurisdiccionales, mientras continúe vigente, bien pueden –desde una perspectiva de Derecho interno– aplicarla de manera contraria al Convenio. Por lo tanto, la conveniencia político-jurídica existe.

Con respecto a la segunda de las críticas, a menudo se argumenta que la Corona es uno de los pilares del sistema democrático español y que, precisamente por ello, requiere una tutela reforzada. No obstante, si la motivación política de la conducta enjuiciada como injurias al rey no es acabar con el sistema democrático *per se*, sino únicamente con su versión monárquico-parlamentaria, constitucionalizada en 1978, para sustituirlo –por ejemplo– por una versión republicana de este, entonces el argumento crítico está confundiendo la defensa de la democracia en abstracto con la defensa de una idea política concreta –la monárquica–, aunque sea la que ha sido cristalizada en el texto constitucional. Cuestión distinta serían las expresiones contrarias a la preservación del propio sistema democrático, entendido como respeto a las libertades civiles, el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, la justicia social, etc., en abstracto, con independencia del sistema democrático “constituido” en concreto en un determinado lugar y tiempo. Esto último requeriría un desarrollo que excede del ámbito del presente trabajo.

En tercer lugar, hay que aclarar que esta operación no provocaría en ningún modo la desprotección penal del derecho fundamental al honor y a la propia imagen de las personas que son ahora mismo descritas como objeto de la acción típica (rey o reina; ascendientes o descendientes del rey o reina; rey consorte o consorte de la reina; regente o miembro de la Regencia; príncipe o princesa de Asturias), y ello sin entrar en el debate abierto sobre la conveniencia de tutelar el honor y la propia imagen a través también del Derecho penal o solo del Derecho civil. El honor de dichas personas quedaría tutelado por la aplicación de los delitos de calumnias e injurias genéricos y por las leyes civiles de protección del honor y la

propia imagen. Prueba de ello es que, cuando en 1995 se destipificó el delito de desacato, el honor de las personas que son funcionarios públicos o autoridades no quedó desprotegido, sino que siguió siendo objeto de tutela penal a través de las figuras genéricas.

2. LA SEGUNDA MEJOR SOLUCIÓN: LA REFORMA PARA ELIMINAR LA TUTELA REFORZADA, LA PENNA DE PRISIÓN Y PARA IMPLEMENTAR LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

En caso de que la destipificación no concitara el necesario apoyo en las cámaras parlamentarias, quedaría abierta la posibilidad a la reforma legal. Los elementos esenciales de dicha reforma serían: la eliminación de la tutela reforzada, en especial de la pena de prisión, y la facilitación de una interpretación y aplicación conforme a la doctrina del TEDH.

La tutela reforzada se da en varios aspectos:

- un *mayor ámbito de relevancia típica*, dado que, a diferencia de las injurias genéricas, no se requiere que las injurias al rey “sean tenidas en el concepto público por graves”, sino que también las leves son merecedoras de reproche penal de acuerdo con el legislador³⁶;
- unas *penas más graves*: la pena prevista para las calumnias e injurias al rey en sus funciones y graves (art. 490.3, inc. primero, CP) es de prisión de seis meses a dos años, cualitativamente más grave para el reo que las más graves de las previstas tanto para las calumnias como para las injurias genéricas; las penas previstas para las calumnias e injurias al rey fuera de sus funciones (art. 491.1 CP) y para la utilización desprestigiante de la imagen (art. 491.2 CP), en sus límites máximos, también son mayores que las previstas para las injurias genéricas, con o sin publicidad³⁷;
- la consideración de las calumnias e injurias al rey de los artículos 490.3 y 491.1 CP como *delito público*, lo que comporta que es perseguible incluso contra la voluntad expresa del rey, que el perdón

36. Esto es claro, por expresa previsión, en el tipo del art. 490.3 CP. No lo es tanto en el del art. 491.1 CP: se podría interpretar que, al no existir diferencia en la pena por la gravedad, es aquí de aplicación subsidiariamente la previsión del art. 208.II CP. Aun menos claro en el tipo del art. 491.2 CP, que responde a una estructura distinta, como ya hemos visto anteriormente.

37. No obstante, como ya hemos adelantado, la calumnia contra el rey fuera del ejercicio de las funciones (art. 491.2 CP), siendo indistinto si es o no con publicidad, es castigada con pena de multa de cuatro a doce meses, mientras que la misma conducta con respecto a cualquier otra persona, si es con publicidad (art. 206 CP), puede llegar a ser castigada, alternativamente, con pena de prisión de seis meses a dos años.

del ofendido es irrelevante y no extingue ni la acción, ni la pena impuesta, ni la que se esté ejecutando, y, en tercer lugar, que la *exceptio veritatis* es ineficaz³⁸.

Una posible redacción alternativa, que tuviera en cuenta todo lo anterior, podría ser la siguiente:

“Art. 490.3. El que calumniare o injuriare al Rey, a la Reina, a algún miembro de la Familia Real o al Regente o a algún miembro de la Regencia en el ejercicio de las funciones que el ordenamiento jurídico le atribuya institucionales o con motivo u ocasión de estas, será castigado, según el caso, con las penas previstas en el Título XI del Libro I de este Código, a excepción de con la pena de prisión.

Solamente serán constitutivas de delito las conductas descritas en el párrafo anterior que, por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por muy graves.

Cuando se tratara de calumnias, el acusado quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado.

491. En las calumnias e injurias descritas en el último apartado del artículo anterior se procederá de oficio.

El perdón de la persona ofendida extingue la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130.1.5.º, párrafo segundo de este Código”.

Esta propuesta reduce enormemente el ámbito de aplicación del tipo específico, limitando las calumnias e injurias punibles –en aplicación de la necesaria mayor amplitud de la libertad de expresión en la crítica política– a aquellas que sean tenidas por “muy graves” y remitiendo tácitamente las expresiones que no se realicen en el ejercicio de funciones públicas o con motivo u ocasión de estas –es decir, aquellas que estén relacionadas única y exclusivamente con la vida privada del sujeto pasivo– a la regulación de los delitos genéricos. Es decir, una injuria relativa a la vida privada deberá ser solo grave y recibirá la pena de los delitos genéricos, mientras que una relativa a las funciones públicas encomendadas requiere para su tipicidad que sea muy grave y, pese a ella, sería meritorio de una pena solo de multa.

El texto propuesto también soluciona otras cuestiones como la desmesurada extensión del ámbito de los sujetos pasivos a todos los ascendientes del rey o de la reina, a pesar de que solo los ascendientes en primer grado son considerados miembros de la Familia Real. En este sentido,

38. COLINA OQUENDO (2017), p. 2406; SAN, Pleno, 5/2008, de 5 de diciembre. De opinión contraria, esto es, favorable a que la *exceptio veritatis* es operativa también en este tipo específico de injurias, v. Tamarit Sumalla (2016), pp. 1618.

se puede reducir la literalidad del texto sustituyendo las menciones a los ascendientes, descendientes, consortes, príncipes y princesas por la “algún miembro de la Familia Real”.

Por último, se añade la operatividad de la *exceptio veritatis* y del perdón de la persona ofendida para resolver las dudas interpretativas sobre si son o no de aplicación y se mantiene la procedibilidad de oficio, tal y como sucede –y por los mismos motivos– con los funcionarios públicos, las autoridades y los agentes de ella.

3. LO MÍNIMO EXIGIBLE: INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY VIGENTE CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Aunque el legislador español opte por no destipificar ni reformar las calumnias e injurias al rey, España seguirá estando obligada, como Estado miembro del Consejo de Europa, a dar cumplimiento adecuado a las sentencias de condena del TEDH, lo cual debería traducirse, como mínimo, en que los tribunales españoles realicen una interpretación y aplicación de la ley conforme con la jurisprudencia europea.

Esta es la opción que el propio Gobierno de España expuso como parte de la ejecución de la sentencia de condena por el caso Otegi Mondragon en su Plan de Acción de 2017, en el cual, partiendo de la idea de que la sentencia se basó únicamente en la falta de proporcionalidad de la sanción, afirmó que “basta con un alineamiento de los jueces y tribunales en su interpretación conforme a las líneas marcadas por el TEDH”³⁹.

Estas líneas se pueden resumir en las siguientes⁴⁰: 1) se debe aplicar el principio *pro libertate*, que conlleva una interpretación extraordinariamente restrictiva de *toda limitación* en los casos de ejercicio de la libertad de expresión por parte de o frente a personas políticas o frente a instituciones, como parte de un debate público, lo cual cubre ciertamente las expresiones malsonantes; 2) si la limitación de la libertad de expresión consiste en una sanción penal, sea a o no privativa de libertad, la interpretación debe ser aún más restrictiva, debido al efectivo desincentivador del debate plural y democrático (el llamado *chilling effect*).

Sería necesaria, por ejemplo, una intervención del Pleno del Tribunal Supremo a través de un acuerdo no jurisdiccional que reservase la aplicación de las calumnias e injurias al rey graves –aquellas que tienen prevista

39. PETIT DE GABRIEL (2021), p. 82.

40. PETIT DE GABRIEL (2021), pp. 93 y ss.

pena de prisión—, en línea con la jurisprudencia del TEDH, para casos realmente excepcionales en los que se haya transmitido un discurso del odio, se haya instigado a la violencia, etc. La cuestión, sin embargo, no es tan fácil. La judicatura española, incluyendo el TC, ha dado ya sobradas muestras de aplicar con mayor celo la tutela del honor del jefe del Estado de lo que sería de esperar, incluso aplicando criterios formalmente idénticos a los del TEDH. Fiscales y jueces deberían elevar el nivel de peligro para el sistema democrático necesario para alcanzar la relevancia penal⁴¹.

BIBLIOGRAFÍA

- AL HASANI MATURANO, Amir, “Presente y futuro de la libertad de expresión en la jurisprudencia comunitaria. Análisis de la sentencia de 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera contra España)”, en García Álvarez, L. y Martín Rodríguez, J. (dirs.), *El mercado único en la Unión europea: balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, 2019, pp. 1323-1338.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, “En torno a la tutela de instituciones y símbolos en el debate público”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 113, 2019, pp. 49-83.
- COLINA OQUENDO, Pedro, “Artículo 490” y “Artículo 491”, en Rodríguez Ramos, Luis (dir.), *Código penal (concordado y comentado con jurisprudencia)*, 6.ª ed., Wolter Kluvers, 2017, pp. 2403-2413.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, “Sentencias del Tribunal Supremo 2403/2016, de 7 de junio y 1841/2016, de 28 de abril y otras relacionadas”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, 4-2, 2016, pp. 203-207.
- GARCÍA ANDRADE, Paula, “Delito de injurias a la Corona: los límites al ejercicio legítimo de la libertad de expresión y la libertad ideológica”, comentario a la STS 177/2015, de 22 de julio, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 68-2, 2016, pp. 149-154.
- GÓMEZ CORONA, “El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos: el caso Otegi Mondragón c. España”, en *Civitas: Revista española de derecho administrativo*, 151, 2011, pp. 727-741.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, Teodoro, “Injurias a la Corona y Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Periodistas*, 36, 2018, pp. 134-141.

41. PETIT DE GABRIEL (2021), pp. 96.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos contra las instituciones del Estado*, 2022.

–, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, 2019.

MACÍAS CARO, V. M., “Delitos de calumnias e injurias al rey y a otras personas vinculadas a la Corona (arts. 490.3 y 491 CP): análisis de los tipos y de la jurisprudencia española y europea”, en Del-Carpio-Delgado, Juana y Holgado, María (dirs.), *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de parte especial de los delitos de opinión*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 169-199.

MARCHENA GALÁN, Sara María, “Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión”, en *Anuario de la Facultad de Derecho la Universidad de Extremadura*, n.º 34, 2018, pp. 132-162.

MARTÍN HERRERA, David, “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso del odio al crimen de odio”, en *Estudios de Derecho*, vol. 62/2, 2014, pp. 15-40.

MARTÍNEZ GUERRA, A., “Delitos contra la Corona”, en Álvarez García, F.J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español, tomo IV (Delitos contra la Constitución)*, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 95-140.

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier, “Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018, pp. 273-310.

PETIT DE GABRIEL, Eulalia W., “Los delitos de opinión, España y el TEDH, una historia ¿pasada? de desencuentros recalcitrantes”, en Del Carpio Delgado, Juana y Holgado Serrano, María (dirs.), *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. Cuestiones de la parte general de los delitos de opinión*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 45-102.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, “Crónica de una condena anunciada: el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del Rey”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018, pp. 539-549.

REIG, en DEL MORAL GARCÍA, Antonio (dir.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, 4.ª ed., Comares, 2018, pp.

ROLLNERT LIERN, Göran, “Las llamas del odio: la quema del símbolo y las incongruencias del Tribunal Constitucional”, en Martín Cubas, J. (coord.), *Constitución, política y administración: España 2017, reflexiones para el debate*, 2017, pp. 67-80.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel, “Las injurias al Rey a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Sentencia del TEDH Otegi Mondragon contra España (requête n.º 2034/07), de 15 marzo 2011”, en *Revista General de Derecho europeo*, 24, 2011, 21 pp.

TAMARIT SUMALLA, “Artículo 490” y “Artículo 491”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código penal español*, tomo II (*Artículo 237 a disposición final 7.ª*), 7.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 1613-1620.

TERUEL LOZANO, Germán M., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 27, 2017a, pp. 81-106.

–, “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 17, 2017c, pp. 1-20.

III ARANZADI

El delito del discurso de odio religioso por razones de género en el marco de la libertad religiosa y la libertad de expresión en España

MARÍA JOSÉ PAREJO GUZMÁN

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA: DELIMITACIÓN, RELACIÓN, LÍMITES Y CONFLICTOS. 1. *La libertad de expresión*. 2. *La libertad religiosa*. 3. *Delimitación, relación, límites y conflictos entre la libertad de expresión y la libertad religiosa*. 3.1. *Delimitación y relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa*. 3.2. *Límites de la libertad de expresión y conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa*. 3.2.1. *Límites de la libertad de expresión*. 3.2.2. *Conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa*. III. LA TOLERANCIA/INTOLERANCIA Y EL DISCURSO DEL ODIO. 1. *Discursos del odio antirreligiosos*. 2. *La nueva circunstancia objeto del discurso de odio religioso: el género*. IV. EL DISCURSO DE ODIO RELIGIOSO POR RAZONES DE GÉNERO. 1. *Caso del Imán de Fuengirola, libro “La mujer en el Islam”*: Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 12 de enero de 2004. 2. *Caso del Imán de Terrassa: los sermones en su mezquita*. 3. *Caso del libro “Cásate y se sumisa: experiencia radical para mujeres sin miedo” de la Editorial Nuevo Inicio del Arzobispado de Granada*. 4. *Caso del Obispo de Alcalá de Henares: “El tren de la libertad” por Juan Antonio Reig Pla*. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA.

I. INTRODUCCIÓN

En 2015 tuvo lugar una reforma del Código Penal español que introdujo importantes modificaciones al artículo 510 del mismo¹. Dicho artículo tipifica las conductas de incitación al odio, la hostilidad, la violencia y la discriminación y la reforma de que hablamos llevó a cabo una regulación conjunta del mismo y el 607.2, éste último reubicado en el 510, introduciendo nuevas manifestaciones delictivas y ampliando considerablemente las conductas descritas en el precepto anterior. La nueva redacción tipifica dos tipos de conductas: por un lado, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos, entre otros, por pertenencia de sus miembros a un sexo y por razones de género, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y, por otro lado, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria. Además, se modificaron las circunstancias agravantes y se añadió la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas involucradas en estos delitos².

Como principal novedad, a efectos de lo tratado en este trabajo, se observa en esta amplia reforma cómo se introduce un nuevo motivo que identifica al colectivo al que se está tutelando por “razones de género”. En la redacción anterior existía la razón del “sexo” y se añade ahora las “razones de género”. El motivo fue que “el género” puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias distinto al que abarca “el sexo”; según se ha dicho: *“la circunstancia referida al sexo hace referencia a la mujer por ser mujer, es decir, basada en un fenómeno puramente biológico; mientras que el motivo basado en razones de género englobaría los discursos realizados contra las mujeres por el papel que tradicionalmente la sociedad se ha encargado de otorgarle. El efecto de ambos discursos sería la discriminación pero el fundamento pasa de ser meramente biológico a estar basado en construcciones sociales”*³.

1. 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 (BOE n.º 77, 31 de marzo de 2015).
2. Cfr. artículo 510.1 del Código Penal español tras la reforma del año 2015.
3. Cfr., ALCALÉ, M., 2006, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid, p. 68; RUEDA MARTÍN, M. A., 2012, *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre*, Ed. Reus, Madrid, p. 51 y SOUTO GALVÁN, B., 2015,

Una vez dicho esto hay que mencionar la posible incidencia del tipo del artículo 510 del Código Penal español en el contenido esencial de las libertades ideológica y religiosa y de expresión. Nos estamos refiriendo, en definitiva, a la ponderación de los valores, principios y derechos fundamentales que se consagran en la Constitución Española y, en nuestro caso, en concreto, como decimos, las libertades ideológica y religiosa y de expresión. En nuestra opinión, la cuestión más relevante a tratar es precisamente el bien jurídico que trata de proteger el delito del artículo 510 CP porque, sin lugar a dudas, constituye la justificación para restringir libertades fundamentales, en concreto, la libertad de expresión en conexión con la libertad de convicciones (artículo 16 CE). En el ámbito de la doctrina no han existido excesivas dudas sobre el bien jurídico protegido: la protección de la igualdad y el derecho a no ser discriminado/a constituye el bien jurídico protegido (plano individual)⁴, a la vez que hay que observar el evidente efecto que este trato discriminatorio produce en el conjunto de la sociedad por afectar al modelo constitucional de convivencia pacífica, plural y multicultural, pilar básico del Estado Social y Democrático de Derecho⁵. En este sentido se ha manifestado precisamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al afirmar que *“los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”*⁶.

Ambas libertades, la libertad religiosa y la libertad de expresión, podría decirse que tienen, gráficamente, *“una relación de amor-odio”*, en el sentido de que es muy difícil indicar dónde se encuentra el límite de una y otra en la relación entre ambas. Ambas libertades están recogidas en nuestra Constitución con la especial mención de ser derechos fundamentales de la persona y por lo tanto muchas veces no se puede distinguir cuándo una sobrepasa a la otra y cuándo colisionan ya que la línea que las separa es muy fina. La cuestión que normalmente se plantea es que, cuando se ridiculizan o insultan a las religiones y sus costumbres, ¿qué prevalecerá,

“Discurso del odio: género y libertad religiosa”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 23, *Iustel on line*, p. 40.

4. Cfr., GÓMEZ MARTÍN, 2012, *“Discurso del odio y principio de hecho”*, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dir.) Valencia, p. 116 y REBOLLO VARGAS, R., 2006, *“Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”*, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, *segundo semestre de 2006*, pp. 226.
5. LAURENZO COPELLO, P., 1996, *“Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 1, pp. 217-282.
6. *Vid.*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) Caso Féret contra Bélgica, de 16 de julio de 2009, sobre la que volveremos más adelante.

el derecho a la libertad de expresión de aquel que daña al creyente o el derecho a la libertad religiosa y la práctica de una religión de aquél que cree y al que han insultado?

La libertad de expresión, es el cauce natural para la formación de la opinión pública libre, fundamento del pluralismo político y de la democracia misma. La libertad religiosa, derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución de 1978, confirma que nos encontramos ante un Estado aconfesional y laico. El reverso de la libertad de expresión son los discursos del odio, que se dirigen contra un determinado grupo de personas. También de la vulneración del derecho a la libertad religiosa surge la intolerancia y lo que se conoce actualmente, específicamente, como el llamado discurso del odio.

Un discurso crítico, pero al mismo tiempo educado y respetuoso, sí puede estar amparado por la libertad de expresión, pero aquellos discursos que asignen a determinadas personas rasgos denigratorios y conlleven el rechazo social, no se encuentran protegidos por dicha libertad de expresión. Precisamente, en este trabajo vamos a analizar el discurso del odio y, más concretamente, el discurso del odio religioso por razones de género. Resulta fundamental el estudio del discurso del odio por motivos religiosos y, dentro de éstos, por razones de género en orden a la protección y promoción del principio de igualdad efectiva entre hombres y mujeres y la no discriminación por razón de género que debe observarse, necesariamente, en un Estado de Derecho aconfesional y laico como el nuestro.

Dentro y fuera del ámbito religioso, la situación de las mujeres es constante foco de polémicas. A nadie escapa que los derechos de las mujeres plantean conflictos de indudable interés y es por ello que hemos creído muy necesario analizar y estudiar los límites que puede imponer el legislador a la incitación a la violencia contra las mujeres que se fundamente en creencias religiosas y/o culturales relativas al género. Ya que esta última circunstancia constituye una novedad introducida en la reforma del Código Penal español de 2015, como dijéramos al principio, entendemos que ello requiere un estudio específico y concreto para conocer su verdadero alcance y justificación. En definitiva, esta investigación viene a abordar el tratamiento jurídico de una forma específica de discriminación religiosa que se sirve de un ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión para legitimar la incitación abierta al odio racial y religioso y para promover la retórica de un conflicto ineludible de civilizaciones y religiones. La no existencia hasta un momento tan reciente de regulación concreta sobre la prohibición de incitación al odio, la cual constituye por sí misma una clara apología de la discriminación y la violencia contra

concretos sectores de la población, y la escasa conciencia social que existe sobre la libertad de expresión, son sin duda gran problema para poder frenar tales ataques a ciertos sectores de la población.

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA: DELIMITACIÓN, RELACIÓN, LÍMITES Y CONFLICTOS

1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión tiene un reconocimiento prioritario desde los orígenes mismos del constitucionalismo y también se observa en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 10 de la Convención de Roma de 1950.

En la historia de España aparece desde el artículo 371 de la Constitución de Cádiz de 1812⁷ y, en la actualidad, se encuentra recogida en el artículo 20 de la Constitución Española de 1978, el cual reconoce y protege los siguientes derechos: *“a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; c) A la libertad de cátedra; d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”*. Resulta claro que en este artículo se está protegiendo la comunicación particular o pública de ideas u opiniones, por lo que existe una conexión mediata o indirecta, con la libertad ideológica del artículo 16 de la Constitución Española. Junto a ello, en su apartado siguiente, se incluye que *“El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”* pero a su vez se establecen una serie de límites como *“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”*. De esto último se puede deducir con claridad que la libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que, combinando los límites mencionados, su límite general aparece cuando se vulneran derechos de otras personas⁸, muchas veces el derecho a la libertad religiosa, como veremos más adelante. Dependiendo de la forma en que se ejerce la libertad de expresión será más fácil o menos establecer sus límites ya que,

7. *“Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”*.

8. SENTENCIA 2/1982, de 29 de enero.

por ejemplo, no es lo mismo una expresión política que una expresión artística⁹.

Hay que mencionar que también es de gran dificultad controlar el ejercicio de la libertad de expresión por vías de Internet y de las redes sociales. Es cierto que es un campo muy abierto y en ciertas ocasiones se escapa al control del Derecho y los tribunales, pero ya ha habido muchos casos en los que se ha restringido y se les ha puesto límite a la expresión de opiniones vía online ya que, aunque no estén en un papel o aunque no se digan de palabra, hieren de la misma forma.

En cuanto a la titularidad, se reconoce a toda persona, sea español o extranjero, persona individual o jurídica.

En la actualidad, en España y fuera de nuestras fronteras, se están condenando muchos discursos, llamados del odio, como ya veremos más adelante.

2. LA LIBERTAD RELIGIOSA

La libertad religiosa es un derecho fundamental que se refiere a la opción que tiene cada persona de poder elegir libremente su religión, de no elegir ninguna, o incluso de no creer en la existencia de un Dios y que viene recogido, en primer lugar, en nuestra Constitución, en su artículo 16, que dispone “*Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”, así como también por el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, el artículo 27 de este pacto garantiza a las minorías

9. El discurso político es mucho más controlado y además goza de una especial protección, aunque ellos también deben estar dotados de una buena dosis de tolerancia para los discursos de carácter crítico. Mientras que, en el caso de la expresión artística, es más difícil encontrar un “estándar moral” común a toda la sociedad (Vid., BRIONES MARTÍNEZ, I. M., 2013, “Dignidad humana y libertad de expresión en una sociedad plural”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 32, *Iustel on line*). Un claro ejemplo de esto es la sentencia Handyside (Handyside contra Reino Unido, 7 diciembre 1976 [TEDH 1976, 6]) que toma el nombre de un editor británico que compró los derechos para publicar el libro *Little Red Schoolbook*, libro de educación sexual para menores de 12 años y el cual contenía ciertos términos como sueños húmedos, masturbación, viejos verdes, métodos de aborto y otros términos de carácter sexual. También incluía ciertas afirmaciones que no eran del todo correctas. En esta sentencia el Tribunal se cuestiona si las restricciones y sanciones denunciadas eran necesarias o no para la sociedad y para la protección de esta.

religiosas el derecho a practicar su religión: *“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”*.

Al igual que la libertad de expresión, se reconoce para todas las personas y, también al igual que aquella, dispone de un límite muy claro, en este caso más amplio que la anterior, ya que, según puede leerse en el propio artículo 16 de nuestra Constitución, no podrá vulnerar el orden público, es decir, que este derecho termina en el momento que vulnera los derechos de otras personas, por lo que, al igual que la libertad de expresión, no es un derecho absoluto y no se pueden realizar actos en nombre de cualquier religión que vulneren los derechos y libertades de otras personas.

Este derecho tiene su regulación especial en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa la cual en su primer artículo dispone que *“El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica”* y que, además, pertenecer a una religión no será motivo de desigualdad o discriminación. En el segundo artículo se recoge algo que es muy importante para este estudio ya que se establece que la persona podrá manifestar libremente sus propias creencias religiosas, o abstenerse de declarar sobre ellas, lo que puede ser un punto en común con la libertad de expresión o un punto de desencuentro con la misma. Finalmente, el artículo tercero amplía los límites dispuestos en la Constitución señalando que *“El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”*. De esto puede deducirse que la libertad religiosa debe estar especialmente protegida y que los poderes públicos deben estar separados de la religión y las normas no pueden estar articuladas por valores religiosos, respondiendo a su vez a la protección y garantía de los derechos fundamentales¹⁰.

10. Las palabras literales del Profesor CONTRERAS MAZARÍO (junio de 2015) en *Ponencia del Profesor José María Contreras Mazarío en Diálogos de Yuste* fueron: *“La libertad religiosa tiene un ámbito social y externo que debe ser protegido. Estado laico significa que los poderes públicos deben estar separados de la religión, y las normas jurídicas no pueden articularse sobre valores religiosos, respondiendo a la protección y garantía de los derechos fundamentales”*.

3. DELIMITACIÓN, RELACIÓN, LÍMITES Y CONFLICTOS ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD RELIGIOSA

3.1. Delimitación y relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa

Una vez explicadas, si quiera sucintamente, estas dos libertades, entendemos que puede pasar a realizarse una relación entre ambas ya que ambos artículos de la Constitución española parecen estar relacionados: Artículo 16.1: *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”* y Artículo 20.1 a): *“Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”*.

Para conciliar ambas libertades es imprescindible buscar los límites de la libertad de expresión que aseguren el respeto de los sentimientos religiosos y a la inversa. No se trata de someter una libertad a otra, ni de considerarla prioritaria, sino de procurar combatir las expresiones que, en el intento de ampararse en la libertad de expresión, acaban construyendo y potenciando discursos discriminatorios, racistas y/o xenófobos. Al mismo tiempo, no se puede dejar de responder a las declaraciones públicas que tienden a construir o a reforzar los prejuicios públicos contra los miembros de cualquier grupo, los miembros de minorías, inmigrantes o personas de origen migrante reciente. Lo que nadie puede discutir es que es importante debatir acerca de la libertad de expresión observando el uso que se hace del derecho individual a expresarse libremente. Se trata en definitiva de *“buscar ajustes democráticos entre ambas libertades”*¹¹. Un límite difícilmente discutible en el cual es más evidente (por la lesión de derechos que conlleva) que el amparo de la libertad de expresión debe ceder, en cada caso puntual, es el del denominado discurso del odio religioso, que estudiaremos posteriormente: en la coexistencia entre culturas diferentes, asentadas en mayor o menor medida sobre religiones, y su ubicación dentro del Estado democrático de Derecho, los conflictos que pueden darse entre la libertad de expresión y la religiosa son fruto de su compleja interrelación dentro del firme consenso sobre el hecho de que ambas ostentan

11. Así lo indica literalmente CONTRERAS MAZARÍO, J. M., 2017, “Libertad religiosa vs. Libertad de expresión: análisis jurisprudencial”, *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos*, n. 17, diciembre de 2017, p. 85; *Vid.*, también, RUIZ RUIZ, R., 2006/2007, “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 10, pp. 53-77.

una posición privilegiada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales.

3.2. Límites de la libertad de expresión y conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa

Si acabamos de señalar que para conciliar la libertad de expresión con la libertad religiosa es imprescindible buscar los límites de la libertad de expresión que aseguren el respeto de los sentimientos religiosos y a la inversa, toca ahora analizar cuáles son esos límites de la libertad de expresión.

Las interacciones y conflictos entre la libertad de conciencia y de religión y la libertad de expresión parecen estar en el centro del debate filosófico y jurídico internacional relativo a los derechos humanos. Entre las principales cuestiones en juego, se encuentra la necesidad de prohibir la apología del odio religioso por constituir incitación a la discriminación y a la violencia. Sin embargo, el concepto de incitación al odio no es fácil de definir, al tiempo que trazar la línea entre el discurso ofensivo pero legítimo y un discurso de odio puede llegar a ser tarea complicada, aunque inevitable, ya que la libertad de opinión y de expresión, situada en el núcleo de las normas jurídicas internacionales en materia de derechos humanos, es generalmente considerada como una de las condiciones básicas de una sociedad democrática y pluralista, por lo que cualquier medida destinada a limitar su ejercicio debe quedar bajo estrecha vigilancia, con el fin de poder valorar su necesidad y proporcionalidad.

Uno de los temas más controvertidos consiste en determinar cuándo un discurso ofensivo constituye incitación a la discriminación y cuando no. En el plano internacional y regional, diversas disposiciones autorizan a los Estados a sancionar cualquier forma de incitación al odio y a limitar el libre ejercicio de la libertad de expresión, de un modo razonable, para prevenir posibles casos de violación de los derechos y libertades de los demás (esto ya explicado mencionado anteriormente); la prohibición legal de la incitación al odio, sin embargo, todavía sigue siendo un tema complejo y discutible.

3.2.1. Límites de la libertad de expresión

La controversia sobre la amplitud de ejercicio que debe otorgarse a la libertad de expresión no es desde luego reciente y se puede afirmar que en nuestro entorno cultural se suele otorgar un gran alcance a esta libertad

precisamente por su vinculación a la vitalidad del sistema democrático. Como ya se ha señalado, pese a su especial significación, ésta no se concibe lógicamente como un derecho absoluto.

Los límites de la libertad de expresión de convicciones de índole religiosa son, tal y como determina la propia Ley Orgánica de Libertad religiosa de 1980¹², “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática” (artículo 3). Dicho esto, queda claro que nuestro objetivo fundamental estará en determinar si algunas de las convicciones que determinados líderes religiosos manifiestan en relación con las mujeres traspasan los límites indicados y pueden, en su caso, calificarse como discurso de odio en su configuración penal actual.

El camino hasta eso pasa por precisar el alcance y límites de la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico. En su interpretación ha sido destacada, tanto desde la doctrina científica como por el propio Tribunal Constitucional, su doble naturaleza de derecho subjetivo y de principio informador del ordenamiento jurídico, de tal forma que cuando tiene por objeto la emisión de ideas o hechos noticiables de interés “público” ocupa una posición prevalente entre los derechos y libertades de la persona. La relevancia de este derecho deriva precisamente de su virtualidad para conformar la opinión pública libre, consustancial a la democracia¹³.

La libertad de expresión tiene, por tanto, la consideración de derecho subjetivo pero, a su vez, tiene también una vertiente institucional –garantía institucional del funcionamiento del sistema democrático–¹⁴, en cuanto cauce de formación de la opinión pública libre, que le hace merecedora de una especial protección.

12. Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980).

13. Según señaló Carbonell (Cfr., CARBONELL, J. C., 1994-4995, “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal”, *Revista de Estudios penales y criminológicos*, n. 18, p. 12), tradicionalmente se ha fundamentado esta posición prevalente en tres razones fundamentales: “el respeto al mercado libre de ideas, cuya concurrencia contribuirá a la libertad de formación de criterio político por los ciudadanos; el respeto a la dignidad y autonomía humanas, que ha de implicar una libertad absoluta en la transmisión y recepción de las ideas, y, en tercer lugar, el autogobierno, expresión máxima de la democracia”.

14. Vid., sobre esto, PAUNER CHULVI, C., 2011, “La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC”, *Revista de estudios europeos*, n.º 58, pp. 113-132.

Reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de nuestro Tribunal Constitucional, que no podremos analizar con detalle en este breve resumen de nuestra investigación originaria por problemas de espacio, pero que en ella sí se explicita de forma relativamente exhaustiva, ha venido señalando que la libertad de expresión, y por ende el pluralismo y la tolerancia, no ampara únicamente aquellas informaciones o ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población¹⁵. El Tribunal Constitucional coincide plenamente con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la trascendencia de la libertad de expresión como requisito esencial de la democracia¹⁶.

En definitiva, la prevalencia de la libertad de expresión frente a otros derechos y libertades no la convierte, por tanto, en un derecho absoluto, pero sí legítima, en ocasiones, el sacrificio de otros derechos cuando resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática.

3.2.2. *Conflicto entre la libertad de expresión y la libertad religiosa*

Muy en relación con lo que acaba de analizarse y habiendo dejado claro el fundamento de la protección de los sentimientos y las manifestaciones religiosas como límite a la libertad de expresión, se debe pasar a analizar qué criterios se deben usar para determinar, caso de colisión o conflicto entre ellos, cuál de los derechos prevalecerá sobre el otro, algo para lo que debe recurrirse nuevamente a cierta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este conflicto, el primer problema que se plantea es el identificar aquello que puede resultar ofensivo a las convicciones íntimas relativas

15. *Vid.* STEDH de 23 de septiembre de 1988 (Lediheux), STEDH de 23 de abril de 1992 (Castells), STEDH de 24 de febrero de 1997 (Haes y Gijssels), de 8 de julio de 1999 (Sürek Baskaya y Okçuoglu) y 29 de septiembre de 1999 (Oztürk). En esta misma línea se ha venido manifestando el Tribunal Constitucional español, al reconocer a través de su jurisprudencia, que *“la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática»”*: *Vid.*, entre otras, STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4 y STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4. Sentencias Handyside contra Reino Unido, 7 diciembre 1976 (TEDH 1976, 6), Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia (TEDH 2007, 71), y Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) contra Suiza (PROV 2009, 288406)

16. Sentencias del TC 171/1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre; 9/2007, de 15 de enero. *Vid.*, también STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.

a las creencias y convicciones religiosas de un colectivo de personas. En segundo lugar, hay que determinar la gravedad y entidad de la ofensa, que sin lugar a dudas ha de ser lo suficientemente grave e importante como para justificar que se limite la libertad de expresión. Y, por último, se tendrá que comprobar si los que ejercieron su derecho a la libertad de expresión adoptaron las medidas necesarias para evitar los aspectos gratuitos e innecesariamente ofensivos para los sentimientos y convicciones o sabían de las consecuencias que podía producir el ejercicio de esa libertad. Un ejemplo claro y adecuado para analizar sobre esto podría ser la famosa publicación de Charlie Hebdo¹⁷, ¿tomaron los periodistas las medidas necesarias para evitar la ofensa a los fieles musulmanes o simplemente hicieron uso de su libertad de expresión sin atender al daño que podrían causar a los fieles de esta religión?

Y no sólo se deberán analizar estos aspectos mencionados, sino que también habrá que tener en cuenta otras cuestiones como, por ejemplo, que las llamadas ofensas provocan respuestas diferentes en los distintos grupos de personas, ya que cada persona percibe y vive la religión de forma totalmente diferente. Es por esto que, aunque una ofensa nos sitúa lógicamente en primer término en este plano de la subjetividad, se hace necesario buscar algún dato objetivo que nos permita determinar la diferencia entre la crítica legítima y la ofensa grave.

En definitiva, se podría concluir que *“el reconocimiento de la libertad de expresión no legitima los ataques gratuitos a la dignidad de las personas, ni la injuria, el menosprecio o el insulto a los sentimientos y convicciones religiosas. (...) tampoco en relación con las creencias ajenas, la libertad de expresión protege un hipotético ‘derecho al insulto’, ni ampara las expresiones indudablemente injuriosas o vejatorias”*. Dicho esto, eso sí, siempre hay que tener en cuenta que estos ataques hay que ponderarlos y ver si son realmente graves como para producir vulneración del derecho a la libertad religiosa; por ejemplo *“la valoración del ataque a los sentimientos religiosos resulta más clara cuando ‘hay elementos gráficos, muy groseros, pero sobre todo ostensibles y fácilmente reconocibles’ que cuando la crítica se formula a través de la palabra”*¹⁸.

En el contexto jurídico europeo, merece una especial atención la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre estos conflictos que estamos estudiando entre la libertad religiosa y la libertad de

17. https://elpais.com/internacional/2015/01/09/actualidad/1420843355_941930.html y <http://www.abc.es/lasfirmasdeabc/20150111/abci-charlie-hebdo-201501111723.html>.

18. Con estas palabras lo explica claramente GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., en 2014, “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 30, p. 109.

expresión. Los términos del debate jurídico ante dicho Tribunal se enmarcan en los siguientes parámetros: en una sociedad democrática, los grupos religiosos deben tolerar la crítica dentro del debate público sobre sus actividades, enseñanzas y creencias, siempre que las mismas no constituyan insultos gratuitos ni una incitación a la perturbación del orden público, a la violencia o a la discriminación contra los creyentes de una religión.

El Tribunal de Estrasburgo ha ido estableciendo una serie de precisiones para valorar las restricciones a la libertad de expresión frente a la libertad religiosa, haciendo ver que éstas sólo serán aceptables si responden a una “necesidad social imperiosa” en una sociedad democrática, al tiempo que exige que los medios usados para restringir la libertad de expresión sean proporcionados al objetivo perseguido. De esta forma, la jurisprudencia de dicho Tribunal considera excluidas de la protección del Convenio aquellas expresiones que son constitutivas de discursos del odio, así como aquellas otras que, sin llegar a ese extremo, “*son gratuitamente ofensivas*” para ciertos colectivos y entrañan una transgresión de sus derechos “*que no contribuye de ningún modo a un debate público capaz de promover el progreso en los asuntos humanos*”. Por lo que “*puede considerarse necesario, en ciertas sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir ataques impropios contra sentimientos religiosos y objetos de veneración*”.

III. LA TOLERANCIA/INTOLERANCIA Y EL DISCURSO DEL ODIO

Como se ha mencionado anteriormente, de los conflictos entre la libertad de expresión y la religiosa surge la intolerancia entre creyentes y no creyentes y el odio a otros géneros y más específicamente aparece el llamado discurso del odio o *Hate speech*.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que dichos conflictos no solo tienen una dirección, sino que pueden provenir de ataques verbales que son difamatorios u ofensivos para las creencias religiosas o también de ciertos discursos que son de inspiración religiosa que pueden ser considerados como contrarios a otros derechos fundamentales. Por lo que este discurso del odio puede darse en estas dos direcciones¹⁹. De estos

19. Literalmente puede leerse en CARRILLO DONAIRE, J.A., 2015, “Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social*, n. 70, p. 213: “*Los conflictos jurídicos entre libertad de expresión y libertad religiosa tienen dos direcciones posibles. Pueden provenir de las exacerbaciones en la libertad de palabra que consideramos difamatorias o hirientes de los sentimientos religiosos. Pero también pueden tener su origen en el contenido de ciertos discursos de inspiración religiosa que se consideran contrarios a otros derechos fundamentales como la igualdad de género, la libertad sexual o la no discriminación*”.

conflictos, como ya se ha mencionado también anteriormente, surgen una serie de problemas que ya se han enumerado y explicado y sobre los que volvemos ahora porque resulta claro que la construcción de la tolerancia está en valorar si se deben considerar antijurídicas o no las expresiones que los fieles de una religión consideran blasfemas u ofensivas o si, por el contrario, la irreverencia es el reverso necesario de la libertad de culto en el marco institucional laico de nuestra convivencia²⁰.

En nuestra investigación, en primer término, llegados a este punto, nos adentrábamos en el concepto y la construcción de la “tolerancia” para luego pasar a hacer lo propio con el concepto del discurso del odio. Aquí prescindiremos, de nuevo por problemas de espacio, de lo concerniente a la construcción del bien jurídico de la “tolerancia” para pasar directamente a explicar qué es el discurso del odio que, explicado sencillamente, y dado que hemos señalado líneas atrás que esta denominación carece de una definición precisa, podría decirse que es “el reverso de la libertad de la libertad de expresión” o “cualquier forma de expresión cuyo fin es propagar, incitar o promover el odio basado en la intolerancia”²¹. En este sentido se pronuncian, entre otros documentos, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 97 (20), de 30 de octubre de 1997 sobre *Hate speech* y la Recomendación núm. 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la xenofobia de 13 de diciembre de 2007. El artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe toda “*apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia*”²². En interpretación de este precepto se ha sostenido que “*la incitación al odio es un llamamiento público a adoptar comportamientos y actitudes de desprecio hacia determinadas categorías de personas*”²³, por motivos raciales, nacionales o de carácter religioso.

20. *Vid.*, también CARRILLO DONAIRE, J.A., 2015, “Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *op. cit.*, p. 213.

21. *Cfr.*, CARRILLO DONAIRE, J.A., 2015, “Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *op. cit.*, p. 211: “*El reverso de la libertad de expresión es el discurso del odio, traducción del término anglosajón hate speech que ha hecho fortuna, pero que quizás no sea muy acertada, porque en el odio no hay argumentación ni discurso y, si lo hay, es simplemente aparente. Hate speech es cualquier forma de expresión cuya finalidad es propagar, incitar, promover o justificar el odio basado en la intolerancia*”.

22. Ya la DUDH, en su artículo 7, hace referencia a ese derecho a la protección contra toda provocación a la discriminación.

23. *Informe sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso* elaborado a petición de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH): Prof. LOUIS-LÉON CHRISTIANS, Universidad Católica de Lovaina (Bélgica): 9 y 10 de febrero de 2011, Viena, p. 9.

La primera cuestión a plantearse llegados a este punto es si el Derecho debe proteger bajo la libertad de expresión la difusión de cualquier idea o pensamiento, incluso la de aquella que resulte repulsiva, hiriente u ofensiva desde el punto de vista de la dignidad humana, o lo que es lo mismo, a partir de qué punto la práctica de la tolerancia, entendida como actitud de pasiva indulgencia, debe dejar paso a la intransigencia como medida de autodefensa del sistema democrático. Ante esto grandes autores de nuestra doctrina han afirmado que *“si el ejercicio de los derechos fundamentales, y entre ellos de la libertad de expresión, puede ser potencialmente destructivo de las bases que rigen nuestra convivencia, la construcción de la tolerancia no puede ser sino una cuestión de límites al ejercicio de los derechos; es decir, una cuestión de intransigencia ante el abuso del derecho”*²⁴. En este sentido, queda claro que los delitos de odio, y a efectos de este trabajo también los discursos de odio²⁵, *“constituyen expresión de la intolerancia y el rechazo a las personas por el mero hecho de ser diferentes; (...). En consecuencia, se puede afirmar que este tipo de delitos se convierten en el recurso de los que anhelan destruir la pluralidad y la diversidad, y convertir la libertad en miedo, y la cohesión y la convivencia, en fractura. Este tipo de hechos constituye un ataque directo a los principios de libertad, respeto a la dignidad de las personas y a los derechos que le son inherentes y, en definitiva, a los valores superiores que constituyen el fundamento del Estado social y democrático de derecho. Junto a ello, en nuestro derecho penal, las causas de discriminación e intolerancia son consideradas, además, una agravante”*²⁶.

1. DISCURSOS DEL ODIOS ANTIRRELIGIOSOS

En este contexto debe recordarse lo que ya se indicaba antes de que la protección de los sentimientos religiosos no siempre va a justificar una limitación de la libertad de expresión. *“Será necesario que la expresión del ataque a estos sentimientos supere la frontera que separa la crítica legítima del menosprecio vejatorio. Para justificar la restricción de la libertad de expresión habrá de realizarse un juicio de proporcionalidad, que deberá ponderar la necesidad e idoneidad de la medida limitadora, así como, especialmente, la forma en*

24. *Vid.*, CARRILLO DONAIRE, J. A., 2015, “Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *op. cit.*, p. 212.

25. Aunque, como sabemos, no son lo mismo y resulta un error interpretar el discurso de odio a partir del concepto del delito de odio (*Vid.*, que también lo señala así CONTRERAS MAZARÍO, J. M., en 2017, “Libertad religiosa vs. Libertad de expresión: análisis jurisprudencial”, *op. cit.*, p. 104), a efectos de este estudio no vamos a diferenciar entre uno y otro.

26. CONTRERAS MAZARÍO, J. M., 2017, *¿Hacia un Islam español? Un estudio de Derecho y Política*, Edit. Tirant lo Blanch (humanidades), Valencia, pp. 282-283.

la que las ideas, críticas o valoraciones contrarias a los sentimientos religiosos de un grupo de personas han sido expresadas. Sin embargo, existe un caso claro en el que la protección de los sentimientos religiosos deberá prevalecer frente a la libertad de expresión: cuando el ataque pueda ser calificado como discurso de odio²⁷. Debemos, entonces, determinar qué es el *Hate speech* antirreligioso y cuándo nos encontramos ante un discurso que pueda calificarse como tal.

En el momento histórico actual, en el proceso de desconfesionalización del Estado que se observa, la religión sigue teniendo un tratamiento constitucional y jurídico diferente que afecta al discurso del odio cuando se enfrenta a la libertad religiosa, pudiéndose reconocer un régimen particular del *discurso del odio antirreligioso*.

Según Naciones Unidas, se entiende por *discurso del odio antirreligioso* “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos”²⁸. Por otro lado, el Consejo de Europa define el *Hate speech* antirreligioso como “aquellas manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia por motivo de su religión”²⁹. Más recientemente, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2007) 1805, sobre blasfemia, insultos religiosos e incitación al odio contra las personas por razón de su religión, recoge la necesidad de conciliar la libertad de expresión y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en las sociedades multiculturales, estableciendo la prohibición de aquellos actos que deliberadamente y de forma grave perturben la paz pública e inciten la violencia pública, por referencias a los asuntos religiosos.

Centrándonos en este *Hate speech* antirreligioso puede decirse que la razón última de la especificidad jurídica del mismo es que afecta al creyente a título individual y personal en su foro más interno e íntimo ya que el creyente suele vivir su fe manteniendo una relación de identidad con respecto a los dogmas, símbolos y ritos de su fe, hasta el punto de que las críticas graves o los ataques hacia éstos pueden suponer también una ofensa hacia la propia persona del propio creyente, en la medida en

27. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., en 2014, “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, *op. cit.*, p. 109.

28. *Vid.*, Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, de 25 de noviembre de 1981.

29. Resolución 1510 del Consejo de Europa sobre la libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas de 2006.

que las creencias sean para ellos un modo de vivir, un modelo ético o un modelo moral³⁰. Ejemplo reciente, claro, significativo y cercano al mundo universitario de esto que explicamos podría considerarse la interrupción, el miércoles de ceniza del pasado año 2018 en la imposición de la ceniza de los católicos, acaecida en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Los hechos fueron que un grupo de estudiantes, boicotearon el acto de imposición de ceniza que había organizado y estaba celebrando un grupo de compañeros estudiantes católicos con gritos e insultos recriminándoles estar celebrando ese acto. Con la interrupción de este acto se producía para muchos de los asistentes al mismo una grave falta de respeto y una vulneración de su derecho a la libertad religiosa y, en nuestra opinión, esa actuación podría ser considerada incluso como un *Hate speech* antirreligioso. También en la actualidad, observando los últimos acontecimientos, puede decirse que hay un extendido y extenso discurso del odio y gran intolerancia contra la religión musulmana ya que se les identifica a todos con los terroristas radicales y contra ellos también se están cometiendo graves ataques, no sólo emitiendo discursos ofensivos contra ellos, sino también discriminándolos considerándolos a todos como pertenecientes a grupos terroristas.

Nos situamos así ante la cuestión de cuáles son los límites que pueden imponerse a la libertad de expresión cuando se proyecta sobre las religiones y creencias, cuestión sobre la cual se plantean algunos problemas específicos, en particular, si las creencias religiosas requieren una tutela especial frente a los ataques que se hagan a sus dogmas y símbolos, de un lado; y, de otro, si la ofensa a los sentimientos religiosos es o no una dimensión de la libertad religiosa que merezca amparo frente a la libertad de expresión. En este orden de consideraciones, la cuestión jurídicamente más relevante es si determinados grupos y las opiniones que sostienen y les identifican pueden ser excluidos del debate público o ver restringida su libertad de expresión en razón del carácter discriminatorio de sus opiniones³¹.

-
30. En CARRILLO DONAIRE, J. A., 2015, "Libertad de expresión y 'discurso del odio' religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular", *op. cit.*, p. 213 puede leerse: "*puede decirse que la razón última de la especificidad jurídica del hate speech antirreligioso es que afecta al lugar desde el que el hombre se sitúa ante el mundo. El creyente vive una relación identitaria singular con el conjunto de dogmas y símbolos de su fe, hasta el punto de que las críticas u ofensas a éstos pueden suponer también una ofensa hacia su persona, hacia el estatuto moral que da sentido a su propia existencia, en la medida en que las creencias son definitorias de un modo de estar, de una ética personal (ethos) o de un modo moral de ser*".
31. CAÑAMARES ARRIBAS, S., 2014, "La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Un work in progress", en *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa (dirigida por MARTÍNEZ-TORRÓN, J., y él mismo)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 17 y ss.

Finalmente, explicar que la respuesta jurídica a estas cuestiones no es totalmente clara ni unívoca y que los pronunciamientos de los diferentes tribunales son muy distintos dependiendo del modelo social del país y del momento en el que se dictan, lo que pone el punto de dificultad para darle respuesta a estos problemas y para establecer categorías y criterios jurídicos generales³².

Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el simple hecho de exponer y defender la Ley islámica (Sharia), sin emplear la violencia para establecerla, no puede ser considerado como “discurso de odio”³³, a pesar de reconocer en otros pronunciamientos la imposibilidad de compatibilizar la Sharia y el respeto a la democracia y al valor de la igualdad de la mujer ante la Ley³⁴. En cambio, ha considerado que la negación del Holocausto nazi no puede entenderse amparada por la libertad de expresión cuando implica un propósito “de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos”, pero no cuando el discurso negacionista se mueve en torno al debate histórico sobre algunos aspectos relacionados con dicho genocidio³⁵. Asimismo, en relación a la valoración de la violencia en los discursos del odio, ha amparado bajo la libertad de expresión la imputación de la culpabilidad de una

-
32. Así se explica en CARRILLO DONAIRE, J. A., 2015, “Libertad de expresión y ‘discurso del odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *op. cit.*, p. 214.
33. *Cfr.*, Sentencias del TEDH *Müslüm Gündüz v. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003 y *I.A. v. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005.
34. Sentencia *Refah Partisi v. Turquía*, de 31 de julio de 2001, en la que el Tribunal considera que la ilegalización del *Refah Partisi* (Partido de la Prosperidad turco) puede razonablemente ser considerada como “una necesidad social imperiosa” en la medida en que el Partido de la Prosperidad había declarado su intención de imponer la *Sharia* dejando planear la duda, además, sobre el posible recurso a la fuerza para llegar al poder. Considera esta sentencia que, “aunque el margen de apreciación de los Estados debe ser estrecho en materia de disolución de partidos políticos, por ser el pluralismo un valor básico de la democracia, el Estado puede legítimamente impedir la realización de un proyecto político incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos”.
35. Sentencia *Garaudy v. Francia*, de 24 de junio de 2003. En esta ocasión se examinaban diversos artículos periodísticos que negaban la realidad del Holocausto con la declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío, que el Tribunal condenó teniendo decisivamente en cuenta la intención de acusar a las propias víctimas de falsificación de la Historia. La ausencia de ese ánimo incriminatorio y difamador puede llevar al resultado contrario, como muestran la sentencias *Leideux e Isorni v. Francia*, de 23 de septiembre de 1998 o *Chauvy y otros v. Francia*, de 23 de junio de 2004, en las que el Tribunal advierte de la diferencia entre el debate todavía abierto entre los historiadores acerca de aspectos relacionados con algunos actos genocidas del régimen nazi, amparado por la libertad de expresión, y la mera negación de “hechos históricos claramente establecidos” que los Estados pueden sustraer del ámbito de ejercicio de dicha libertad.

catástrofe a los “infiel” en la mayor mezquita de Ankara³⁶; mientras que ha tachado de discurso del odio, y por tanto proscrito por el Convenio, la presentación catastrofista de la inmigración islámica y su incompatibilidad con la civilización europea en un libro que apelaba a la “guerra civil étnica” como única solución posible frente “a la colonización de Europa por el tercer mundo”³⁷.

Si tomáramos como ejemplo el discurso homofóbico que puede darse en ciertas confesiones religiosas, también podríamos citar algunos pronunciamientos discordantes. Por ejemplo, está el sobreseimiento acordado en 2012 por un Juzgado de lo Penal de Alcalá de Henares de la querrela promovida por colectivos de gays y lesbianas contra el Obispo de aquella Diócesis al considerar que el contenido de una de sus homilías tenía carácter homófobo. En ella, el citado Obispo afirmó que, como consecuencia de la ideología dominante, “*los jóvenes piensan desde niños que tienen atracción hacia personas del mismo sexo y, a veces, para comprobarlo, se corrompen y se prostituyen o van a clubes de hombres (...). Os aseguro que encuentran el infierno*”. El juzgado entendió que no había en esas palabras una manifestación de odio hacia los homosexuales, ni suponían una injuria a su condición o una llamada a la discriminación por su orientación sexual. Contrariamente, las palabras del Obispo expresaban, a juicio del órgano judicial, “*una posición crítica hacia la homosexualidad (...) que puede ser lícitamente defendida al amparo de la libertad religiosa*”. En otro caso muy parecido a este, el Pastor Pentecostal sueco Ake Green acusó en su Iglesia a los homosexuales de pecar y estar condenados por el mero hecho de serlo al comentar la Primera Carta a los Corintios de San Pablo, que dice que “*ni los afeminados, ni los sodomitas (...) poseerán el Reino de Dios*” (I Cor 6, 9). En este caso, sí hubo condena penal para el Pastor en 2004 en aplicación de la Ley sueca de hostigamiento de un grupo minoritario, aunque luego resultó finalmente absuelto en 2005 por el Tribunal de apelación.

2. LA NUEVA CIRCUNSTANCIA OBJETO DEL DISCURSO DE ODIOS RELIGIOSO: EL GÉNERO

Pero no todos los discursos del odio o discursos intolerantes hacia las religiones lo son hacia ellas únicamente. Hubo un caso en el año 2004 que causó gran polémica, ya que un Imán publicaba un libro llamado “La mujer en el Islam”, en el que se explica cómo debe tratar y castigar físicamente el marido musulmán a su mujer. En enero de 2004, un Juzgado de

36. Sentencia *Kutlular v. Turquía*, de 29 de abril de 2008.

37. Sentencia *Soulas v. Francia*, de 10 de julio de 2008.

lo Penal de Barcelona le condenó a 15 meses de prisión por la comisión de un delito de provocación a la violencia y también dispuso el secuestro de la publicación para que no se propagara tal mensaje. En la sentencia se disponía expresamente: *“en un Estado aconfesional, el respeto a la ortodoxia doctrinal no puede servir de fundamento a la publicación de opiniones provocadoras de la violencia física contra la mujer por razón de su sexo, promoviendo conductas que transgreden el derecho fundamental a la integridad física y moral gravemente atentatorias contra la dignidad de aquellas”*. Sobre este caso volveremos en la parte final de nuestro trabajo para, precisamente, analizar con detalle y detenimiento esta concreta y específica forma de discriminación religiosa, que se sirve de un ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión para legitimar la incitación abierta al odio racial y religioso y que ha sido una importantísima novedad introducida por la reciente reforma del Código Penal español de 2015, como se ha explicado anteriormente, cual es el llamado delito del discurso de odio por razones de género.

Esta discriminación por razón de género, hay que empezar mencionando que está recogida en nuestra norma suprema, es decir, en la Constitución española, en su artículo 14, ya que establece la prohibición de discriminación *“por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Esta referencia podría parecer superflua desde el momento en que la igualdad conlleva la prohibición de cualquier tipo de discriminación. Sin embargo, puesto que la exigencia de igualdad en la ley y en la aplicación de la ley son mandatos dirigidos a los poderes públicos, las prohibiciones concretas de discriminación son las que hacen posible la eficacia horizontal de la igualdad. Es decir, éstas van dirigidas principalmente a los ciudadanos en sus relaciones con otros ciudadanos, como límite a la autonomía de la voluntad. Como ha señalado el Tribunal Constitucional *“el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son entre otras las que se indican en el artículo 14 CE”* (STC 108/1989). Así, por poner un ejemplo, la autonomía de la voluntad del empresario en la dirección de su empresa no le permite discriminar por razón de sexo, suspendiendo el contrato de trabajo al personal femenino por el hecho de contraer matrimonio (STC 7/1983) o estableciendo diferentes categorías profesionales entre quienes realizan el mismo trabajo con el fin de retribuir de manera distinta a trabajadores y trabajadoras (STC 145/1991).

Antes de abordar con profundidad en nuestro estudio todo el tema del discurso de odio por razones de género, se debe ir adelantando ya desde este momento que, si bien el artículo 20 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos, como indicábamos antes, prohíbe toda “*apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia*” y en su tenor literal no incluye motivos de identidad de género, ello no ha sido óbice para impedir que en la mayoría de los países europeos los motivos de odio que se contemplan sean más amplios que los previstos en el artículo 20 del Pacto, incorporando expresamente algunos de ellos la motivación de género³⁸.

Para estudiar en profundidad el género como circunstancia nueva, acaecida recientemente, entre los posibles objetos del delito de odio hay que empezar analizando el papel que juega la mujer en el ámbito religioso, tratando para ello de plasmar una visión general de los factores que pueden influir en ese papel para, posteriormente, poner de manifiesto el rol del género femenino en cada una de las distintas confesiones.

Tras un exhaustivo análisis, en nuestra investigación, del papel que juega la mujer en el ámbito religioso hemos podido observar la situación existente de la enorme cantidad de conflictos que hay entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España.

De esta forma hemos estudiado con detenimiento las distintas perspectivas generales de la mujer en la religión, mostrando cuestiones tan relevantes como, en primer lugar, que el concepto de violencia de género va más allá que la agresión física del hombre hacia la mujer, puesto que incluye formas muy variadas de sometimiento³⁹. En segundo lugar, a la vista de la importancia que la religión tiene sobre las costumbres practicadas en el seno de las confesiones y, de manera más general, sobre la cultura de cualquier sociedad, hemos dejado patente que el rol que la mujer desempeña quedará fuertemente vinculado a la confesión que practique. En esta línea, sentada la envergadura de la cultura y la religión en la posición que ocupará la mujer en la sociedad en la que se desarrolle, nos hemos ocupado de analizar si tal posición se presenta en pie de igualdad o de supeditación al hombre. La cuestión la hemos tratado siguiendo al profesor MARTÍNEZ TORRÓN quien considera que “*si utilizamos las categorías conceptuales propias de la cultura jurídica occidental contemporánea, la mujer*

38. Entre otros, Bélgica, Croacia o España (*Informe sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial y religioso* elaborado a petición de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH): Prof. LOUIS-LÉON CHRISTIANS, Universidad Católica de Lovaina (Bélgica): 9 y 10 de febrero de 2011, Viena, p. 6).

39. El art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, define este concepto como “*La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”.

*ocupa una posición inferior a la del varón, tanto en la Iglesia católica como en las otras confesiones incluidas en el régimen de acuerdos de cooperación de 1992*⁴⁰ para continuar afirmando que *“en realidad, no es fácil encontrar comunidades religiosas en el mundo donde pueda observarse una completa equiparación entre mujer y varón”*. A continuación, hemos trasladado todo lo analizado hasta este punto al ámbito interno de las siguientes confesiones: Catolicismo; Evangelismo; Islamismo y Judaísmo.

A renglón seguido se han tratado de sentar algunos puntos de partida para abordar la problemática de los conflictos que se presentan entre los derechos de las mujeres y el respeto y protección de la diversidad religiosa e intentar alcanzar las más acertadas soluciones posibles a los mismos en nuestro país. Con este objetivo, se ha empezado describiendo la situación de las sociedades en la actualidad, en las que cada vez más a menudo la discriminación de la mujer en el marco de las religiones se hace palpable a la vez que ciertamente injusto y delictivo, y, una vez analizada esta situación, se ha tratado de plantear aquello que, a nuestro entender, puede ser exigible a los Estados, y más concretamente al Estado español, para garantizar la universalidad de los derechos de las mujeres en el marco de las religiones.

De esta forma se ha llegado a otra de las conclusiones más importantes de nuestro trabajo, cual es, que, aunque la apuesta del Derecho Internacional es clara a favor de los derechos de las mujeres en este tipo de conflictos, se debe desechar la opción de darles siempre una única respuesta porque ello significaría desconocer el valor normativo del respeto a la diversidad religiosa, a salvo claro está de los casos de violencia contra la mujer, en los cuales siempre se debe estar a favor de su eliminación. Es más, analizada la situación de las religiones, la igualdad de género y los derechos de la mujer, hemos entendido que *“tenemos que intentar encontrar una solución a las situaciones de desigualdades de las mujeres dándonos igual si su trasfondo es político-cultural o religioso: a todas ellas y no sólo a las que supongan la comisión de un delito, porque estas situaciones ya tienen claramente establecida su penalización. Respecto a las que no están penadas, opinamos que habría que exigir a los estados, y en nuestro caso concreto al Estado español, que lleve a cabo determinadas actuaciones para garantizar la universalidad de los derechos de las mujeres en el marco de las religiones”*⁴¹. La solución de estos conflictos no es tan sencilla.

40. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., 2012, “La igualdad de sexos en el sistema acordado de relaciones entre Estado español y confesiones religiosas”, [online] *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, p. 63. Available at: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289991>.

41. PAREJO GUZMÁN, M. J., 2015, “Resolución de conflictos entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España”, *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, n. 15, 1, pp. 189-209.

Lo que sí está claro, en nuestra opinión, es que se debe desechar la opción de dar una única respuesta, de todo o nada, para todos los conflictos de este tipo, a algunos de los cuales acabamos de asomarnos.

Además de esto y de la señalada diferenciación entre el hombre y la mujer en las confesiones religiosas, también hay que tener en cuenta como factor importante al estudiar estas teóricas situaciones de desigualdad la diferente posición de las propias mujeres pertenecientes o practicantes de una misma religión: no se puede asumir que un determinado concepto de igualdad o de derechos es compartido por todas las mujeres del mundo. A este respecto hemos mostrado que hay quien ha afirmado, muy acertadamente en nuestra opinión, que *“Incluso dentro de una misma nación, etnia o religión existen divergencias entre las posiciones de las mujeres porque la cultura y la religión no afectan de igual manera la vida de todas las mujeres: también existen componentes sociales, económicos y geográficos que inciden en su estatus”*⁴². Opinamos, en esta línea, que la visión de lo que debe ser la igualdad sexual o los derechos de las mujeres debe considerar necesariamente las diferencias que existen entre las mismas mujeres debido a la raza, la posición social y económica, el origen nacional, la orientación sexual, entre otros. Las mujeres también tienen derecho al respeto de su diversidad y su autonomía no puede ser anulada bajo la idea de una *“libertad impuesta”*⁴³.

Siendo todo lo tajantes que creemos se debe ser en cuanto a esta cuestión, nos atreveríamos a afirmar, incluso, que, *“en nuestra opinión, el Estado tiene la obligación de prevenir y proteger contra aquellas prácticas que lesionen a las mujeres acudiendo a la capacitación, a medidas legislativas y de sustitución de las prácticas discriminatorias, al diálogo con los dirigentes religiosos... entre otras estrategias, porque cuando se ataca a la mujer en su dignidad, ya no hay lugar ni para la soberanía ni para las especificidades culturales o religiosas”*⁴⁴. En nuestra opinión, la inacción del Estado no es una respuesta válida; no nos sirve. Somos conscientes de que lo que se discute y se presta a más deliberación

42. ARDILA TRUJILLO, M., 2011, “Hacia la resolución de los conflictos entre la protección de la diversidad cultural y el reconocimiento de los derechos de las mujeres”, *op. cit.*, pp. 137-152.

43. Ejemplos de esto que comentamos: 1. Cómo en la década de los setenta, en contraste con las demandas de las feministas blancas de clase media que pedían el desmantelamiento de la institución de la familia nuclear por ser un elemento clave en la opresión de la mujer, las feministas indígenas y afroamericanas argumentaban que para ellas la libertad consistía en poder formar una familia, puesto que la larga historia de esclavitud, genocidio y racismo había operado precisamente rompiendo sus comunidades y sus familias; 2. El uso del denominado velo islámico anteriormente comentado.

44. PAREJO GUZMÁN, M. J., 2015, “Resolución de conflictos entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España”, *op. cit.*, pp. 189-209.

es el nivel y la forma de su intervención, pero lo que opinamos que está claro es que *“todo Estado como el nuestro debe ir en la línea de actuación de no permitir que la libertad religiosa sea la vía para negar a las mujeres el derecho a construir y ejecutar un proyecto de vida en condiciones de igualdad”*. En este sentido, *“para que la libertad de religión no sea contraria a los derechos de la mujer es indispensable que el derecho a la diferencia implicado por esa libertad no se entienda como un derecho a la indiferencia ante la condición de la mujer. Opinamos pues que, por contra a esta inacción, existe la conveniencia de acometer las modificaciones legislativas que sean necesarias en nuestro país para garantizar cuestiones tan básicas e importantes en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro tales como el reconocimiento, respeto y protección de la dignidad de la mujer, la igualdad sexual y los derechos y libertades más fundamentales”*⁴⁵.

Dicho esto, hemos llegado a cerrar la problemática de la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres afirmando que coincidimos plenamente con la afirmación de que *“La gestión de la diversidad cultural y religiosa es uno de los grandes desafíos que deben afrontar los países democráticos, en especial, en relación con la situación de las mujeres, constante foco de polémicas”*⁴⁶. Esta afirmación nos lleva de la mano a la preocupación que tenemos en mente desde el principio de nuestro estudio, cual es, la determinación de los límites que puede imponer el legislador penal a la difusión de estereotipos sexistas o incluso a la provocación a la violencia contra las mujeres cuya fundamentación se halla en creencias religiosas y/o culturales relativas al género. Como ya indicáramos al principio, esta última circunstancia constituye una novedad introducida por la reciente reforma del Código Penal español de 2015 y, desde mi punto de vista, ello requiere un estudio específico y concreto para conocer su verdadero alcance y justificación. Es esto precisamente lo que nos conduce al siguiente apartado relativo al discurso del odio por razones de género, parte fundamental de este trabajo y con el que vamos acercándonos a nuestro objetivo fundamental en el mismo.

IV. EL DISCURSO DE ODIOS RELIGIOSO POR RAZONES DE GÉNERO

Se llega así a la cuestión fundamental a tratar, analizar y estudiar en esta investigación: esa forma específica de discriminación religiosa que se sirve de un ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión para legitimar la incitación abierta al odio racial y religioso y que ha sido una

45. PAREJO GUZMÁN, M. J., 2015, “Resolución de conflictos entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España”, *op. cit.*, pp. 189-209.

46. SOUTO GALVÁN, B., 2015, “Discurso del odio: género y libertad religiosa”, *op. cit.*, p. 1.

novedad introducida por la reciente reforma del Código Penal español de 2015.

En base a todo lo analizado en la parte anterior, se ha concluido que la figura de la mujer precisa de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico si se quiere soslayar o, al menos, paliar, la discriminación por razón de género, e incluso la violencia de igual naturaleza en cualquiera de sus formas. Evidentemente, toda medida normativa que se adopte en este contexto atañe al papel *ad intra* de la mujer en las confesiones, si bien deben tenerse presente las consecuencias que derivan del derecho a la libertad religiosa.

Así, en vista a la posición de la mujer en la Iglesia, que se ha explicado en todo lo anterior, pueden entrar en conflicto, por un lado, la dignidad y salvaguardia de la mujer y, por otro, el derecho a desarrollar prácticas que pueden afectar a la esfera jurídica femenina pero que, *prima facie*, pueden estar amparadas bajo el paraguas de la libertad religiosa. Esta pugna no puede ser resuelta sino atendiendo a los límites que restringen la libertad religiosa, de ahí la importancia que le dimos en su momento al estudio de tales límites.

Al hilo de lo anterior, y en base a una interpretación elemental de nuestro sistema normativo, con especial atención al ordenamiento jurídico-penal, se pone de manifiesto que todas las conductas que se consideren especialmente gravosas frente a los bienes jurídicos especialmente protegidos, esto es, aquellas conductas constitutivas de delito, quedarán fuera del ámbito de justificación que otorga el derecho a la libertad religiosa⁴⁷.

En esta sede de intervención del Derecho penal podemos destacar, como así lo hace SOUTO GALVÁN⁴⁸, la actual configuración del delito de odio recogido en el artículo 510 del Código penal (CP), cuya modificación en julio de 2015 amplió su campo de actuación a aquellos discursos al odio por razones de género. Es evidente que la tipificación del delito en lo que respecta al género no es de exclusiva aplicación en el ámbito religioso, sin embargo, sí ha sido en este campo en el que se han suscitado los casos más polémicos.

Este marco de análisis del referido delito pone en tela de juicio la confluencia entre:

– por un lado, y como bien jurídico protegido, la igualdad y el derecho a no ser discriminado, acotándolo para el caso de igualdad de género;

47. Interpretación restrictiva del ámbito de actuación del Derecho penal por ser éste fragmentario. A este respecto *Vid.* MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2015, *Derecho penal, parte general*, Tiran lo Blanch, Valencia, 9.º ed., pp. 79-80.

48. *Vid.*, SOUTO GALVÁN, B., “Discurso del odio: Género y libertad religiosa”, *op. cit.*, pp. 2 y ss.

– por otra parte, pugnará por su vigencia el derecho fundamental a la libertad de expresión (artículo 20 CE);

– sin perder de vista, asimismo, el derecho a la libertad religiosa (artículo 16 CE), en la medida en que pueda amparar tales conductas cuando se escapen de los límites de protección de la norma penal.

Por lo que se refiere al bien jurídico protegido en este delito, hemos de señalar que sería el derecho a no ser discriminado por razones de género. Pues bien, fue el Grupo Parlamentario Popular el que presentó una enmienda al artículo 510 CP del Proyecto de Reforma del Código Penal con la finalidad de añadir a la circunstancia basada en razones de sexo, la fundada en motivos de género, al considerar que la primera no es comprensiva del significado “de género”⁴⁹. Como ya indicáramos en la Introducción de este estudio, se ha venido afirmando que “*la circunstancia referida al sexo hace referencia a la mujer por ser mujer, es decir, basada en un fenómeno puramente biológico; mientras que el motivo basado en razones de género englobaría los discursos realizados contra las mujeres por el papel que tradicionalmente la sociedad se ha encargado de otorgarle. El efecto de ambos discursos sería la discriminación pero el fundamento pasa de ser meramente biológico a estar basado en construcciones sociales*”⁵⁰.

Son los sistemas de valores, creencias, costumbres y tradiciones los que constituyen las pautas de conducta de género y por ello se debe analizar si la expresión pública de estos valores o creencias pueden, en ocasiones, constituir un atentado al valor de la igualdad de tal intensidad que pueda ser sancionada como una conducta propia del discurso de odio.

Por lo que se refiere a la normativa más importante al respecto, destacar lo que se expresa en el ya mencionado artículo 4 de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*: “*los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer*”⁵¹. En el mismo sentido se pronuncia el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011, el cual obliga a los Estados partes a velar

49. Enmienda n.º 869, *Boletín Oficial de las Cortes Generales número 66-2*, 10 de diciembre de 2014, p. 571.

50. *Vid.*, RUEDA MARTÍN, M. A., 2012, *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja...* cit., p. 51; ALCALÉ, M., 2006, *La discriminación hacia la mujer...* cit., Madrid, p. 68 y SOUTO GALVÁN, B., en “Discurso del odio: Género y libertad religiosa”, *op. cit.*, p. 40.

51. Art. 1.3 de la Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

porque no se considere que la cultura, las costumbres, la religión, la tradición o el supuesto “honor” justifiquen actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio. En esta misma línea, la *Estrategia de igualdad de género 2014-2017* del Consejo de Europa, exige “luchar contra el sexismo como una forma de incitación al odio e integrar esta realidad en la acción que lleva a cabo el Consejo de Europa para luchar contra la incitación al odio y la discriminación”⁵².

Por otra parte, y al analizar la provocación a la violencia contra las mujeres, hay que tener en cuenta la definición de “violencia de género” aportada por la Organización de Naciones Unidas (1995): “todo acto de violencia sexista que tenga como resultado posible o real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea en la vida pública o en la privada” y, por supuesto, la propuesta por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*: “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” (artículo 1.3). En relación con la discriminación por razones de género, como ya se mencionó anteriormente, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (Organización de Naciones Unidas, 1979), insta a los Estados partes “a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (artículo 5).

Si bien la comunidad internacional y los organismos regionales han mostrado un enorme interés por la protección de la no discriminación por razón de género, han habido y sigue habiendo muchas dudas sobre el alcance de la tutela penal que debe otorgarse a este bien jurídico. Para muchos autores, es evidente que está justificada la intervención penal en relación a la protección de algunos de los grupos que señala el artículo 510 del CP, pero no lo es tanto cuando se trata de la motivación referida al género⁵³. Nos parece desacertada esta opinión y consideramos que la realidad actual muestra que estamos muy lejos de encontrarnos en una

52. Aprobada por la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos (CDDH) el 25 de septiembre de 2013.

53. Cfr., cómo LAURENZO COPELLO, P., 1999, en “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, n.º 34, p. 22, sostiene que en el caso de la motivación del género el fundamento de la protección penal desaparece y señala: “un afán desmedido por parte del legislador corre el riesgo de perpetuar la imagen de una mujer necesitada de una tutela especial, débil e incapaz de hacerse respetar sin la protección paternalista del Estado”.

situación de efectiva igualdad. La plataforma CEDAW Sombra España, compuesta por 50 organizaciones de mujeres, de cooperación internacional y de derechos humanos de todo el Estado, presentó en septiembre de 2014 un informe ante la Organización de Naciones Unidas, refrendado por más de 260 organizaciones y colectivos de la sociedad civil en el que se evalúa la equidad de género en España. Entre otros aspectos, han puesto de relieve la persistencia de discriminación por razones de género en los ámbitos educativo, laboral, sanitario, y una deficiente lucha contra la violencia de género.

Hay que señalar que está claro que no todas las formas de discriminación pueden ser atajadas desde el ámbito penal pero determinadas actuaciones como la del cántico machista en el estadio Benito Villamarín⁵⁴, evidencian que, pese a los logros conseguidos en la lucha por la igualdad de género, en España seguimos contemplando evidentes signos de discriminación y violencia contra las mujeres que han de ser perseguidos para garantizar una efectiva igualdad. Otro evento de este tipo fue el ataque físico ocurrido contra una religiosa en Granada en el mes de junio de 2017. Esta pobre chica fue agredida y golpeada cuando acababa de acompañar a un grupo de niños a una escuela cercana y el agresor no hacía más que gritarle “*por ser Monja!!!*”.

Una vez estudiado todo esto, se ha pasado a analizar en nuestra investigación una serie de supuestos que, eso sí, corresponden al período de vigencia del tipo en su redacción previa, pero en los que, sin duda, los discursos implicaban una provocación a la violencia contra las mujeres, es decir, una incitación a actos de violencia contra las mujeres constitutivos de delito.

1. CASO DEL IMÁN DE FUENGIROLA, LIBRO “LA MUJER EN EL ISLAM”: SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL DE BARCELONA, DE 12 DE ENERO DE 2004

Hasta el momento, es el único caso que ha acabado con sanción penal por la comisión del delito previsto en el artículo 510 CP en relación con la

54. “*Rubén Castro alé, Rubén Castro alé, no fue tu culpa, era una puta, lo hiciste bien*”. Este cántico se escuchó durante varias semanas en el estadio Benito Villamarín como supuesto apoyo al futbolista Rubén Castro que se encontraba inmerso en un procedimiento judicial por cuatro delitos de maltrato y un quinto delito de amenazas leves hacia su ex novia (Diario el País, 25 de febrero de 2015). Algunos ejemplos sobre el discurso de odio por razones de género que se expanden por las redes sociales pueden consultarse en <http://www.womenactionmedia.org/examples-of-gender-based-hate-speech-on-facebook/> (17/03/2015).

incitación a la violencia y la discriminación contra la mujer. Es el caso de la publicación del libro “La mujer en el Islam”, cuyo autor, MOHAMED K. M., ejerció tareas de imán en España desde 1984.

El libro aborda una interpretación excesivamente machista del *Corán*, incluyendo comentarios entre los que justificaba el maltrato físico a la mujer si no se consigue dominar a ésta en el ámbito familiar, propugnando por un total sometimiento de la figura femenina, considerándolo como algo natural⁵⁵.

Considera la Sentencia (FJ 2) que se excede del campo de actuación que le permite la libertad religiosa, en cuanto que *“en el ejercicio de su libertad el acusado diserta sobre la mujer en muy diferentes aspectos algunos de nula vinculación con la religión en las sociedades con culturas cristianas, [...] estando toda la obra presidida por un tono de machismo obsoleto, en algunos casos muy acentuado, discordante con el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la CE y que fundamenta la afirmación de las acusaciones de que el libro en algunos párrafos vulnera abiertamente dicho principio promoviendo conductas de discriminación por razón de sexo intolerables y penalmente reprochables”*.

La sentencia, en base a lo anterior, además de analizar los elementos del tipo penal, lo que escapa de nuestro estudio, condena al Imán por considerar que, *“esa confrontación entre el derecho a la libertad religiosa en su dimensión externa, ejercitado por Mohamed, y el derecho a la integridad moral de la mujer destinataria de su discurso, debe resolverse en favor de este último por cuanto actúa de límite de aquél, [...] y como, cuando de la colisión entre el derecho a la libertad de expresión vinculado a la libertad ideológica y el derecho al honor se trata, [acaba] convirtiendo la conducta del acusado, al redactar, publicar y difundir el capítulo del libro dedicado a los malos tratos, en reprochable conforme al artículo citado al inicio del primer fundamento”*.

Después de realizar un juicio de ponderación entre la libertad religiosa –cuyo contenido esencial incluye la expresión escrita de convicciones de carácter religioso– y la integridad física y moral de las mujeres (artículo 15 CE), el juzgador consideró que los hechos descritos constituían un delito de provocación a la violencia contra grupos por razón de su sexo.

La condena deriva, como se ha mencionado, de la provocación o incitación a la comisión de actos de violencia contra las mujeres pero en la obra parcialmente transcrita se diserta sobre otras cuestiones, según el propio juzgador, promoviendo conductas de discriminación por razón de sexo “intolerables y penalmente reprochables”, que, sin embargo, aprecia no

55. Extractos literales del libro. Pueden consultarse en el hecho probado 2.º de la sentencia.

llegan a la provocación a la discriminación, sin justificación alguna desde mi punto de vista, argumentando que *“en cuanto insertas en una obra cuyo contenido global es un descriptivo y amplio catálogo de obligaciones y deberes de la mujer y un cicatero compendio de los derechos de los que es titular, e incompatibles con la sensibilidad social imperante, aun cuando deba recordarse que la situación de la mujer en nuestro país era muy semejante en tiempos nunca demasiado lejanos y que en la actualidad el tratamiento de la mujer en variados aspectos sigue siendo diferenciador respecto al hombre”*⁵⁶. Las afirmaciones contenidas en este libro a las que se refiere el Magistrado son, entre otras: que es razonable que exista una autoridad suprema en el hogar –evidentemente el esposo– para impedir que el desorden se imponga; que ha sido la equivocada competencia entre el hombre y la mujer la que ha transformado a esta de madre respetada, esposa y compañera, en un rival peligroso y un adversario que va en pos de la victoria; que el trabajo de la mujer debe amoldarse a su naturaleza, a las aptitudes y las predisposiciones innatas de ésta, etc.

Nosotros preferimos quedarnos con el hecho, que nos parece más relevante, de que en la sentencia se señale que *“en un Estado aconfesional, aunque exista un respeto a la ortodoxia doctrinal no se puede justificar la violencia contra la mujer por razón de su sexo, promoviendo conductas que vulneran el derecho fundamental a la integridad física y moral atentando contra la dignidad de aquéllas. A este respecto, en este caso se enfatiza esa conexión con la dignidad, a propósito del discurso del odio, que se señalaba anteriormente por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*⁵⁷.

2. CASO DEL IMÁN DE TERRASSA: LOS SERMONES EN SU MEZQUITA

Otro caso muy similar al anterior es el de un Imán de Terrassa, Abdelslam L., acusado de incitar a la violencia contra la mujer y encausado en un proceso que, aún en fase de instrucción, se investiga en el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Terrassa ante una querrela presentada por la Fiscalía Provincial de Barcelona, Servicio de Delitos de Odio y Discriminación, al hilo de supuestos mensajes discriminatorios y vulneradores del principio de igualdad y del derecho a la integridad física y moral de la mujer, pronunciados con ocasión de los sermones que predica ante los fieles que asisten a la mezquita los viernes al mediodía, el día de la semana de referencia del colectivo musulmán y que congrega el volumen de fieles más elevado en la mezquita.

56. Sentencia del Juzgado n.º 3 de Barcelona, de 12 de enero de 2004, FJ 2.

57. Sentencia del Juzgado n.º 3 de Barcelona, de 12 de enero de 2004.

Según la querrela, existen grabaciones realizadas por Mossos d'Escuadra vestidos de paisano los días 16 de diciembre de 2011 y 20 de enero de 2012 en las que se puede apreciar el discurso del Imán con términos como los siguientes: *“Estas soluciones [pegar a la mujer] están citadas en el sagrado Corán, especialmente en la Surrat número 4 AN-Nissae. En esta Surrat, Dios dice: ‘¡Amonestad a aquéllas de quienes temáis que se rebelen, dejarlas solas en el lecho, pegadlas! Si os obedecen, no os metáis más con ellas, Alá es excelso, grande’. ‘Efectivamente el hombre le tiene que enseñar a su esposa las obligaciones y los deberes que Dios nos ha dictado’. Si no acata estas obligaciones, el paso siguiente es que el hombre deje sola a su esposa en el lecho (...). Y si, hermanos, con este método no se soluciona el conflicto, pues tienes que acudir a los golpes”*.

En la querrela, presentada ante el Juez Decano de Terrassa, el Fiscal de Delitos de Odio y Discriminación en Catalunya, Miguel Ángel Aguilar, estima que Abdeslam L. *“estaría aprovechando su condición de líder religioso dentro de la comunidad musulmana de Terrassa para proferir mensajes claramente discriminatorios y vulneradores del principio de igualdad y del derecho a la integridad física y moral de la mujer”*. En la querrela se le imputa un delito de provocación a la violencia por motivos de sexo (artículo 510.1 CP). Eso sí, no existe aún condena alguna para el Imán.

3. CASO DEL LIBRO “CÁSATE Y SE SUMISA: EXPERIENCIA RADICAL PARA MUJERES SIN MIEDO” DE LA EDITORIAL NUEVO INICIO DEL ARZOBISPADO DE GRANADA

En noviembre de 2013 se daba a conocer por la prensa la publicación de la obra *“Cásate y se sumisa: experiencia radical para mujeres sin miedo”*, escrito por la periodista italiana Costanza Miriano y publicado en español por la Editorial *Nuevo Inicio* del Arzobispado de Granada. En la propia contraportada puede leerse en un párrafo, usado por la editorial para promocionarlo en su página web: *“Ahora es el momento de aprender la obediencia leal y generosa, la sumisión. Y, entre nosotras, podemos decirlo: debajo se coloca el que es más sólido y resistente, porque quien está debajo sostiene el mundo”*.

En el texto del libro se encuentran afirmaciones sobre la mujer muy fuertes. El Arzobispo de Granada, Don Francisco Javier Martínez Fernández, emitió un comunicado el 15 de noviembre de 2013 en el que destacó la conformidad del contenido de la obra con las enseñanzas de la Iglesia en respuesta a la polémica originada tras la publicación del libro: *“Desde el ámbito pastoral y eclesial que a mí me corresponde sólo quiero señalar que la obra ha sido positivamente reconocida como ‘evangelizadora’ por ‘L’Observatore Romano’ y que su autora, Dña. Constaza Miriano, ha sido invitada a participar*

*en el reciente Seminario organizado por el Pontificio Consejo para los Laicos con la ocasión del XXV aniversario de la publicación de la Carta Apostólica del Beato Juan Pablo II 'Mulieris Dignitatem', sobre la dignidad de la mujer. Los dos libros han sido recomendados por el Consejo Pontificio para los Laicos y por el Consejo Pontificio para la Familia. Estos parámetros indican, con mayor claridad que cualquier comentario de prensa, que la posición de la editorial en estos dos libros es acorde con las enseñanzas de la Iglesia'*⁵⁸.

Según la autora, su libro está inspirado en el Nuevo Testamento, Carta del Apóstol Pablo a los Efesios: *"Someteos unos a otros en el temor de Dios. Las casadas estén sujetas a sus propios maridos, como al Señor; porque el marido es cabeza de la mujer, así como Cristo es cabeza de la iglesia, la cual es su cuerpo, y Él es su Salvador"* (Capítulo 5:21-33; 6:1-9).

Los grupos Parlamentarios de IU, PSOE y PP y hasta la propia ministra de Sanidad pidieron que se retirase de la venta al considerarlo una falta de respeto que podía incurrir incluso en apología de la violencia machista.

Finalmente, el Consejo Municipal de la Mujer del Ayuntamiento de Granada trasladó a la Fiscalía su enérgico rechazo al libro, para que investigara su contenido y las consecuencias legales que derivaran del mismo. En abril de 2014 la Sección de Violencia sobre la Mujer de la Fiscalía Provincial de Granada notificó el archivo de las diligencias informativas, al considerar que, *"aunque los párrafos recogidos, así como el propio título del libro pueden en algún caso y en el entorno de la sociedad actual igualitaria, ser poco acordes con el papel de la mujer en la sociedad actual, en ningún caso son merecedores de sanción penal con arreglo a la legislación vigente"*. Según la Fiscalía *"el texto del libro no constituye una apología de la violencia machista ni incita de manera directa a la discriminación, al odio o a la violencia"*.

4. CASO DEL OBISPO DE ALCALÁ DE HENARES: "EL TREN DE LA LIBERTAD" POR JUAN ANTONIO REIG PLA

En esta ocasión, la Asociación "Tertulia Feminista Les Comadres" se querreló el 15 de octubre de 2014 contra Don Juan Antonio Reig Pla, Obispo de Alcalá de Henares, y la sociedad limitada Infovaticana, web en la cual se publicó en septiembre de 2014 un artículo de este Obispo titulado "Llamar a las cosas por su nombre. Un verdadero reto para los católicos", en el cual podía leerse: *"Desde la lógica del horror el Secretario General del PSOE ensalzó en la Estación de Atocha de Madrid el mal llamado 'tren de la libertad' en el que algunas mujeres reclamaban 'el derecho a decidir"*

58. <http://www.arzobispodegranada.es/index.php?mod=articulos&lan=es&sec=8&cat=26&id=759>.

matar inocentes'; este tren, como los trenes de Auschwitz que conducían a un campo de muerte, debería llamarse, no el 'tren de la libertad' sino, el 'tren de la muerte', del 'holocausto' más infame: la muerte directa y deliberada de niños inocentes no-nacidos", con lo que dicha Asociación entendía que se estaba comparando el aborto con el genocidio nazi⁵⁹.

Por iniciativa de la Asociación "Tertulia Feminista les Comadres" en defensa de la Ley de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo (2010) ante la reforma impulsada por el exministro Ruiz Gallardón, nació el movimiento denominado "El tren de la Libertad". Dicha Asociación interpone la querrela por considerar al Obispo y a la sociedad limitada Infovaticana responsables de la comisión de un delito continuado de injurias graves, así como del delito de provocación al odio, la discriminación o la violencia del artículo 510 CP, en este caso concreto por razones de género.

Sin embargo, en esta ocasión la querrela ni siquiera fue admitida a trámite. En concreto, la Juez Titular del Juzgado de instrucción Número 2 de Alcalá de Henares desestimaba el 17 de diciembre de 2015 la denuncia presentada argumentando y considerando: *"Examinado el artículo en el que se vierten las manifestaciones del querrellado (...) no es posible admitir la querrela a trámite. (...). (...) los hechos relatados en la querrela no revisten caracteres de delito. (...). Las palabras del Obispo no se encuadran en ninguno de los supuestos tipificados en el artículo 510 del Código Penal (...) tal estimación o valoración personal, aun cuando pueda molestar, inquietar, ofender o disgustar está amparada por la libertad de expresión. (...). Por tanto, la conducta que en la querrela se imputa al querrellado carece de antijuricidad material al estar amparada por la libertad de expresión y libertad religiosa pero es que tampoco puede considerarse*

59. Entre los hechos que dieron lugar a la interposición de la querrela criminal nos encontramos en primero lugar que el día 25 de septiembre de 2014, con fecha 24 de setiembre de 2014, se procedió a la publicación en la web infovaticana.com, bajo el enlace: <http://infovaticana.com/blog/firma-invitada/llamar-las-cosas-por-su-nombre-por-juan-antonio-reig-pla/> Un artículo titulado "Llamar a las cosas por su nombre. Un verdadero reto para los católicos", rubricado por Juan Antonio Reig Pla, Obispo de Alcalá de Henares, vertiendo afirmaciones, del siguiente tenor literal: *"Desde la lógica del horror el Secretario General del PSOE ensalzó en la Estación de Atocha de Madrid el mal llamado "tren de la libertad" en el que algunas mujeres reclamaban "el derecho a decidir matar inocentes"; este tren, como los trenes de Auschwitz que conducían a un campo de muerte, debería llamarse, no el "tren de la libertad" sino, el "tren de la muerte", del "holocausto" más infame: la muerte directa y deliberada de niños inocentes no-nacidos*". Entonces, se aducía que dichas afirmaciones atentan directamente contra el honor y la dignidad de las 300.000 personas que asistieron a la movilización del 1 de febrero de 2014, y particularmente, a todas las mujeres que participaron en la concentración conocida como "El Tren de la Libertad": Todo esto se recoge en la siguiente página web: <https://www.comadresfeministas.com/publicaciones/enlaweb/QuerrelaObispo.htm>.

*que tales manifestaciones o cualesquiera otras del artículo comentado inciten al odio y a la discriminación por razón de género o atenten al principio de igualdad contra todas las mujeres pues nada de ello se infiere del artículo (...)*⁶⁰.

Poco después, en julio de 2016, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid confirmaría la Sentencia emitida por el Juzgado de Instrucción Número 2 de Alcalá, confirmando la inadmisión de la querrela. Contra este auto ya no cabe recurso y se da por concluido el recorrido procesal de la querrela.

Estos son los cuatro casos que hemos considerado fundamentales para estudiar la temática de los discursos de odio religioso por razones de género en nuestro país. Los cuatro nos han servido para intentar aprender a poder determinar si realmente los casos del artículo 510 CP pueden englobarse o no en el discurso del odio religioso por razón de género y, en consecuencia, pueden quedar justificadas las restricciones de la libertad de expresión y penalizadas dichas conductas. Para poder determinar esto hay que analizar los criterios que han sido elaborados por la Organización de Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto, en interpretación totalmente acorde a lo desarrollado por la Organización de Naciones Unidas, que la limitación de la libertad de expresión en relación con discursos de odio religioso por razón de género debe decidirse teniendo en cuenta estos seis elementos, a saber: el contenido, la forma, el autor, la intención de éste, el impacto social o sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción, siendo el impacto social o contextual el que parece haberse convertido en el más importante.

En nuestra opinión y la de algún otro autor, de entre estos elementos son los más importantes el autor y el impacto contextual, que incluiría el contenido del discurso y el ámbito social al que se dirige⁶¹.

Por lo que se refiere al autor, es de destacar que, en cuanto a los sujetos que han promulgado los discursos relacionados con este delito, en tres de los cuatro casos analizados, nos encontramos ante autoridades eclesiásticas o dirigentes religiosos en sus respectivas confesiones y en el caso restante, si bien la autora del libro en que se realiza el discurso no es un ministro de culto, sí es cierto que la publicación y difusión de la obra se

60. *Vid.*, el tenor literal del auto en su Razonamiento Jurídico segundo y LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á., 2016, "La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, número 42, octubre 2016, p. 8.

61. *Cfr.*, que así se indica en SOUTO GALVÁN, B., en "Discurso del odio: Género y libertad religiosa", *op. cit.*, p. 35.

realiza desde la Editorial del Arzobispado de Granada, que lógicamente pertenece a la organización territorial de la Iglesia Católica.

En cuanto al impacto social o contextual del discurso de odio religioso por razones de género, que acabamos de señalar que incluiría el contenido del discurso y, sobre todo, el ámbito social al que se dirige, debe partirse de la afirmación de que el Tribunal Supremo sostiene que la existencia del peligro depende tanto del contenido de lo difundido como del ámbito social al que se dirigen los actos cuestionados⁶². En cuanto al contenido, para empezar, señalar que se constata que en todos los casos analizados se pueden observar discursos discriminatorios y en dos de ellos, además, se provoca claramente a la violencia de género al quedar justificada bajo la cobertura de las convicciones religiosas islámica y católica en estos casos. Sobre el ámbito social al que van dirigidos, en los dos primeros casos descritos los discursos (en la obra de “La mujer en el Islam” y en los sermones del Imán en la mezquita de Terrassa) se destinaban a la comunidad musulmana radicada en nuestro país, en el tercer supuesto (el de la publicación de la obra “Cásate y se sumisa”), el daño potencial sobre las mujeres que forman parte de la comunidad católica también es evidente en cuanto se trata de una obra que la Iglesia Católica ha difundido y estimado acorde con sus enseñanzas y, en el último de los supuestos, las declaraciones de Reig Pla podríamos considerarlo un supuesto muy específico de provocación al odio, la discriminación y la violencia en el marco de la confesión católica.

Lo que dejan patente, claramente, los cuatro supuestos es la importancia de contextualizar la situación en la que se ejerce el derecho a la libertad religiosa en su manifestación externa, como reiteradamente se ha insistido a lo largo de todo el trabajo que efectuamos, pues si hubiese acontecido el

62. Vid., la STS 259/2011, de 12 de abril en la que se señala, en su F.J.1.1: “La existencia del peligro, por lo tanto, depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social, al que se dirigen los actos cuestionados. Sin duda en algunos momentos históricos o en algunos lugares concretos, determinadas actividades podrían llegar a ser consideradas peligrosas para la seguridad de esos bienes que se trata de proteger, mientras que en otras circunstancias tal cosa no podría ser afirmada. No se trata de exigir la concurrencia de un contexto de crisis, en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro, que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro. (...) Para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege”.

discurso del Imán de Fuengirola en un Estado de marcada tradición islámica, probablemente no hubiera tenido sanción penal; del mismo modo que, en otros Estados con ideas más liberales, sí que hubiese tenido sanción el discurso contrario al aborto por parte del Obispo del Caso del libro “Cásate y se sumisa: experiencia radical para mujeres sin miedo” de la Editorial Nuevo Inicio del Arzobispado de Granada. Por lo que los límites a la libertad religiosa dependen sobremanera del contexto.

V. CONCLUSIONES

– Aunque somos de la opinión de que el artículo 510 del Código Penal ha sufrido una importante transformación a través de la reforma operada en el año 2015, entre otros motivos, al añadir a la circunstancia basada en razones de sexo, la fundada en “razones de género”, entendemos que dicha reforma de este tipo penal no ha solventado del todo los problemas que generaba su versión previa. No obstante esto, coincidimos con aquellos autores que sí estiman procedente la inclusión de esta nueva circunstancia, más adecuada que la basada en el sexo, para reprimir la incitación al odio y la violencia por razones de género.

– Por lo que se refiere a la libertad de expresión y a la libertad religiosa y a la delimitación, relación, límites y conflictos entre ambas, hemos llegado a varias conclusiones en nuestro estudio. Para empezar, que ni la libertad de expresión ni la libertad religiosa son derechos absolutos sino que, combinando los diferentes límites concretos de ambas explicados y analizados con detenimiento en nuestro trabajo, hemos observado que el límite general de la libertad de expresión aparece cuando se vulneran derechos de otras personas, muchas veces precisamente el derecho a la libertad religiosa, y que la libertad religiosa dispone de un límite muy claro, en este caso más amplio que el de la anterior, ya que, según puede leerse en el propio artículo 16 de nuestra Constitución, no podrá vulnerar el orden público. Partiendo de esto hemos concluido que la libertad religiosa debe estar especialmente protegida y que los poderes públicos deben estar separados de la religión y las normas no pueden estar articuladas por valores religiosos, respondiendo a su vez a la protección y garantía de los derechos fundamentales.

De la mano de estas afirmaciones hemos concluido que está claro que existe una evidente relación entre ambas libertades. Relación que conlleva de forma imprescindible buscar los límites de la libertad de expresión que aseguren el respeto de los sentimientos religiosos y a la inversa. No se trata de someter una libertad a otra, ni de considerarla prioritaria, sino

de procurar combatir las expresiones que, en el intento de ampararse en la libertad de expresión, acaban construyendo y potenciando discursos discriminatorios, racistas y/o xenófobos.

Habiendo dejado claro el fundamento de la protección de los sentimientos y las manifestaciones religiosas como límite a la libertad de expresión, hemos hecho nuestra la conclusión de que *“el reconocimiento de la libertad de expresión no legitima los ataques gratuitos a la dignidad de las personas, ni la injuria, el menosprecio o el insulto a los sentimientos y convicciones religiosas. (...) tampoco en relación con las creencias ajenas, la libertad de expresión protege un hipotético ‘derecho al insulto’, ni ampara las expresiones indudablemente injuriosas o vejatorias”*; dicho lo cual, eso sí, siempre hay que tener en cuenta que estos ataques hay que ponderarlos y ver si son realmente graves como para producir vulneración del derecho a la libertad religiosa; por ejemplo *“la valoración del ataque a los sentimientos religiosos resulta más clara cuando ‘hay elementos gráficos, muy groseros, pero sobre todo ostensibles y fácilmente reconocibles’ que cuando la crítica se formula a través de la palabra”*.

– De los conflictos entre la libertad de expresión y la religiosa surge la intolerancia entre creyentes y no creyentes y el odio a otros géneros y más específicamente aparece el llamado discurso del odio o *Hate speech*.

Para estudiar el discurso del odio hemos tenido que empezar dedicando una buena parte de nuestro trabajo al análisis de la tolerancia. La visión de la misma que nos ha parecido más acertada es aquella que la observa como un valor cívico ligado a la idea de libertad personal, pero a su vez comprometido activa y positivamente con el reconocimiento de unas reglas de juego inquebrantables, que consisten en el respeto mutuo de derechos universales que son inherentes a todo ser humano y, por ello inalienables e inviolables; es decir, un concepto que no nos hace indiferentes frente a cualquier idea o reivindicación, porque sólo reconoce y acepta las que respetan esos derechos y parte del reconocimiento de los mismos.

Partiendo de esto hemos profundizado en el concepto del discurso del odio que, explicado sencillamente, y dado que, como hemos señalado, esta denominación carece de una definición precisa, podría decirse que es *“el reverso de la libertad de la libertad de expresión”* o *“cualquier forma de expresión cuyo fin es propagar, incitar o promover el odio basado en la intolerancia”*.

En este sentido, queda claro que los delitos de odio, y a efectos de este trabajo también los discursos de odio (aunque, como hemos indicado, no son lo mismo y resulta un error interpretar el discurso de odio a partir del concepto del delito de odio, a efectos de este estudio no hemos diferenciado entre uno y otro), *“constituyen expresión de la intolerancia y el rechazo*

a las personas por el mero hecho de ser diferentes; (...). En consecuencia, se puede afirmar que este tipo de delitos se convierten en el recurso de los que anhelan destruir la pluralidad y la diversidad, y convertir la libertad en miedo, y la cohesión y la convivencia, en fractura. Este tipo de hechos constituye un ataque directo a los principios de libertad, respeto a la dignidad de las personas y a los derechos que le son inherentes y, en definitiva, a los valores superiores que constituyen el fundamento del Estado social y democrático de derecho. Junto a ello, en nuestro derecho penal, las causas de discriminación e intolerancia son consideradas, además, una agravante”.

– Con algún autor destacado, nos mostramos favorables a la elaboración y, en su caso, aprobación, de una Ley integral contra los crímenes de odio, que incorpore al ordenamiento jurídico español los conceptos establecidos por los organismos internacionales sobre esta materia, tales como “delito de odio” y “discurso de odio”: *“El objeto central de esta Ley sería intervenir de forma integral contra los delitos de odio y discriminación, combatir sus raíces de intolerancia y contribuir a construir una sociedad, desde su base ciudadana a sus instituciones, donde todos los seres humanos, libre e iguales en dignidad y derechos, se comporten fraternalmente los unos con los otros”*⁶³.

– Del concepto del discurso del odio hemos pasado al de discurso del odio antirreligioso para empezar concluyendo que la protección de los sentimientos religiosos no siempre va a justificar una limitación de la libertad de expresión, es decir, que *“Será necesario que la expresión del ataque a estos sentimientos supere la frontera que separa la crítica legítima del menosprecio vejatorio. Para justificar la restricción de la libertad de expresión habrá de realizarse un juicio de proporcionalidad, que deberá ponderar la necesidad e idoneidad de la medida limitadora, así como, especialmente, la forma en la que las ideas, críticas o valoraciones contrarias a los sentimientos religiosos de un grupo de personas han sido expresadas. Sin embargo, existe un caso claro en el que la protección de los sentimientos religiosos deberá prevalecer frente a la libertad de expresión: cuando el ataque pueda ser calificado como discurso de odio”*. Sobre este hemos señalado que la razón última de la especificidad jurídica del mismo es que afecta al creyente a título individual y personal en su foro más interno e íntimo ya que el creyente suele vivir su fe manteniendo una relación de identidad con respecto a los dogmas, símbolos y ritos de su fe, hasta el punto de que las críticas graves o los ataques hacia éstos pueden suponer también una ofensa hacia la propia persona del propio creyente, en la medida en que las creencias sean para ellos un modo de vivir, un modelo ético o un modelo moral.

63. Vid., CONTRERAS MAZARÍO, J.M., 2017, *¿Hacia un Islam español? cit.*, p. 293.

– Al habernos adentrado en el estudio del discurso del odio religioso, hemos podido comprobar que no todos los discursos del odio o discursos intolerantes hacia las religiones lo son hacia ellas por sí mismas y únicamente, sino que hay una concreta y específica forma de discriminación religiosa que se sirve de un ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión para legitimar la incitación abierta al odio racial y religioso y que ha sido la importantísima novedad introducida por la reciente reforma del Código Penal español de 2015 que se ha explicado desde el principio del estudio, cual es el llamado delito del discurso de odio por razones de género. Recordemos que, como allí mismo indicamos, este tipo concreto, objeto fundamental de nuestro estudio, solo empezábamos mencionándolo en este momento del trabajo para pasar a estudiarlo en profundidad en la parte final del mismo.

Así pues, antes, para estudiar en profundidad el género como circunstancia nueva, acaecida recientemente, entre los posibles objetos del delito de odio, empezamos analizando el papel que juega la mujer en el ámbito religioso. Para ello hemos explicado una visión general de los factores que pueden influir en ese papel, cuales son el multiculturalismo y el pluralismo religioso, para, seguidamente, poner de manifiesto el rol del género femenino en cada una de las distintas confesiones religiosas preeminentes en nuestro país.

En este adentramiento en el papel de la mujer en el ámbito religioso, hemos intentado comenzar sentando algunos puntos de partida para abordar la problemática de los conflictos que se presentan entre los derechos de las mujeres y el respeto y protección de la diversidad religiosa intentando alcanzar las más acertadas soluciones posibles a los mismos en nuestro país. Con este objetivo, lo primero que hemos hecho ha sido describir la situación de las sociedades en la actualidad, en las que cada vez más a menudo la discriminación de la mujer en el marco de las religiones se hace palpable a la vez que ciertamente injusto y delictivo. Descrita la situación existente de la enorme cantidad de conflictos que se observan entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España, hemos llegado a una de nuestras más interesantes conclusiones: aunque la apuesta del Derecho Internacional es clara a favor de los derechos de las mujeres cuando éstos se enfrentan al respeto de la diversidad religiosa o cultural, la solución de estos conflictos no es tan sencilla; lo que sí está claro, en nuestra opinión, es que se debe desechar la opción de dar una única respuesta, de todo o nada, para todos los conflictos de este tipo, a algunos de los cuales nos hemos asomado en nuestro estudio; es más, analizada la situación, hemos entendido que *“tenemos que intentar encontrar una solución a las situaciones de desigualdades de las mujeres dándonos*

igual si su trasfondo es político-cultural o religioso: a todas ellas y no sólo a las que supongan la comisión de un delito, porque estas situaciones ya tienen claramente establecida su penalización. Respecto a las que no están penadas, opinamos que habría que exigir a los estados, y en nuestro caso concreto al Estado español, que lleve a cabo determinadas actuaciones para garantizar la universalidad de los derechos de las mujeres en el marco de las religiones”.

Siendo todo lo tajantes que creemos se debe ser en cuanto a esta cuestión, nos hemos atrevido a afirmar, incluso, que, *“en nuestra opinión, el Estado tiene la obligación de prevenir y proteger contra aquellas prácticas que lesionen a las mujeres acudiendo a la capacitación, a medidas legislativas y de sustitución de las prácticas discriminatorias, al diálogo con los dirigentes religiosos... entre otras estrategias, porque cuando se ataca a la mujer en su dignidad, ya no hay lugar ni para la soberanía ni para las especificidades culturales o religiosas”.* En nuestra opinión, la inacción del Estado no es una respuesta válida; no nos sirve. Somos conscientes de que lo que se discute y se presta a más deliberación es el nivel y la forma de su intervención, pero lo que opinamos que está claro es que *“todo Estado como el nuestro debe ir en la línea de actuación de no permitir que la libertad religiosa sea la vía para negar a las mujeres el derecho a construir y ejecutar un proyecto de vida en condiciones de igualdad”.* En este sentido, *“para que la libertad de religión no sea contraria a los derechos de la mujer es indispensable que el derecho a la diferencia implicado por esa libertad no se entienda como un derecho a la indiferencia ante la condición de la mujer. Opinamos pues que, por contra a esta inacción, existe la conveniencia de acometer las modificaciones legislativas que sean necesarias en nuestro país para garantizar cuestiones tan básicas e importantes en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro tales como el reconocimiento, respeto y protección de la dignidad de la mujer, la igualdad sexual y los derechos y libertades más fundamentales”.*

Llegados a este punto también queremos destacar en estas conclusiones que en nuestro trabajo hemos señalado que coincidimos plenamente con la afirmación de que *“La gestión de la diversidad cultural y religiosa es uno de los grandes desafíos que deben afrontar los países democráticos, en especial, en relación con la situación de las mujeres, constante foco de polémicas”.* Esta afirmación, que puede parecer un poco simple *a priori*, es en realidad muy importante porque nos lleva de la mano a la preocupación que tenemos en mente desde el principio de este estudio, cual es, la determinación de los límites que puede imponer el legislador penal a la difusión de estereotipos sexistas o incluso a la provocación a la violencia contra las mujeres cuya fundamentación se halla en creencias religiosas y/o culturales relativas al género.

– La figura de la mujer precisa de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico si se quiere soslayar o, al menos paliar, la

discriminación por razón de género, e incluso la violencia de igual naturaleza en cualquiera de sus formas.

Son los sistemas de valores, creencias, costumbres y tradiciones los que constituyen las pautas de conducta de género y por ello se debe analizar si la expresión pública de estos valores o creencias pueden, en ocasiones, constituir un atentado al valor de la igualdad de tal intensidad que pueda ser sancionada como una conducta propia del discurso de odio. Al analizar esto, nos encontramos con un tipo de disertación, que en ocasiones se esconde bajo el presunto ejercicio de la libertad religiosa, que puede ejercer una influencia considerable en los destinatarios del mismo y una peligrosidad para los bienes jurídicos en juego –en este caso la no discriminación por razones de género– que justifica, en nuestra opinión, la necesidad de intervención desde el ámbito penal.

– El análisis de una serie de supuestos concretos que se han planteado en el ámbito judicial, cuatro concretamente, nos han mostrado la necesidad de utilizar una serie de criterios que permiten deslindar el discurso del odio de aquellas otras expresiones ofensivas o impopulares que, tanto desde la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de nuestro Tribunal Constitucional, quedan amparadas por la libertad de expresión.

Para intentar aprender a poder determinar si realmente los casos del artículo 510 CP pueden englobarse o no en el discurso del odio religioso por razón de género y, en consecuencia, pueden quedar justificadas las restricciones de la libertad de expresión y penalizadas dichas conductas, hay que analizar los criterios que han sido elaborados por la Organización de Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado, en interpretación totalmente acorde a lo desarrollado por la Organización de Naciones Unidas, que la limitación de la libertad de expresión en relación con discursos de odio religioso por razón de género debe decidirse teniendo en cuenta seis elementos, a saber: el contenido, la forma, el autor, la intención de éste, el impacto social o sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción.

En nuestra opinión y la de algún otro autor, de entre estos elementos son los más importantes el autor y el impacto contextual, y este último incluiría el contenido del discurso y el ámbito social al que se dirige.

Concretando aún más, el que, a nuestro entender, es sin duda el más relevante a todos los efectos es el elemento del impacto social o contextual del discurso de odio religioso por razones de género, en relación al cual debe partirse de que el Tribunal Supremo ha afirmado que *“la existencia*

del peligro depende tanto del contenido de lo difundido como del ámbito social al que se dirigen los actos cuestionados”.

Lo que dejan patente, claramente, los cuatro supuestos analizados en este estudio es la importancia de contextualizar la situación en la que se ejerce el derecho a la libertad religiosa en su manifestación externa. Por esto, los límites a la libertad religiosa dependen sobremanera del contexto.

– Como conclusión final diremos que, no obstante, en cualquier caso, consideramos que hay que tratar de objetivar los supuestos que se nos planteen en los que se sospeche que pueda estar produciéndose un discurso de odio religioso por razón de género. Esto es, juzgarlos uno a uno y sin perder de vista los elementos que acabamos de indicar, pero analizando en profundidad, para poder proteger a la figura de la mujer evitando así cualquier posible discriminación por razón de género, si en cada uno de ellos la libertad de expresión ejercida merece ser limitada y restringida porque se esté ejerciendo de una forma tan, permítaseme la expresión, “bárbara” que pueda estar produciendo la comisión de un delito punible penalmente como una conducta propia del discurso de odio religioso por razón de género. En esto consiste lo que proponemos, en analizar los supuestos cuidadosamente uno a uno, sin caer por tanto jamás en generalizaciones o establecimiento de reglas generales para todos los supuestos que puedan producirse, comprobando con detenimiento todos y cada uno de los elementos que acabamos de señalar para saber si de verdad en cada supuesto se está produciendo la comisión del delito de discurso de odio religioso por razón de género del 510 del Código Penal o no. En definitiva, lo que estamos queriendo decir es que hay que tener cuidado porque, de lo que puede ser algo tan loable como tratar de proteger a la figura de la mujer ante un delito de discriminación en el seno de una confesión religiosa, puede caerse, de forma inconsciente y/o de forma premeditada, en utilizar de forma excesiva el recurso a la posible comisión de este delito del discurso de odio religioso por razón de género para aprovechar las ganas de algunos de arremeter contra determinadas confesiones religiosas, que además, por suerte o por desgracia, suelen ser la católica y la musulmana como hemos visto en los supuestos analizados en este trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

Estudio sobre la libertad de religión o de creencias y la condición de la mujer en relación con la religión y las tradiciones, 2002, presentado ante la Comisión de Derechos Humanos por el SR. ABDELFATTAH AMOR, Relator

Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias. 58.º período de sesiones, abril de 2002. Disponible en: http://www.wunrn.com/un_study/spanish.pdf.

ALCALE, M., 2006, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid.

ARDILA TRUJILLO, M., 2011, "Hacia la resolución de los conflictos entre la protección de la diversidad cultural y el reconocimiento de los derechos de las mujeres", *Revista Derecho del Estado*, n.º 26, enero-junio, pp. 137-152.

BRIONES MARTÍNEZ, I. M., 2013, "Dignidad humana y libertad de expresión en una sociedad plural", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 32, Iustel on line.

CAÑAMARES ARRIBAS, S., 2014, "La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Un work in progress", *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa (dirigida por MARTÍNEZ-TORRÓN, J., y él mismo)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 17 y ss.

CARBONELL, J. C., 1994-1995, "Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal", *Revista de Estudios penales y criminológicos*, n. 18, pp. 7-44.

CARRILLO DONAIRE, J. A., 2015, "Libertad de expresión y 'discurso del odio' religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular", *Revista de Fomento Social*, n. 70, pp. 205-243.

CONTRERAS MAZARÍO, J. M., 2017, *¿Hacia un Islam español? Un estudio de Derecho y Política*, Edit. Tirant lo Blanch (humanidades), Valencia, pp. 281 a 293.

CONTRERAS MAZARÍO, J. M., 2017, "Libertad religiosa vs. Libertad de expresión: análisis jurisprudencial", *Laicidad y libertades. Escritos Jurídicos*, n. 17, diciembre de 2017, pp. 85-142.

CONTRERAS MAZARÍO, J. M., 2015, Ponencia del Profesor José María Contreras Mazarío en Diálogos de Yuste (<https://www.revistaecclesia.com/ponencia-de-jose-maria-contreras-mazario-en-dialogos-de-yuste/>).

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., 2014, "El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales", *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 30, pp. 97-115.

GÓMEZ MARTÍN, 2012, "Discurso del odio y principio de hecho", *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dir.) Valencia, p. 116.

- LAURENZO COPELLO, P., 1999, "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, n.º 34, pp. 16-23.
- LAURENZO COPELLO, P., 1996, "Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 1, pp. 217-282.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á., 2016, "La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, número 42, octubre 2016, p. 8.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., 2012, "La igualdad de sexos en el sistema acordado de relaciones entre Estado español y confesiones religiosas", [online] *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, p. 63. Available at: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289991>.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2015, *Derecho penal, parte general*, Tiran lo Blanch, Valencia, 9.º ed., pp. 79-80.
- PAREJO GUZMÁN, M. J., 2015, "Resolución de conflictos entre la diversidad religiosa y los derechos de las mujeres en España", *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, n. 15, 1, pp. 189-209.
- PAUNER CHULVI, C., 2011, "La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC", *Revista de estudios europeos*, n.º 58, pp. 113-132.
- REBOLLO VARGAS, R., 2006, "Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, segundo semestre de 2006, pp. 223-242.
- RUEDA MARTÍN, M. A., 2012, *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre*, Ed. Reus, Madrid, p. 51.
- RUIZ RUIZ, R., 2006/2007, "La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 10, pp. 53-77.
- SOUTO GALVÁN, B., 2015, "Discurso del odio: género y libertad religiosa", *Revista General de Derecho Penal*, n. 23, *Iustel on line*.

Ofensas a la religión y sistema penal. Análisis de las estadísticas y de las percepciones de las partes implicadas

SALVADOR CUTIÑO RAYA

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES. III. METODOLOGÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN. IV. LA EVOLUCIÓN EN LA ACTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL. V. EL RELATO DE LAS PARTES IMPLICADAS. 1. *El perfil de las partes implicadas.* 2. *La motivación. Objetivos y contenidos de las conductas.* 3. *Las consecuencias del paso por el sistema penal.* VI. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Se presentan en este capítulo algunos resultados de las entrevistas realizadas a personas involucradas en procedimientos penales relacionados con el artículo 525.1 del Código Penal, así como la descripción de los datos estadísticos que están disponibles sobre este asunto. El precepto sanciona a quien, en ofensa de los sentimientos religiosos, haga escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa o veje a sus fieles. El presente trabajo forma parte de una investigación más amplia que trata de determinar cuáles son las causas del aumento del foco de atención en estas conductas, qué conflictos están detrás de este tipo penal, cuál es la percepción de las partes intervinientes y qué efectos ha tenido la activación del sistema penal en estos casos. En la publicación actual tratamos de hacer un análisis de las personas involucradas en los conflictos relacionados con los sentimientos religiosos, observando sus perfiles y describiendo cuál es su percepción sobre el tema.

PALABRAS CLAVE: sentimientos religiosos, libertad religiosa, blasfemia, discursos de odio, escarnio, ofendidas y ofensoras.

La blasfemia forma parte de la religión popular. Desconfiad de un pueblo donde no se blasfema: lo popular allí es el ateísmo. Prohibir la blasfemia con leyes punitivas, más o menos severas, es envenenar el corazón del pueblo, obligándole a ser insincero en su diálogo con la divinidad. Dios, que lee en los corazones, ¿se dejará engañar? Antes perdona El –no lo dudéis– la blasfemia proferida, que aquella otra hipócritamente guardada en el fondo del alma, o, más hipócritamente todavía, trocada en oración.

“Juan de Mairena: sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo”, Antonio Machado¹

I. INTRODUCCIÓN

Como ya afirmábamos en un trabajo anterior (CUTIÑO RAYA, 2021), hemos observado en los últimos años un inusitado incremento en el interés penal y mediático por una serie de conflictos o enfrentamientos entre diferentes intereses, sentimientos o sensibilidades, en los que en muchos casos se están poniendo frente a frente las exigencias de respeto de unos con las posibilidades de expresión de otros. En nuestro caso, nos hemos centrado en los conflictos surgidos entre determinadas formas de entender la religiosidad y sus símbolos y las manifestaciones artísticas y políticas de otros sectores o, incluso, la simple burla, más o menos dura o soez de otras.

El código penal tiene varios tipos relacionados con estos conflictos, pero aquí nos queríamos focalizar en los que se han vinculado a la aplicación del artículo 525.1 del Código Penal (en adelante CP), que sanciona a quien, en ofensa de los sentimientos religiosos, haga escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa o veje a sus fieles.

Como ya dijimos, tenemos la impresión de que esta creciente relevancia del delito se podría enmarcar en dos tendencias a veces contradictorias y a veces coincidentes: una reducción de los márgenes de la libertad individual en las sociedades actuales y un aumento de la sensibilidad sobre ciertos temas o de la conciencia sobre algunos problemas sociales.

En muchos de los casos, además, las posturas suelen ser incongruentes y contradictorias, pues los mismos grupos o personas exigen el respeto y la intervención del sistema penal protegiendo determinados dogmas o ideas, defendiendo su inmunidad a la crítica, a veces incluso

1. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/juan-de-mairena-sentencias-donaires-apuntes-y-recuerdos-de-un-profesor-apocrifo-984410/html/31f37e64-e310-4df6-86f8-599db3e883c0_2.html.

tan exageradamente que afecta al más elemental sentido común. Sin embargo, por otro lado, cuando se refieren a otros valores, sentimientos o grupos, muestran una falta total de consideración y respeto y defienden esta mala educación amparándose en su libertad de expresión u opinión. De la misma manera, las mismas personas que denuncian la represión o las violencias contra las libertades de expresión (o de culto) y el derecho a la crítica, por muy dura que esta sea, en sociedades o culturas ajenas, pretenden que, en la suya propia, los dogmas, culturales o sagrados, estén libres de juicio, menosprecio, chanza o vituperio.

La investigación que se ha realizado trata de comprobar si esta mayor relevancia mediática ha tenido algún efecto real en la actividad del sistema penal, cuáles han sido los conflictos en los que ha aparecido este precepto y cuál es la percepción que han tenido las personas implicadas. En este sentido, además del análisis jurídico penal del tipo y los problemas político-criminales y de legitimidad, hemos tratado de describir los casos y conocer la opinión de las personas implicadas en los hechos que han dado lugar a procedimientos penales, ya sea desde la posición de víctimas o de autoras. En una publicación anterior nos centramos en la descripción del tipo penal y las dudas sobre el bien jurídico protegido, así como en la descripción de los casos que han llegado al sistema penal, analizando todas las resoluciones que se han producido desde el año 1996 y de las que hemos podido encontrar información (GUTIÑO RAYA, 2021). Ahora, queremos describir los resultados del estudio realizado sobre las partes intervinientes en estos procesos, con el análisis de los datos recabados de las entrevistas realizadas. En cualquier caso, para que el presente trabajo sea comprensible sin necesidad de leer el anterior, pensamos que es necesario realizar en primer lugar unas breves anotaciones sobre la regulación legal. Tras esta aproximación, en el apartado 3, realizaremos algunas consideraciones metodológicas sobre la investigación realizada y en los apartados 4 y 5 ofreceremos los resultados. El apartado 4 se centra en las estadísticas oficiales a las que hemos tenido acceso, tratando de observar alguna evolución en la actividad del sistema penal y el 5 se focalizará en el análisis de las respuestas ofrecidas a una entrevista realizada a algunas personas que han sido partes en los procedimientos penales, con el objetivo de describir sus percepciones sobre el conflicto. Por último, discutiremos estos resultados y trataremos de avanzar algunas conclusiones.

II. ASPECTOS JURÍDICO-PENALES

Establece el artículo 525.1 que “Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de

una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican". En el apartado segundo, encontramos un extraño tipo motivado, sin duda, por la pretensión de neutralidad confesional que debe tener un Estado de Derecho moderno, y que sanciona con las mismas penas a "los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna"².

El art. 525.1 se encuentra ubicado en nuestro Código penal en el Título XXI *Delitos contra la Constitución*, en su Capítulo IV, "De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas". Este capítulo consta de dos secciones, la primera dedicada a "los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución", que recoge los delitos de odio y otras conductas de humillación y los de negación o enaltecimiento del genocidio o de crímenes de lesa humanidad (art. 510), los delitos por discriminación en la concesión de prestaciones (arts. 511 y 512), las reuniones y manifestaciones ilícitas (arts. 513 y 514), la realización de actos violentos en las manifestaciones (art. 514.3), la obstaculización o perturbación de reuniones o manifestaciones (art. 514.4) y las asociaciones ilícitas (arts. 515 a 521).

En la Sección Segunda de este Capítulo, *De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*³ es donde encontramos nuestro precepto. Junto a las ofensas a los sentimientos religiosos, encontramos en esta Sección el impedimento de practicar una religión o la obligación de practicarla o cambiarla (art. 522), la interrupción o perturbación de actos o manifestaciones de confesiones religiosas (art. 523), los actos de profanación en lugares de culto (art. 524) y los actos de profanación de sepulturas o cadáveres (art. 526). Aunque en algunos

2. Habría que señalar, sobre este apartado segundo, la extrañeza que produce este tipo en una sección que dice proteger los sentimientos religiosos. Entendemos que se refiere a realizar un escarnio de estas personas no creyentes, ateas o agnósticas en relación precisamente con esta condición, es decir, burlarse de alguien por no profesar una religión. Otra interpretación nos llevaría a la protección de toda idea de estas personas relacionada con cualquier tema, lo que no tendría mucho sentido, aunque es la posibilidad a la que nos lleva la letra del precepto. Nótese, además, que, en este caso, no se exige el ánimo de ofender los sentimientos "no" religiosos y que la conducta típica se reduce al escarnio y no se incluye la vejación. De cualquier manera, pensamos que el tipo carece de cualquier sentido lógico y no hemos encontrado ningún procedimiento penal iniciado por el mismo.
3. La terminología usada es bastante discutible, pero no podemos entrar en este análisis en detalle por exceder el ámbito de este trabajo. Un resumen de la doctrina en este sentido puede verse en Cámara Arroyo (2016).

de estos tipos, o en algunas de las conductas descritas o modalidades de comisión de los mismos, podamos observar conflictos con valores protegidos constitucionalmente y plantearnos su pertinencia o adecuación en un Estado de Derecho, así como su respeto a principios fundamentales del Derecho penal como la intervención mínima o la subsidiariedad, es quizás en el tipo regulado en el art 525 donde con más claridad pueden surgir estos problemas.

A nuestro juicio, el gran debate político criminal con relación al tipo penal que estamos estudiando se refiere al bien jurídico protegido por el mismo (CÁMARA ARROYO, 2016, p. 132 y ss). De la opción que tomemos en este sentido depende, en gran parte, la legitimidad de este precepto y su adecuación a los principios básicos de un Derecho penal democrático. Las posturas, como ya vimos (CUTIÑO RAYA, 2021), son varias aunque la mayoría de la doctrina defensora de la legitimidad de este tipo penal entiende que estamos ante una manifestación de la libertad religiosa. Esto es así incluso en algunas de las posturas que abogan por la aplicación restrictiva, así como en la mayoría de las resoluciones judiciales, que entienden que estamos ante un choque entre dos libertades públicas, dos derechos fundamentales cuyo ejercicio debe ser objeto de un juicio de ponderación.

En nuestra opinión, más allá de interpretaciones sistemáticas, el tipo del que hablamos se dirige a proteger los sentimientos religiosos y así lo hace ver al introducir un elemento intencional en la conducta. Parece lógico pensar que, si la conducta sólo es delictiva en los casos en que se dirija intencionalmente a ofender el sentimiento religioso, sea éste el interés que el Código penal considera digno de protección y no así las creencias o dogmas de una confesión religiosa como sucedía de manera más clara en los antiguos delitos de blasfemia.

Cuestión diferente sería discutir si estos sentimientos religiosos forman parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad religiosa y, por tanto, protegidos por este motivo por el derecho penal o son, por alguna otra razón, un bien jurídico digno de protección penal. En este sentido, como vimos en el anterior trabajo, las posturas son diversas, aunque podríamos dividir las en dos bloques (CUTIÑO RAYA, 2021). La postura que parece dominante en la doctrina eclesialista defiende que estamos ante un bien jurídico digno de protección penal pues los sentimientos religiosos serían una manifestación de la dimensión interna, personal, de la libertad religiosa (PÉREZ-MADRID, 2009, p. 22 y ss.; MORENO MOZOS, 2018, p. 142). En sentido parecido, algunos autores afirman que estaríamos ante creencias que forman parte de la identidad de la persona, de

manera que las ofensas a las mismas atacarían directamente la dignidad personal (FERREIRO GALGUERA, 1999).

La otra postura, defendida por gran parte de la doctrina penal, es que no nos encontramos ante un ataque a la libertad religiosa por lo que el precepto debe, al menos, ser interpretado de manera muy restrictiva siendo sólo aplicado, por ejemplo, cuando se afectan otros bienes o derechos (MUÑOZ CONDE, 2019, p. 755 y ss.) o, incluso, ser reformado o derogado por no afectar a un interés penalmente relevante (GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 2019; COLOMER BEA, 2019; LAURENZO COPELLO, 2018; SOUTO GALVÁN, 2017).

Gran parte de la doctrina admite la legitimidad de la crítica a las instituciones o creencias religiosas, pero con el límite de la ofensa a estas sensibilidades, lo que nos llevaría a realizar un ejercicio de ponderación entre dos derechos fundamentales, la libertad religiosa y la libertad de expresión⁴. Esta interpretación es la que hace la mayoría de la jurisprudencia analizada, como vimos en el anterior trabajo⁵.

4. Analizando los casos que se recogen en el “Informe Ataques a la Libertad Religiosa” realizado por el Observatorio para la Libertad Religiosa y de Conciencia, podemos ver como se incluyen casos como manifestaciones frente a edificios o instituciones religiosas, artículos periodísticos de crítica a alguna autoridad de la Iglesia, viñetas humorísticas sobre líderes eclesiásticos o críticas a opiniones políticas de grupos religiosos. Esto nos lleva a cuestionar la ambigüedad de los términos que usamos y dificulta la diferenciación entre críticas admisibles y ofensas censurables. Ver en <https://libertadreligiosa.es/2020/06/08/aumentan-los-ataques-a-creyentes-y-a-lugares-de-culto-en-espana/>.
5. Sin embargo, como defendimos en nuestro anterior trabajo, observamos un salto interpretativo de dudosa coherencia en la argumentación de esta doctrina; el reconocimiento de que la libertad religiosa tenga una dimensión interna y que esas creencias internas puedan generar una serie de sentimientos personales no supone, a nuestro juicio, que dichos sentimientos formen parte del contenido esencial de la libertad religiosa reconocido por nuestro texto constitucional ni que sean merecedores de protección penal. Así mismo, que esas creencias internas conformen la identidad de la persona y los sentimientos hacia ellas también sean parte de la identidad, no convierte esa sensibilidad individual en un bien jurídico merecedor de protección porque su ofensa afecte a la dignidad personal o la integridad. Así, se dice que, “cuando el ordenamiento penal sanciona las conductas que vulneran las creencias religiosas a las que las personas se han adherido libremente persigue la protección del derecho individual a profesar una determinada creencia, en base al respeto a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad; partiendo de esta idea, los sentimientos religiosos conformarían un límite autónomo de la libertad de expresión” (MORENO MOZOS, 2018, p. 143). Pensamos, sin embargo, que la afectación a la dignidad, la integridad o el ataque a la identidad personal se producen cuando se impide adquirir esas creencias o desarrollarlas o se obliga a cambiarlas o a hacerlas públicas, pero no cuando son objeto de crítica, burla e, incluso, menosprecio, pues no se está violentando la voluntad de esa persona que, en cualquier momento, puede responder a la crítica, contrarrestarla, despreciarla u obviarla. Es decir que, como defiende la mayoría de

Sin embargo, el art. 16 CE protege la dimensión externa de la libertad religiosa en su apartado 1, garantizando sus manifestaciones, y la dimensión interna en su apartado 2, censurando la obligación a declarar la misma y, por tanto, el respeto e intimidad de esas creencias internas. Nada dice sobre los sentimientos de las personas creyentes. De la misma manera, la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en su art. 2.1, cuando recoge el contenido esencial de este derecho fundamental, tampoco hace ninguna referencia ni directa ni indirecta a los sentimientos personales⁶, como tampoco lo hace el TC en su jurisprudencia (SSTC de 13 de mayo de 1982 y de 28 de octubre de 1996, entre otras)⁷.

la doctrina penal, no existe un derecho a no ser insultado por las creencias propias (COLOMER BEA, 2019). Mas evidente aún nos parece cuando, como en los casos que han llegado a nuestros tribunales, no estamos en una posición de desigualdad o desequilibrio de poder, sino que se trata de actuaciones individuales frente a ideas y doctrinas de grupos con fuerte poder social y político.

En nuestra opinión, las ofensas o burlas realizadas desde una situación de poder y dirigidas hacia grupos marginalizados o en riesgo de sufrir discriminación o hacia personas con las que existe un fuerte desequilibrio social podrían tener un efecto muy negativo sobre la convivencia social y la paz pública y agravar las situaciones de discriminación de estos grupos o personas. Estos efectos podrían ser de tal gravedad que exigieran una intervención estatal, pero, aun así, tenemos serias dudas de que la protección frente a estos casos abusivos deba ser realizada a través del instrumento penal.

6. Art. 2 LO 7/1980: “Uno. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

7. A pesar de que en estas sentencias no encontramos mención a los sentimientos religiosos dentro de la descripción del contenido esencial del derecho a la libertad religiosa, en la única ocasión en que el TC se ha pronunciado en concreto sobre el bien jurídico de los delitos contra los sentimientos religiosos parece defender su penalización. Así, en el Auto de 21 de febrero de 1986 se dice que “la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que (...) debe ser garantizada”.

En definitiva, las personas tienen libertad de elección, ejercicio y manifestación en cuanto a sus creencias religiosas, pero no parece que este derecho incluya la inmunidad de estas creencias a la crítica o la burla en función de que ésta pudiera ofender los sentimientos de sus seguidores. A ninguna persona se le impide practicar su religión, se le coacciona a modificar sus creencias o se le recortan las posibilidades de manifestarlas libremente a través de las conductas que describe el art. 525. Por ello, compartimos con la mayoría de la doctrina penal que la libertad religiosa no contiene la protección de los sentimientos religiosos (SOUTO GALVÁN, 2017, p. 279 y ss), entendiendo este derecho fundamental como un “dejar hacer” y no con un sentido promocional que obligue a alguna actuación específica del Estado en defensa de las confesiones religiosas (LAURENZO COPELLO, 2018, p. 1288).

En nuestra opinión, por tanto, los sentimientos religiosos no forman parte del contenido esencial de la libertad religiosa por lo que la justificación de su protección penal no podría basarse en la defensa de un derecho fundamental establecido constitucionalmente, sino que debería buscarse la relevancia de este bien jurídico en base a otros argumentos.

¿Son los sentimientos religiosos intereses dignos de protección penal? En nuestro anterior trabajo analizamos con más detalle la discusión de si los sentimientos pueden ser protegidos por el sistema penal (SOUTO GALVÁN, 2017, p. 277 y ss; HEFENDEHL, VON HIRSCH, & WOHLERS, 2016; GONZÁLEZ URIEL, 2018, p. 91) o la necesidad de mantener la teoría del bien jurídico como elemento limitador de la intervención punitiva y como criterio para seleccionar qué proteger y qué castigar (MIRÓ LLINARES, 2015). En cualquier caso, para la participación del sistema penal es imprescindible que exista un interés legítimo que proteger y, además, que la respuesta penal sea la más adecuada para su protección. En nuestra opinión, no estamos ante un bien jurídico merecedor de protección penal si queremos respetar el principio de intervención mínima.

No encontramos en nuestro Código Penal ningún ejemplo de protección de sentimientos de personas o colectivos relacionados con otras ideologías, convicciones morales, creencias o cosmovisiones. Sin embargo, para cierta doctrina, los sentimientos religiosos son diferentes por formar parte de lo más esencial del ser humano (CAMARERO SUÁREZ, 1985, p. 372), de su entera existencia, de su propia personalidad, teniendo una intensa relación con la propia conciencia de sí mismo (MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, p. 223 y ss.), surgiendo una especial relación de identidad con los dogmas y símbolos de su fe, “hasta el punto de que las críticas hacia éstos suponen también una ofensa hacia su propia persona” (VÁZQUEZ ALONSO, 2016, p. 309). En nuestra opinión, no existe nada objetivo

que otorgue mayor relevancia o importancia a una idea religiosa sobre otra ideología cualquiera a efectos de la protección de la sensibilidad de una persona o colectivo concreto. El derecho penal carece de herramientas para distinguir entre unos sentimientos y otros, no se encuentran criterios para otorgarle relevancia penal a unos y no a otros, más allá de cuestiones morales o éticas muy personales y conectadas con la propia religiosidad.

Además de este debate sobre el merecimiento, discutíamos en nuestro anterior trabajo si estamos ante intereses necesitados de protección, a lo que nuestra respuesta también fue negativa (CÁMARA ARROYO, 2016, p. 141; LAURENZO COPELLO, 2018). Es más, aunque consideráramos que las ofensas a sentimientos religiosos merecieran reproche social por afectar a sensibilidades colectivas compartidas de manera más o menos consensuada, entendemos que el bien podría ser protegido por otras ramas del ordenamiento jurídico menos lesiva para los derechos individuales, respetando así el principio de última ratio del ordenamiento jurídico penal.

Por otro lado, la intervención penal debería ser objeto de un juicio de proporcionalidad, en sentido estricto, analizando la posible afectación de otros derechos de mayor envergadura. En nuestro caso y, tras el estudio de los casos en que se han iniciado procesos penales, observamos una peligrosa intromisión en los derechos de libertad de expresión, manifestación o libre creación artística, entre otros.

En el actual trabajo, observaremos, fundamentalmente, otro de los elementos de crítica citados en el anterior, el relativo a los efectos de la intervención del sistema penal. En este sentido, defendíamos como necesaria la realización de un balance de costes y beneficios en el que valorar no sólo los daños producidos por la activación del sistema penal y la aplicación de la pena frente a los daños que produce la conducta delictiva, sino también los propios efectos perjudiciales para la protección del supuesto bien jurídico.

Las consecuencias negativas no sólo han afectado a las personas acusadas del delito, generando gastos derivados del proceso, estigmatización o criminalización, consecuencias personales y familiares, problemas laborales, etc., sino también provocando una amplificación del discurso, una difusión mediática que ha expandido el mensaje supuestamente ofensivo más allá de su inicial impacto (generalmente muy local), pudiendo haber generado una mayor ofensa a los sentimientos religiosos de una población más amplia. En el apartado 5 dedicaremos un espacio a la descripción que han realizado las partes implicadas sobre los efectos de las conductas y de la respuesta del sistema penal.

Por otro lado, en nuestro trabajo anterior se analizaron de forma más detallada los elementos del tipo penal, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva (CUTIÑO RAYA, 2021). Aquí sólo queremos hacer mención a la importancia que ha tenido el elemento subjetivo del injusto contenido en el tipo penal en la resolución de los conflictos en nuestra jurisprudencia. La necesidad de que la conducta sea realizada con la intencionalidad de ofender los sentimientos religiosos de las personas que profesan la confesión escarnecida sin duda ha sido la cuestión con mayor incidencia en la práctica procesal de nuestros tribunales, pues la falta de este elemento intencional suele ser la motivación utilizada para la absolución en la mayoría de los casos. De esta manera, podemos afirmar que está sirviendo como factor de contención o restricción en la aplicación del tipo (LAURENZO COPELLO, 2018, p. 1296). Efectivamente, como afirma la jurisprudencia “si para integrar el tipo delictivo sólo se exigiera, no ya el efecto subjetivo en determinadas destinatarios, sino, incluso, la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada confesión, prescindiendo de que esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender, el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como extenso lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentando, sin lugar a dudas, contra los principios de legalidad y seguridad jurídica; de tal suerte que, por ejemplo, podría ser delito el sacrificio público de algunos animales, el consumo de alguna de sus variedades o el sacerdocio femenino para aquellos que, conforme a su religión o creencia, lo tienen prohibido”. (SAP de Sevilla 353/2004 de 7 de junio, Auto 429/2016 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Pamplona de 10 de noviembre). Trataremos de describir, también, la percepción de las partes sobre este asunto.

En definitiva, pensamos que los sentimientos religiosos no forman parte del derecho fundamental a la libertad religiosa. Además, no constituyen un interés que merezca, necesite ni pueda ser protegido de manera adecuada por el derecho penal, de manera que las conductas tipificadas en el art. 525 no tienen la gravedad suficiente como para ser consideradas delictivas. Y, por si esto no fuera suficiente, se comprueba en el análisis de los conflictos concretos que han tenido relevancia penal y/o mediática que estamos, en la mayoría de los casos, en hechos que no van a contener el elemento subjetivo del injusto, pues se realizan con otras finalidades o que, aunque pudieran ser típicas, suelen estar justificadas en el ejercicio legítimo de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión o información.

III. METODOLOGÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

Para el estudio de nuestros objetivos, hemos usado, principalmente dos métodos, un análisis de las estadísticas y datos publicados y una entrevista a personas implicadas en los procedimientos penales.

En primer lugar, en el apartado siguiente, analizamos los datos disponibles sobre este delito a través de tres fuentes fundamentalmente: la estadística judicial publicada por el Consejo General del Poder Judicial, las bases de datos jurisprudenciales y el propio Ministerio del Interior. El objetivo ha sido comprobar si efectivamente se ha producido un aumento de la actividad del sistema penal con relación al delito que analizamos.

Por un lado, se ha solicitado información al Ministerio del Interior a través del Portal de Transparencia sobre delitos conocidos y esclarecidos desde el año 1996 a la actualidad. No se ha usado el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior pues en estos datos no encontramos una desagregación completa por delitos, incluyéndose los tipos que nos interesan en la categoría “otras infracciones” en todas las tablas y análisis que allí se hacen. Por ello, para recabar estos datos se realizó esta petición de información a través del Portal de Transparencia⁸. A pesar de que en la solicitud al Ministerio del Interior se requería diferenciar entre los distintos artículos de la Sección Segunda del Capítulo IV del Título XXI, para poder comparar los datos del delito del art. 525 con el resto de los tipos relacionados, los datos disponibles sólo diferencian en una categoría propia al delito contra el respeto a los difuntos del art. 526.

Por tanto, los datos que tenemos incluyen los tipos del 522 y 523 que, a nuestro juicio, sí contienen ataques a la libertad religiosa al contemplar conductas como el impedimento de practicar un acto religioso, la práctica obligatoria de ritos o la interrupción de ceremonias o actos de culto, y también incluyen el delito de profanación del art. 524. En cualquier caso, entendemos que la cercanía entre los distintos tipos, aún sin la posibilidad de aislar los datos del tipo regulado en el art. 525, puede ofrecernos una visión aproximada sobre el tema tratado en este trabajo.

Además, sólo contamos con datos específicos de esta Sección desde el año 2008, lo que nos impide realizar un análisis más preciso que abarcara desde la entrada en vigor del actual Código penal. Como suele ocurrir con las estadísticas sobre criminalidad en nuestro país, aún nos queda mucho camino por recorrer para que la criminología pueda desarrollar su labor de forma más adecuada. De cualquier manera, debemos felicitarnos por

8. <https://transparencia.gob.es/> Se hizo una primera pregunta a finales de 2021 y se actualizaron los datos en una segunda petición el 11 de septiembre de 2022.

contar desde 2008 al menos ya con estos datos y esperemos que nuestra estadística oficial siga mejorando.

Por otro lado, se han consultado los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial de la estadística judicial y de la actividad del Ministerio Fiscal⁹. Por último, hemos realizado una base de datos propia, donde hemos ido recogiendo la información básica de todas las sentencias recopiladas en los buscadores de jurisprudencia más importantes¹⁰.

En segundo lugar, hemos realizado entrevistas a personas implicadas en los procedimientos penales de los que hemos tenido información tras la consulta a las anteriores bases de datos jurisprudenciales. En la mayoría de los supuestos, la parte acusadora aparece identificada en la resolución judicial y, a partir de estos datos, se buscó la información de contacto en los medios de comunicación, páginas webs o redes sociales de estas personas o colectivos. Así, se contactó con 17 sujetos, organizaciones o personas, aunque sólo conseguimos realizar 5 entrevistas. Por lo que se refiere a la otra parte, conseguimos contactar con 20 personas, consiguiendo en este caso finalmente 12 entrevistas. La localización de éstas se realizó a través de las noticias aparecidas en los medios de comunicación o dirigiéndonos a los letrados defensores identificados en las resoluciones consultadas. Las entrevistas se realizaron por teléfono o correo electrónico, en algunos casos en una sesión y, en otros, en varias.

Una importante debilidad de este análisis es que no hemos logrado cubrir todos los perfiles que señalamos en el apartado 5, lo que puede suponer un sesgo en los hallazgos encontrados. Para el caso de las personas ofendidas, hemos conseguido la opinión de organizaciones en defensa de la libertad religiosa, el perfil mayoritario que nos encontramos, pero no hemos podido obtener el de otros que, a veces, también aparecen: Iglesia, partidos políticos o particulares. Y, en el caso de la parte ofensora, también nos encontramos con la ausencia de dos perfiles que hemos detectado en los análisis, el del particular sin vinculación a una organización ni afiliación política que realiza el acto simplemente por humor, de manera casi privada, del que conocemos, al menos, un caso, y el de representantes políticos o institucionales, denunciados por permitir actuaciones en su

9. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/>.

10. Se han consultado las bases de datos de Aranzadi y Tirant Lo Blanch, así como la propia del CGPJ, CENDOJ. Para comprobar si existían más procedimientos conocidos y que no hubiéramos detectados, consultamos los datos del proyecto LIBEX del Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión, disponible en <https://libex.es/>.

ámbito de control¹¹. Sin embargo, contamos con respuestas de los perfiles más frecuentes: artistas, activistas políticos y medios de comunicación.

Las entrevistas no son exactamente iguales para las dos partes, aunque comparten una serie de elementos que nos pueden permitir hacer un análisis conjunto de ellas. En los dos casos, pedíamos que nos describieran los hechos, para tratar de clasificarlos, fundamentalmente para ver si se trataba de eventos culturales o informativos o de protestas políticas. En el caso de las organizaciones denunciantes de los hechos, les cuestionamos sobre su motivación para denunciarlos, la opinión que le merecían las conductas, la intencionalidad que pensaban que tenían las personas que realizaron los hechos y los daños que han generado en sí mismo o en su colectivo. En este último caso, repetíamos la pregunta para cuestionar si, específicamente, “alguna conducta concreta ha tenido algún efecto o consecuencia directa en usted, su familia o sus bienes o derechos”. Por último, también le pedíamos su opinión sobre la sanción, con dos preguntas, una dirigida a si merecían una respuesta de la sociedad y la otra a si esa respuesta debería tener un carácter penal. Les dejábamos también espacio y tiempo por si querían plantearnos alguna otra cuestión o informarnos de algo de interés.

En el caso de las personas acusadas del delito, tras la descripción de los hechos, les pedíamos que nos contarán cuál fue su intención al realizar la conducta denunciada, qué quería hacer o conseguir y cuáles han sido las consecuencias de la realización de la misma y de la reacción que ha habido frente a ella. Además, les pedíamos que valoraran su conducta, si fue correcta o no y si pensaban que podría haber molestado u ofendido o que han causado algún daño a la sociedad o a otras personas. Por último, también le pedíamos su opinión sobre el merecimiento de una respuesta social, del Estado o directamente del sistema penal.

Las respuestas han sido analizadas a través del programa Atlas.ti, en el que hemos realizado 5 grupos de códigos:

- Hechos: para describir los hechos con los códigos “cultura” y “política”.
- Intencionalidad: con una serie de códigos que analizaremos en el apartado 5.
- Consecuencias: que también incluían una serie de códigos que vamos a ver en el mismo apartado 5 de este trabajo.

11. En este sentido, resulta paradigmático el caso del Concejal de Cultura de A Coruña, denunciado por un cartel de promoción del carnaval de la ciudad (ver Auto del Juzgado de Instrucción n.º 3 de A Coruña, de 22 de mayo de 2017).

- Sanción: dividida en los códigos social (cuando se habla del merecimiento de una respuesta social), penal (merecimiento de una respuesta penal), legal (merecimiento de respuesta legal o del Estado, pero no del sistema penal) y No (no merecimiento de ninguna sanción).
- Valoración: positiva, negativa o neutra.

Además, durante el proceso de codificación observamos otra serie de comentarios que no podíamos incluir en estos grupos, pero que podían ser interesantes para el análisis de las percepciones de las partes y de sus argumentos por lo que realizamos otros 7 códigos independientes donde fuimos incluyendo las referencias que hacían sobre la actuación de los poderes públicos, el uso del arte o del humor, las relaciones Iglesia-Estado, los aportes de la religión a la sociedad, cuestiones o sentimientos personales y referencias a derechos fundamentales o a la Constitución.

Como veremos más adelante, en el presente trabajo nos hemos centrado en tratar de detectar las opiniones fundamentalmente sobre dos temas. En primer lugar, la intencionalidad o la motivación que tuvieron las personas para realizar la conducta o para denunciarla, incluyendo si se realiza alguna valoración sobre la misma, positiva o negativa. Y, en segundo lugar, las consecuencias producidas por la realización de los hechos y la intervención del sistema penal.

IV. LA EVOLUCIÓN EN LA ACTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL

Como hemos visto en el anterior apartado metodológico, lo primero que hemos hecho ha sido analizar los datos disponibles sobre este delito a través de tres fuentes fundamentalmente: la estadística judicial publicada por el Consejo General del Poder Judicial, las bases de datos jurisprudenciales y el propio Ministerio del Interior. El objetivo ha sido comprobar si efectivamente se ha producido un aumento de la actividad del sistema penal con relación al delito que analizamos.

Como podemos ver en el gráfico 1, aunque la relevancia cuantitativa de estos tipos en nuestro sistema penal sigue siendo menor, casi anecdótica si tenemos en cuenta que el total de infracciones penales conocidas suele superar los dos millones¹², los últimos años del período son los que

12. En el año 2017, el de mayor número de delitos conocidos, la cifra llegó a 36, mientras los datos del Ministerio del Interior sobre el total de infracciones penales conocidas nos dan una cifra de 2.045.784. Estos datos pueden ser consultados en el portal <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/> Aquí, como ocurre en los anuarios

presentan las cifras más altas, encontrándonos con el pico en el año 2017. La excepción la encontramos en el año 2020 cuyos datos deben tomarse con prudencia debido a la inusual situación vivida por los efectos de la pandemia que pudieron ocasionar una reducción de actos públicos y espectáculos, contextos donde frecuentemente suelen darse los conflictos que estamos analizando. Este incremento de la actividad puede estar motivado por diversos factores, cuyo esclarecimiento necesitaría de un estudio más detallado, ya que podría deberse a un aumento real de los hechos, a un mayor interés o atención de los órganos del sistema penal o a un aumento de las denuncias de particulares, entre otras. Lo que parece claro es que no obedece a una tendencia general de nuestro sistema penal ya que, en el mismo período, las cifras totales de delitos conocidos y esclarecidos se mantienen bastante estables¹³.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio del Interior.

del Ministerio del Interior o de la Fiscalía, no aparecen datos desagregados sobre los delitos contra los sentimientos religiosos.

13. En 2010, por ejemplo, la cifra de infracciones penales conocidas fue de 2.297.484 y en 2019 alcanzó los 2.1, fluctuando durante todo el período entorno a cifras similares, como podemos ver en <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/> Es cierto que, desde el año 2017 al 2019 cada año ha supuesto una subida con respecto al año anterior, pero las cifras siguen siendo menores que las de 2010.

La segunda fuente de información que hemos usado para indagar en los efectos en el funcionamiento del sistema penal es la actividad judicial en relación con el art. 525. No disponemos de datos de personas condenadas ni de absoluciones ya que la estadística judicial no desagrega los datos para estos tipos, al incluirlos en la categoría “resto de delitos”, aunque sí disponemos de información de la actividad del Ministerio Fiscal y, además, referida esta vez sí de forma diferenciada a los delitos contra los sentimientos religiosos¹⁴. En este sentido, si consultamos el número de Diligencias Previas (incoados y calificados) de los años en que disponemos de estadística (de 2009 a la actualidad), podemos ver como en los años 2014 en adelante se producen las cifras más altas (con la excepción de los años 2015 y 2019) y con las cifras más elevadas en los años 2017 y 2021 (ver gráfico 2). La combinación de estos datos con los anteriores nos lleva a pensar que la mayoría del aumento de la intervención penal en este sector se relaciona con el art. 525, como también parecía intuirse de la evolución observada en el gráfico 1, muy similar en las dos líneas¹⁵.

En el resto de actuaciones analizadas (Diligencias de Investigación, Procedimiento Abreviados y Sentencias), no vemos una tendencia tan evidente pero también a partir del año 2016 encontramos las cifras más elevadas. Se trata de un período demasiado breve como para sacar conclusiones rotundas, pero nos atrevemos a sugerir que se ha producido una actividad judicial superior en relación con estos delitos.

14. Pueden consultarse estas estadísticas en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Actividad-del-Ministerio-Fiscal/>.

15. En cualquier caso, también se observan cifras por encima de la media en lo que se refiere a los delitos clasificados en la categoría “contra la libertad de conciencia”, que incluiría al resto de los tipos de la Sección Segunda, en los años 2015 a 2018, algo que no ocurre en el caso de los delitos contra el respeto a los difuntos.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del CGPJ en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial>.

Para poder comprobar estas tendencias, sería conveniente contar con datos de años anteriores, al menos desde la entrada en vigor del Código penal. No disponemos de ellos en estas estadísticas judiciales y policiales, pero podemos aportar un indicio más con la revisión que hemos realizado de la jurisprudencia y así observar en qué años se pronunciaron mayor número de resoluciones y en qué años se produjeron los hechos.

Tras la consulta realizada en las principales bases de datos jurisprudenciales¹⁶ se han encontrado 38 resoluciones judiciales en aplicación del art. 525, referidas a 24 casos diferentes, ya que varias de ellas llegaron en apelación a las Audiencias Provinciales, en muchos casos con el apoyo del Ministerio Fiscal. Desde el año 1996, fecha de entrada en vigor del Código penal, hasta el 2004 no hemos encontrado ninguna resolución judicial en este sentido y 30 de ellas se han producido del año 2010 en adelante. Si acudimos a los años en que se produjeron los hechos analizados en estos autos y sentencias judiciales, podemos ver también como la mayoría se produce a partir del 2010, 17 de los 24 casos encontrados, y todos son posteriores a 2002. Desde el 2010, por tanto, se producen el doble de casos que en los años anteriores en un período temporal menor y, como ya vimos

16. Se han consultado las bases de datos de Aranzadi, Tirant Lo Blanch y el propio CENDOJ del CGPJ.

con los dos gráficos anteriores, la actividad es especialmente intensa en los años 2016-2018, que coinciden con los casos más mediáticos.

Otras dos cuestiones llaman la atención de esta revisión jurisprudencial. Por un lado, la inusitada actividad del año 2017, donde hemos encontrado siete casos. Y por otro, la circunstancia de que, en algunos procedimientos, el momento de realización de los hechos y el de terminación del proceso se demora mucho en el tiempo. En algunos casos, se debe a los trámites procesales y las dilaciones habituales en nuestros tribunales pero, en otros, parece más relacionado con el hecho de que la denuncia o querrela se interpone años después de los hechos. Un caso singular es el procedimiento terminado en 2013 contra un artista y la directora de un programa de TV en el que, en el año 2005, se emite un vídeo realizado en los años 70 del siglo XX. De la misma manera, podemos ver dos procedimientos diferentes en Sevilla y Málaga, por hechos realizados en 2014, que son denunciados por la misma asociación de manera conjunta y cuyos procesos concluyen uno en 2019 y otro en 2021.

Además, si entramos un poco en detalle en los casos concretos, podemos encontrar grandes diferencias entre los más antiguos y los más actuales. Por ejemplo, nos encontramos con que de los tres producidos en 2005, uno en realidad se refiere, como hemos visto, a la difusión en TV de un vídeo realizado muchos años atrás, otro afecta a responsables políticos por unas declaraciones públicas realizadas en un país extranjero (Israel) y en otro se trata de la difusión de un documental en televisión en el que se denunciaban las prácticas de un grupo concreto y de sus responsables, dándose sus datos personales, acusándoles de prácticas sectarias y coercitivas y diversas estafas. Otro de los hechos, realizado en el año 2003, no fue denunciado hasta 2007. Y tan sólo en dos casos, uno en el año 2004 y otro en el año 2002, encontramos hechos parecidos a los más actuales, donde se produce un insulto o burla a una creencia o imagen religiosa. En el primero de los casos, se trata de una pancarta enarbolada por una persona con problemas de salud mental en la ciudad de Valladolid tildando de adúltera a la virgen María y, en el segundo, de la publicación en una web de fotos de una imagen muy venerada en la Semana Santa sevillana asociada a imágenes de contenido sexual. El perfil del sujeto activo en estos dos hechos, sin embargo, también es diferente de la mayoría de los casos consultados desde el año 2010 y que tanta proyección mediática han tenido. En el siguiente epígrafe nos detendremos en estos perfiles. Vemos, por tanto, que existen notables diferencias entre la mayoría de los casos que se producen en el momento actual de expansión y los aislados procedimientos de fechas anteriores.

Tras esta revisión jurisprudencial, también podemos afirmar que la actividad judicial derivada de hechos consistentes en burlas o críticas a símbolos o dogmas religiosos realizadas con una relativa publicidad se ha visto incrementada en los últimos años. El relato de estos casos concretos, a partir de los hechos probados en las resoluciones judiciales y de la información aparecida en prensa, podemos verlo en Cutiño Raya (2021), donde se trata de describir el verdadero alcance de estas conductas. Veamos ahora qué opinan las personas implicadas en los hechos, ya sea desde la perspectiva de víctima o desde la de autor/a del delito.

V. EL RELATO DE LAS PARTES IMPLICADAS

1. EL PERFIL DE LAS PARTES IMPLICADAS

A partir del estudio de las resoluciones judiciales y las informaciones aparecidas en los medios de comunicación, intuíamos que podríamos trazar un perfil de las personas implicadas en los conflictos relacionados con el art. 525 CP. Para comprobar este aspecto, decidimos completar esta información con otra fuente de datos, que nos permitiera, además, contar con la percepción de estas personas. Así, durante el año 2020 realizamos una serie de entrevistas a personas que pudimos localizar y que habían participado en estos conflictos bien como agente activador del sistema penal bien como supuesto autor del delito.

Hemos realizado una clasificación en diferentes perfiles que pensamos podrían aportarnos algo de información al análisis. Así, las personas acusadas las hemos clasificado en cinco grupos: particulares (1), artistas o espectáculos (2), organizaciones políticas o activismo social (3), medios de comunicación o noticias (4) e Iglesia o comunidad religiosa (5). La gran mayoría de los casos se pueden incluir en los grupos 2 y 3, es decir, o son artistas o humoristas realizando un espectáculo, una obra de teatro, algún sketch humorístico (10 casos) o son personas de grupos políticos más o menos organizados o que realizan el acto en una manifestación política (9 casos)¹⁷. El tercer grupo serían las denuncias a particulares (4 casos), a mucha distancia y donde, además, debemos tener en cuenta que uno de los casos es el Rector de una Universidad por permitir la celebración en su

17. Hemos incluido aquí un supuesto que no coincide exactamente con el resto de perfiles, pues se trata de dos políticos catalanes que se realizan unas fotos con una corona de espinas durante una visita oficial a Israel (ver Auto TS de 17 de enero de 2006). Su condición de políticos públicos es probablemente la causa de la relevancia mediática del suceso y motivó la iniciación del procedimiento pero, realmente, los hechos no eran una manifestación ideológica ni política, como sucede en el resto de los casos.

sede de una obra de teatro, que era realmente la que se consideraba ofensiva con los sentimientos religiosos. Sólo hemos encontrado tres casos en los que el procedimiento se dirige contra personas trabajadoras de medios de comunicación y tan sólo uno de ellos por un reportaje informativo, pues las otras dos personas eran las directoras del programa de TV en que se emitió el contenido presuntamente ofensivo. Por último, tan sólo en un caso, encontramos a una comunidad religiosa como parte acusada, aunque parece tratarse de un conflicto interno de la congregación por temas más relacionados con la gestión económica y de unos inmuebles.

Para las personas ofendidas y que activaron el sistema penal, hemos realizado una clasificación parecida¹⁸. Lo primero que llama la atención aquí es que la Iglesia, sus instituciones o congregaciones no son la primera denunciante en estos procedimientos como pudiera haber parecido lógico, apareciendo sólo en seis situaciones y, en la mayoría de estos casos, a través de hermandades y congregaciones concretas que veneran a alguna imagen que consideran afrentada. Tan sólo uno de los procedimientos se inicia directamente por la Iglesia católica, concretamente por el Arzobispado de Pamplona, en el caso de la performance “Amén” del artista Abel Azcona. Hasta en 15 ocasiones aparecen como principales impulsores de los procedimientos asociaciones o grupos de presión de diverso tipo, aunque con una destacando por encima de las demás, la Asociación de Abogados Cristianos, que aparece en, al menos, siete de los casos que hemos conocido.

Como hemos visto en el apartado metodológico, para tratar de conocer la percepción de las partes implicadas, hemos realizado una serie de entrevistas personales. Logramos contactar, por lo que se refiere a la parte denunciante, con 17 sujetos, organizaciones o personas, aunque sólo conseguimos realizar 5 entrevistas. Del otro lado, conseguimos contactar con 20 personas, pudiendo realizar finalmente 12 entrevistas. Las entrevistas se realizaron por teléfono o correo electrónico, en algunos casos en una sesión y, en otros, en varias. Como ya mencionamos, una importante debilidad de este análisis es que no hemos logrado cubrir todos los perfiles que acabamos de describir, lo que puede suponer un sesgo en los hallazgos encontrados.

Hemos realizado un análisis conjunto de las entrevistas a través del programa Atlas.ti, tratando de detectar en las respuestas la percepción

18. Hablamos aquí de las personas que activan el sistema penal pues no siempre son la parte acusadora en el procedimiento, como ocurre en el único caso que identificamos como “particular” y en el que los ciudadanos que observan los hechos acuden a la policía y es ésta la que interpone la denuncia.

sobre dos temas. En primer lugar, la intencionalidad o la motivación que tuvieron las personas para realizar la conducta o para denunciarla, incluyendo si se realiza alguna valoración sobre la misma, positiva o negativa. Y, en segundo lugar, las consecuencias producidas por la realización de los hechos y la intervención del sistema penal.

2. LA MOTIVACIÓN. OBJETIVOS Y CONTENIDOS DE LAS CONDUCTAS

En este sentido, en nuestro análisis hemos creado un grupo de códigos para clasificar las referencias a la finalidad que afirman haber tenido las personas al realizar sus actos, ya sea la conducta supuestamente ofensora o la denuncia, pero también la percepción que tenía una parte sobre las motivaciones de la otra. Así, hemos realizado varios códigos en esta categoría:

- **Mujer-Iglesia:** aplicable a los comentarios que se referían a la crítica sobre la posición tradicional de la mujer en la iglesia o las religiones.
- **Mujer- Sociedad:** aplicable cuando la finalidad es la crítica de la situación de la mujer en la sociedad en general.
- **Derechos Humanos:** aplicable cuando se argumenta la conducta en base a la defensa de derechos fundamentales o libertades públicas.
- **Informativa:** aplicable cuando el interés era meramente informativo, difundir una noticia o algún mensaje.
- **Política:** aplicable cuando la motivación se refería a la crítica o protesta política, sin referencia a asuntos religiosos.
- **Exclusión:** aplicable cuando la intención es retirar o marginar del espacio público un discurso determinado o a las personas que lo siguen.
- **Religiosa:** cuando el objetivo es el ataque a una creencia religiosa, una iglesia o a las personas creyentes.
- **Respeto:** aplicable cuando el objetivo se relaciona con aspectos personales e íntimos, como dañar a otras personas, ofenderlas, etc.
- **Reproducción:** cuando lo que se busca con la acción es que estos actos se reproduzcan o evitar que lo hagan.
- **Burla:** Cuando la intención sea humorística o sentida como una burla a las creencias.

Tabla 3. Frecuencia de citas sobre intencionalidad de la conducta

	encuesta denunciadas Citas=124; Miembros=12	encuesta denunciantes Citas=64; Miembros=4	Totales
INT_Mujer Iglesia	3	0	3
INT_Mujer sociedad	8	0	8
INT_defensa DDHH	1	6	7
INT_Informativa	2	0	2
INT_política	6	0	6
INT_Excluir	0	3	3
INT_religiosa	5	6	11
INT_respeto	0	8	8
INT_reproducción	1	3	4
INT_Burla	3	6	9
Totales	29	32	61

Como podemos ver en la tabla 3, y como esperábamos, en casi todos los casos, las motivaciones que aparecen en cada grupo son diferentes. Las personas acusadas del delito usan con gran frecuencia en sus relatos dos referencias, además relacionadas entre sí. En primer lugar, la crítica a la situación de dominación de la mujer en la sociedad, en alguna ocasión con indicación expresa del trato de la Iglesia Católica o las religiones, pero no de manera mayoritaria. Y, en segundo lugar, otras motivaciones políticas más genéricas. Así, por ejemplo, una de las entrevistadas nos cuenta que su objetivo fue “Reivindicar la sexualidad femenina, visibilizar otras maneras de ser mujer” (2:1) y otra de ellas que lo hizo “Por participar un 1.º de Mayo del 2014 en un Performance llamado “Procesión del Coño Insumiso” con mujeres feministas. Reivindicando un salario justo, empleo digno, no más violencias machistas hacia las mujeres, a favor de la Ley de los Derechos Sexuales y reproductivos” (4:1). En alguna ocasión, se hace referencia explícita a la Iglesia Católica, como en el siguiente comentario “El sentimiento de culpabilidad y el prototipo de mujer perfecta que presenta la Iglesia católica. Recuperar el papel mitológico de la Diosa que es la creadora natural del hombre y su asociación a la naturaleza” (1:3). Pero, como decimos, los comentarios más frecuentes se refieren a contextos políticos y sociales, más allá de la religión o de la crítica directa a una Iglesia determinada, siendo fundamentalmente la forma usada para realizar la crítica la que es sentida por algunas personas creyentes como

ofensiva. Podemos ver más ejemplos ilustrativos de estas motivaciones en los siguientes comentarios: “Nuestra intención era manifestar nuestra protesta y desacuerdo con el intento de modificación de la Ley del aborto del, entonces, Ministro Ruiz Gallardón. Lo que se pretendía, y se consiguió, con nuestras protestas era impedir que esa modificación se llevara a cabo, y volviera a mermar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres” (5:2); “Hacer notar que las jornadas no eran bienvenidas por la sociedad madrileña al 100%. E invitar a mostrar el desacuerdo con estas jornadas” (10:2); “La creación de diferentes obras de arte contemporáneo con contenido crítico, político y social” (11:2).

El código denominado “intencionalidad religiosa” es el único que presenta niveles similares en las dos partes. Sin embargo, en el caso de las personas denunciadas, podemos ver que se tratan todos ellos de comentarios dirigidos a actuaciones de la Iglesia Católica como institución y no a dogmas, creencias, ritos o personas creyentes. Así, encontramos referencias a la mercantilización de las costumbres religiosas, la pederastia o los abusos sexuales o la crítica de determinadas actuaciones históricas de la Iglesia. Pueden servirnos de ejemplo los siguientes: “Evidenciar los continuos ataques a la justicia social y a las libertades que la religión organizada, en este caso la iglesia católica, lleva siglos realizando” (13:2); “Denunciar los abusos sexuales históricos de la iglesia. Reivindicar la sexualidad como una faceta natural en el ser humano” (18:2).

La lectura de estos discursos entra en contradicción con la exigencia del elemento subjetivo del injusto que recoge el tipo penal y, de hecho, como vimos (Cutiño Raya, 2021), suele ser la causa de inadmisión o absolución en los procedimientos. Sin embargo, y como parece lógico pensar, las organizaciones que activan el procedimiento si piensan que las personas que realizaron las conductas actuaron con la intención de faltar al respeto, dañar a los creyentes o mofarse de la religión. De ahí que sus principales motivaciones sean defender esas creencias y los derechos de las personas religiosas, así como a la propia sociedad. Una de las entrevistadas nos comentaba que “El atacar las creencias religiosas es un acto que sin lugar a duda conlleva un ataque a la persona, a la comunidad que se siente identificada con dichas creencias y con ello generan, en muchas ocasiones, un ambiente hostil en la sociedad” (15:1). Además, en algunos casos también se añaden comentarios sobre la intención de marginar o excluir a las personas creyentes de los espacios públicos, hacerles sentir vergüenza de expresar sus creencias como, por ejemplo, cuando nos dicen “Por supuesto hacer todo el daño posible deliberadamente y con la peor de las intenciones. Sin duda ridiculizar la religión y por ende insultar a los creyentes que la profesan, marginándolos de la vida pública” (16:6)

o “Hacer daño a las personas creyentes y eliminar la religión del ámbito público” (17:3).

En contraposición con esta percepción de ofensa, burla o ridiculización, todas las personas encausadas que hemos entrevistado, excepto una que no se pronuncia, valoran, como parece lógico, como positiva o correcta la acción realizada. Sin embargo, algo menos de la mitad también reconocen que han podido ofender a otras personas, aunque defienden que no han provocado ningún daño a la sociedad y que estos sentimientos no deberían haber supuesto ninguna respuesta del sistema penal. Así, por ejemplo, una de ellas nos dice: “Y soy consciente de que hay personas que se pudieron sentir ofendidas o molestas por la acción que se llevó a cabo, pero en ningún momento se ha causado ningún daño personal a nadie y mucho menos a la sociedad” (5:10). Y otro de los entrevistados, en el mismo sentido, afirma que “Es evidente que determinadas manifestaciones como las de aquella conferencia molestan a otras personas (que no a todas las católicas como pretendían hacer ver), como a mí me molestan las declaraciones en favor de la privatización de servicios públicos, en contra del aborto o a favor de incluir la pena de muerte en nuestro código penal. Pero la “molestia” o la “ofensa” no están o no deberían estar castigadas en el código penal” (13:9).

La interpretación de los hechos por parte de las denunciadas como una ofensa, una falta de respeto o un ataque que genera un ambiente hostil para las personas creyentes y las excluye del ámbito público se relaciona con la importante frecuencia que en el discurso de todas las organizaciones entrevistadas aparece la defensa de los derechos humanos como otra de las motivaciones principales para denunciar los hechos. Así, “Nuestra motivación al denunciarlas es defender los derechos de las personas y de los colectivos que son atacados” (15:6) o “La principal motivación siempre es la libertad. La protección de los derechos fundamentales y constitucionales frente al recorte de las libertades más básicas (...) Es inaceptable que la libertad religiosa y de culto, protegida en España por el artículo 16 de nuestra Constitución, esté siendo repetida e insistentemente vejada y amenazada en su integridad mientras el mismo Gobierno mira hacia otro lado” (16:1).

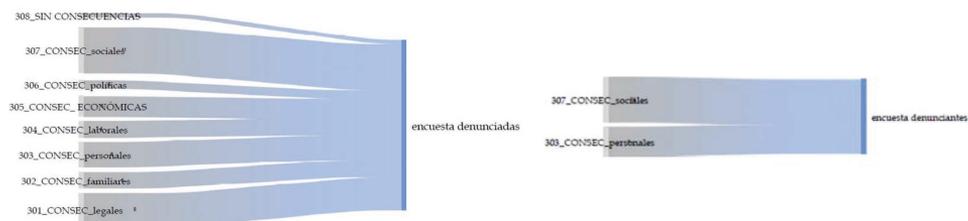
Esta referencia a derechos humanos, derechos fundamentales, libertades públicas o reconocidas en la Constitución aparece también reiteradamente en el discurso de las personas encausadas, aunque no lo relacionen directamente con la motivación para la realización de la conducta. Así, se suele considerar que los hechos forman parte de la libertad de expresión y que su represión atenta contra derechos básicos y es impropia de un estado democrático. Veamos algunos ejemplos en este sentido: “(...)

la reacción negativa hacia la obra me ha hecho ver como el derecho a la libertad de expresión en este país pende de un hilo (2:8); “Hemos estado durante 5 años y medio en un Juicio que consideramos injusto, por entender que atentaba contra nuestra Libertad de expresión” (4:3); “Nuestra conducta no fue más que la de ejercer nuestro derecho a la libertad de manifestación, que está recogido en la constitución dentro de los derechos fundamentales” (5:11); “Insisto, algo no funciona bien cuando una ofensa de ese calibre, un chiste, una anécdota, es admitida a trámite por un juez. Algo no está bien en nuestro código penal cuando una supuesta ofensa a los sentimientos religiosos puede poner contra las cuerdas a la libertad de expresión” (6:9); “En mi opinión la sociedad tiene que poder expresarse y tiene que haber una libertad de expresión que por desgracia con el paso de los años en vez de ir para adelante vamos hacia atrás” (7:7); “El arte existe para ejercer crítica y denuncia, y el artista debe tener libertad de expresión plena” (11:6); “Creía y creo firmemente que el conocimiento del pasado puede dar herramientas para defender valores universales de igualdad, libertad y fraternidad” (13:3). Tan sólo tres de las personas entrevistadas no hicieron ninguna referencia a este asunto.

3. LAS CONSECUENCIAS DEL PASO POR EL SISTEMA PENAL

Otro de los aspectos que nos interesaba analizar era la consecuencia que la conducta y la participación del sistema penal ha tenido para las dos partes, de manera que pudiera servir para cuestionar o para legitimar la intervención penal en este ámbito. Defendemos que una política criminal inteligente y democrática debe ponderar los daños de las conductas sancionables con los originados por el funcionamiento del propio sistema penal y que éste sea un criterio en la legitimación del uso de las herramientas penales para el tratamiento del conflicto.

En este sentido, hemos codificado las respuestas dividiéndolas en consecuencias legales, familiares, personales, laborales, económicas, políticas y sociales. Tan sólo en una entrevista (entre las acusadas) se dice no haber sufrido efectos negativos, respondiendo “ninguno” a la pregunta sobre si había sufrido algún tipo de consecuencias por realizar estas conductas y “no” a la pregunta de si pensaba que había producido algún daño a la sociedad, aunque sí reconoce que pudo molestar a otras personas. Todas las demás relatan algún tipo de consecuencia, aunque, como podemos ver en los diagramas de Sankey más abajo, entre las personas acusadas la mayoría describe consecuencias de varios de los tipos mientras que en las organizaciones denunciadoras sólo describen efectos que hemos clasificado como personales o sociales.



Consecuencias percibidas denunciados

Consecuencias percibidas denunciantes

Entre las personas que han sido acusadas destacan la expresión de consecuencias personales y legales, que refieren en torno a la mitad de las personas, y, sobre todo, las sociales, que son explicitadas por casi todas. Veamos algunos ejemplos que pueden servirnos de ilustración de los efectos que han tenido los procedimientos penales. La entrevistada 4 nos dice “Nuestro Juicio era una manera de castigar la disidencia y rebeldía de las mujeres feministas. Castigo social, rechazo y ofensas de algunos sectores de la población, pérdida de oportunidades de empleo, estigma, etc. En lo personal estaba a punto de vencer mi permiso de residencia y temía que éste no fuese renovado o ser expulsada por un Juicio Penal, donde la sentencia fuese culpable. Sufrimiento y vulnerabilidad”. Y este otro, artista fotográfico, expresa así los efectos sufridos: “Socialmente la pérdida de muchos contactos y amigos. Juicios muy desagradables. En lo económico, la pérdida de dos vehículos y arreglos de fachada de mi domicilio. Lo más importante la pérdida de mis contactos de trabajo y promotores”.

Dos personas también refieren costes políticos tras la intervención del sistema penal, con palabras que nos recuerdan al efecto desaliento del que habla la jurisprudencia y la doctrina sobre la criminalización del exceso en el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Una de ellas, nos decía por ejemplo lo siguiente: “Emocional mucho y político también. Me explico; aunque estoy convencida de ese día y de lo que reivindicamos desde los feminismos estar imputada me ha paralizado. Te implicas de otra forma en la vida política; para mí ha supuesto el poner mucho menos el cuerpo en muchas otras reivindicaciones” (3:6).

En el caso de las personas denunciantes, a pesar de que hicimos dos preguntas, una más general, pero otra insistiendo en que describieran consecuencias directas sufridas u observadas, las percepciones son, por un lado, más abstractas o generales y, de otro, más espirituales. Así, en cuanto a las consecuencias sociales, se habla, normalmente, de los efectos que en la sociedad tienen estas conductas, por ejemplo, cuando nos dicen “Se va creando la conciencia de que hay que atacar a los cristianos y fomentando el odio hacia los cristianos, simplemente por causa de su fe”

(14:6). La percepción es que estos ataques generan la perspectiva de que todo vale contra los cristianos, que la ofensa a una creencia es un daño para las personas creyentes y para toda la comunidad, que socava la convivencia y perjudica la paz social. Así, "(...) es un ataque a la paz social, es un ataque a la libertad de participar en la construcción de la sociedad y de la vida pública enraizado en la tradición religiosa, es un atentado contra Dios, contra la comunidad creyente, contra los creyentes individualmente considerados, y también contra la misma sociedad, al minar las bases de su convivencia" (15:12). Sin embargo, en ninguna de las respuestas se narra un daño directo que las concretas conductas enjuiciadas en los procedimientos penales en que participaron ocasionaron en la sociedad o en su entorno o una vulneración de su libertad religiosa.

Por lo que se refiere a las consecuencias personales, las entrevistas refieren fundamentalmente aspectos relacionados con la fe y la creencia. El ataque se siente como un ataque a la propia persona. Como ellas dicen, "Puesto que el creer en algo lo convierte en parte de lo que uno es, el ataque hacia ello, en especial en el sentido religioso, se vuelve un ataque hacia la persona y/o colectivo directamente. Por ello los creyentes se sienten personalmente ofendidos y a la vez sienten que se ataca a aquello que consideran importante y trascendental" (15:11). Sólo en algunas ocasiones, hemos encontrado referencias a un daño personal y directo, como al contarnos "Genera un terrible sufrimiento emocional y espiritual difícilmente comparable a otro recorte de derechos y libertades" (16:8).

En la mayoría de las ocasiones, ambos efectos, el personal y el social, aparecen mezclados en las mismas frases y argumentos, de manera que se afecta algo íntimo de las personas creyentes y, por tanto, de la comunidad religiosa en su conjunto. Así, una de las entrevistadas nos relata que "El atacar las creencias religiosas es un acto que sin lugar a duda conlleva un ataque a la persona, a la comunidad que se siente identificada con dichas creencias y con ello generan, en muchas ocasiones, un ambiente hostil en la sociedad" (15:1).

VI. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

El capítulo que presentamos aquí ha tratado de analizar, fundamentalmente, dos aspectos relacionados con los delitos de escarnio a los dogmas, creencias o ritos religiosos, desde una visión no tanto jurídica como criminológica. Por un lado, hemos presentado algunos datos sobre la participación de este tipo delictivo en el sistema de justicia penal y, por otro, hemos querido analizar las percepciones de las partes implicadas.

Para el primero de los objetivos, hemos usado fundamentalmente tres fuentes complementarias: la estadística del Consejo General del Poder Judicial, los datos que nos ha facilitado el Ministerio del Interior y la revisión de las resoluciones judiciales sobre este tipo delictivo. Así, hemos tratado de hacernos una idea sobre la frecuencia con que estos conflictos terminan en procedimientos penales. Como hemos visto, las cifras indican cada vez una mayor actividad del sistema penal, sobre todos desde el año 2014. Los años 2016, 2017 y 2018 destacan por encima de los demás, pero, tras este período, los niveles no han vuelto a los de la primera década del siglo XXI.

Aunque no contamos con estadísticas oficiales anteriores a 2008 que nos permitan hacer un análisis más amplio, la revisión de la jurisprudencia recogida en las bases de datos también parece confirmar esta evolución ascendente. En este sentido, no hemos encontrado ninguna resolución anterior a 2004 referida al código penal vigente, la mayoría de los casos enjuiciados, 17 de 24, se produce a partir de 2010 y, nuevamente, nos encontramos con una especial relevancia cuantitativa en el año 2017.

Sobre este asunto, seguimos planteando las mismas hipótesis que en anteriores trabajos (CUTIÑO RAYA, 2021), de manera que el aumento que parece observarse en la segunda década del siglo XXI puede deberse, en cierta medida, al efecto contagio que hayan podido ejercer determinados casos muy mediáticos. También hemos observado la relación con la respuesta que se ha dado desde determinados grupos a una serie de reformas legislativas en ámbitos con una gran carga moral, como el aborto. La jerarquía eclesiástica ha participado activamente en estos debates públicos y se han producido respuestas frente a esta intromisión, a veces incluyendo los símbolos de estas confesiones. Podríamos plantearnos también el efecto que esté pudiendo ejercer la polarización política que estamos viviendo en torno a estos y otros temas: la familia, la vida, la memoria histórica, las cuestiones territoriales del Estado y el nacionalismo, la monarquía, etc. Los grupos u organizaciones que han activado el sistema penal, en la mayoría de los casos, también se posicionan de manera clara en estos aspectos y tal vez se esté produciendo una mayor sensibilización de las personas afectadas por la mayor visibilidad pública de estos cuestionamientos. En este sentido, una influencia muy concreta parece haberla ejercido la creación de la asociación de Abogados Cristianos en el año 2008. Así, desde 1996 a 2008 encontramos siete casos mientras que desde 2009 a 2021, se ha llegado a 17, más del doble en el mismo período de tiempo.

Como hemos visto, la evolución no ha sido sólo cuantitativa sino cualitativa, en el sentido de que los pocos casos enjuiciados en los primeros años presentan características diferentes de los posteriores, en los que

suele repetirse el mismo patrón: eventos culturales o de ocio o protestas políticas en los espacios públicos y denuncia por parte de organizaciones que normalmente no han tenido una interacción directa, física con los hechos. El ejemplo paradigmático es una manifestación en Sevilla denunciada por una organización de abogados de Valladolid que no presenció los hechos.

El segundo aspecto que hemos querido analizar en el presente trabajo ha sido la percepción sobre el conflicto que tienen las partes implicadas. Para ello, hemos realizado una serie de entrevistas a personas y organizaciones que hemos podido localizar en los procedimientos conocidos. Finalmente, conseguimos obtener cinco respuestas por parte de entidades denunciadas y doce por parte de personas que habían sido acusadas en procedimientos por el art. 525.1 CP.

Una importante debilidad de este análisis, como hemos señalado, es que no hemos logrado cubrir todos los perfiles detectados, lo que puede suponer un sesgo en nuestros hallazgos y tal vez exija la continuación de esta investigación tratando de obtener más respuestas. Para el caso de las personas ofendidas, hemos conseguido la opinión de organizaciones en defensa de la libertad religiosa, pero no hemos podido obtener el de otros que, a veces, también aparecen: Iglesia, partidos políticos o particulares. Y, en el caso de la parte ofensora, también nos encontramos con la ausencia de dos perfiles que hemos detectado en los análisis, el del particular sin vinculación a una organización ni afiliación política que realiza el acto en su entorno, normalmente con un interés humorístico, y el de representantes políticos o institucionales denunciados por permitir actuaciones en su ámbito de competencias. Sin embargo, para las dos partes, hemos obtenido respuestas que representan los perfiles más frecuentes.

En el presente trabajo nos hemos querido centrar en dos temas en concreto, la motivación o finalidad para realizar la conducta (ya sea el hecho en sí o la denuncia) y las consecuencias que han sufrido. Nos ha llamado la atención en el análisis de los discursos ofrecidos por las partes que, en muchos casos, se observan las mismas argumentaciones sobre los mismos conflictos que hemos observado en la discusión doctrinal y jurisprudencial; derechos fundamentales y libertad religiosa, sentimientos y ofensas, bromas y ridiculización, dignidad personal y ánimo ofensivo.

El discurso de los derechos fundamentales aparece de manera repetida en las dos partes, de manera que unos justifican su conducta en un ejercicio legítimo de la libertad de expresión mientras que los otros la califican de un atentado contra la libertad religiosa. Dos derechos constitucionales enfrentados en estas visiones como hemos visto también en la discusión

doctrinal y en gran parte de las argumentaciones jurisprudenciales. Siguiendo este esquema, estaríamos ante el ejercicio de dos derechos constitucionales que deben ser ponderados. No compartimos, como ya hemos dicho en varias ocasiones, esta visión, pues el precepto penal protege los sentimientos de las personas religiosas no su libertad religiosa. En nuestra opinión, ésta se mantiene incólume cuando otra persona ridiculiza las creencias, hace chanza de los dogmas, usa de manera inadecuada sus ritos y símbolos o critica a las instituciones religiosas. No se impide a ninguna persona manifestar sus creencias religiosas o realizar sus ritos ni se le obliga a cambiar su religión. El argumento que aparece en algunas entrevistas en el sentido de que estas conductas persiguen excluir a los creyentes del espacio público o generar en la sociedad un ambiente hostil hacia ellos no concuerda con el hecho de que prácticamente todos los casos analizados se refieren a la religión católica, mayoritaria en España y con una presencia en el espacio público muy notable, incluido el uso exclusivo de estos espacios durante muchos días al año. En ninguna de las entrevistas a personas denunciantes se nos ha manifestado haber sufrido una restricción de su libertad religiosa en ningún momento concreto.

Desde nuestro punto de vista los sentimientos religiosos no forman parte del contenido esencial de la libertad religiosa por lo que la justificación de su protección penal no puede basarse en la defensa de este derecho fundamental. En este sentido, hemos observado también como suele repetirse en el discurso de las denunciantes la apelación a que se trata de un ataque personal, a todos los creyentes, pues los sentimientos religiosos forman parte de lo más trascendente de la persona, lo más esencial de su personalidad o su propia dignidad, cuestiones que también defiende la doctrina favorable a la penalización (CAMARERO SUÁREZ, 1985; MINGUÍA ARREGUI, 2006; VÁZQUEZ ALONSO, 2016). En sentido contrario, pensamos que no existe nada objetivo que otorgue mayor relevancia o importancia a una idea religiosa sobre otra ideología cualquiera a efectos de la protección de la sensibilidad de una persona o colectivo concreto. Y así también podemos deducir en varias entrevistas a personas denunciadas, cuando hacen referencias a que estamos ante cuestiones personales, privadas, que no deberían ser tratadas por el sistema penal.

En otro orden de cosas, podemos relacionar también las dudas que se plantean sobre la necesidad de protección de estos intereses (CÁMARA ARROYO, 2016; LAURENZO COPELLO, 2018) con dos cuestiones que también pueden extraerse de nuestro estudio. Como hemos visto, en la mayoría de los casos, la parte denunciante es una organización con gran presencia mediática y una importante capacidad económica que le permite iniciar procedimientos en lugares diferentes, algunos alejados

geográficamente de sus sedes y, por lo general, estamos ante organizaciones de carácter católico lo que nos lleva nuevamente a recordar la implantación social y el poder político, cultural y social que poseen las instituciones católicas en nuestro país. Del otro lado, solemos ver a particulares con poca o ninguna influencia pública, más allá de poder realizar una manifestación o expresar una opinión de manera libre, excepto en contados casos de humoristas con una mayor proyección en los medios de comunicación.

No estamos ante una religión perseguida ni en peligro de exclusión del debate público ni del espacio social, más bien al contrario. Se trata de instituciones (la Iglesia católica) propietarias de grandes medios de comunicación, con posibilidad de influencia en sus feligreses y capacidad de difundir su mensaje. Estas capacidades o posibilidades le permitirían contrarrestar el discurso contrario a sus dogmas, la crítica o mofa de sus símbolos y ritos, a través de sus importantes canales sin tener necesidad de recurrir al sistema penal.

Además, y como hemos visto en el relato de las personas denunciadas, los hechos han producido normalmente una importante sanción social, que podría ser suficiente para castigar estos comportamientos. Así, se han producido manifestaciones en los lugares donde se realizaban determinados eventos culturales, boicots a los mismos, criminalización mediática de los autores, etc.

Otra cuestión que planteábamos en cuanto a la legitimidad de la intervención penal era la necesidad de realizar una ponderación entre los efectos positivos y los efectos negativos de ésta. En el análisis de los casos en la jurisprudencia, observamos una peligrosa intromisión en los derechos de libertad de expresión, manifestación o libre creación artística, entre otros (CUTIÑO RAYA, 2021). En nuestro actual análisis de las percepciones de las partes, hemos podido comprobar los, en algunos casos, terribles efectos que los procedimientos penales han tenido en algunas personas. Hemos escuchado el relato de consecuencias personales, sociales, familiares, económicas, laborales y, por supuesto, legales. Es necesario hacer un ejercicio de ponderación entre estos daños ocasionados y los efectos negativos que podrían prevenirse en otros intereses sociales a través de la intervención penal.

Además, hemos de considerar que la presencia de estas consecuencias negativas (a pesar de que muchas de las personas acabaran absueltas) puede generar un importante efecto de desaliento en el ejercicio por el resto de la ciudadanía de algunos derechos fundamentales, así como la autocensura en determinados temas o frente a determinadas instituciones

sociales, como la Iglesia. El efecto en el desarrollo de una sociedad democrática, que debe basarse en la libre circulación de ideas y opiniones, puede ser notable al excluir del debate público o de la crítica a determinadas opiniones y a determinadas instituciones. Como nos decía una entrevistada, “para mí ha supuesto el poner mucho menos el cuerpo en muchas otras reivindicaciones”.

En nuestra opinión, las consecuencias no sólo han afectado a las personas acusadas del delito, sino que también han provocado una ampliación del discurso, una difusión mediática que ha expandido el mensaje supuestamente ofensivo más allá de su inicial impacto (generalmente muy local), pudiendo haber generado, paradójicamente, una mayor ofensa a los sentimientos religiosos de una población más amplia. Pero esta idea no la hemos escuchado en ninguna de las entrevistas realizadas. Las denunciantes han relatado fundamentalmente un efecto social de perjuicio de la paz social y de generación de un ambiente hostil hacia las personas creyentes, así como una ofensa personal a sus creencias que significa, por la importancia de estas, un ataque a la propia persona.

Otra cuestión en conflicto en el relato que nos hacen las partes implicadas en sus entrevistas se vincula con las relaciones entre iglesia/ religión y Estado. En este sentido, hemos visto como, desde la perspectiva de las denunciantes, se defiende la aportación que las religiones, y la Iglesia católica en concreto, realiza a la sociedad. Esto justificaría que el sistema penal actuara en estos casos, ya que se trata de proteger las bases de la convivencia social. En el otro lado, las denunciadas interpretan la intervención penal como una prueba de las relaciones entre Iglesia y Estado, inadmisibles en una sociedad laica.

Por último, al preguntar en nuestra investigación por las motivaciones que han tenido las personas para actuar, hemos podido contrastar las percepciones sobre la que tal vez sea la principal discusión en la práctica procesal en estos casos. El art. 525.1 contiene un elemento subjetivo del injusto, el ánimo de ofender los sentimientos religiosos y la ausencia de este elemento ha sido el argumento más frecuentemente usado por nuestros juzgados y tribunales para archivar los procedimientos o absolver a las personas acusadas. En el grupo de las denunciantes, hemos observado como todas las personas entrevistadas resaltan una clara intención de ofender a las personas creyentes, de hacer daño, de ridiculizar o mofarse de las creencias y ritos y, en algunos casos, se añade que el objetivo de estos ataques sería excluir estas ideas o manifestaciones de la vida pública, generar un ambiente hostil hacia las personas religiosas. En sentido contrario, las personas acusadas casi en ningún caso relacionan sus hechos con la fe o las creencias religiosas, sino que dicen haberse sentido

impulsadas por una motivación de crítica política o social o, simplemente, por hacer un ejercicio de humor o artístico.

En definitiva, hemos visto como del análisis de los relatos de las partes, podemos realizar reflexiones y observar las posturas sobre los grandes temas que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se han discutido sobre este tipo penal. La controversia sobre el ejercicio de derechos fundamentales, el respeto a la libertad religiosa o la realización de la libertad de expresión, el merecimiento, necesidad y oportunidad de proteger penalmente los sentimientos religiosos o el ánimo que mueve a las personas a realizar estas conductas han sido aspectos que se han ido repitiendo en las conversaciones con las partes implicadas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (2007). Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 65-72.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. (enero de 2021). Protección penal de los sentimientos religiosos y delito de escarnio. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*(55), 1-22.
- CÁMARA ARROYO, S. (2016). Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos. *ADCP*, LXIX, 123-210.
- CAMARERO SUÁREZ, M. (1985). La protección de los intereses religiosos en España. *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*(1), 369-378.
- CAMPOS ZAMORA, F. J. (2018). ¿Existe un derecho a blasfemar? Sobre libertad de expresión y discurso del odio. *Cuadernos de Fiolofía del Derecho*(41), 281-295.
- COLOMER BEA, D. (2019). El Dret penal i la indentitat religiosa. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*(3), 1-36.
- CUTIÑO RAYA, S. (2021). Ofensas a la religión y sistema penal: la descripción de los conflictos en la jurisprudencia. En J. Del Carpio Delgado, M. Holgado González, & A. De Pablo Serrano, *Entre la libertad de expresión y el delito. Cuestiones de la parte especial de los delitos de opinión* (pp. 319-371). Cizur Menor: Thomson Reuters.
- DONNELLY, J. (2019). Libertad de conciencia / religión y libertad de expresión: discurso ofensivo hacia la religión y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Iuris Dictio*(23), 85-92.

- ESCUADERO RODRÍGUEZ, A. (2018). Legislación internacional: la ONU y la incitación al odio basado en la religión. En J. Martí Sánchez, M. Moreno Mozos, & S. Catalá Rubio, *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa* (pp. 51-86). Madrid: Dykinson.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FERREIRO GALGUERA, J. (1999). Supuestos de colisión entre las libertades de expresión y otros derechos fundamentales. La creación artística y el respeto a los sentimientos religiosos. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*(3), 199-220.
- FERREIRO GALGUERA, J. (2002). Libertad religiosa e ideológica: garantías procesales y tutela penal. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*(6), 373-396.
- FERREIRO GALGUERA, J. (2006). Las caricaturas de Mahoma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*(12), 1-40.
- FERREIRO GALGUERA, J. (2014). Libertad de Expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado*(35), 1-55.
- GARCÍA GARCÍA, R. (2018). La libertad de expresión en colisión con la libertad religiosa: propuestas de consenso. *Anuario de Derecho Canónico*, 6 Supl., 269-295.
- GARCÍA-PARDO, D. (2018). La protección de los sentimientos religiosos en la jurisprudencia española postconstitucional. En J. M. Martí Sánchez, M. d. Moreno Mozos, & S. Catalá Rubio, *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa* (pp. 159-179). Madrid: Dykinson.
- GONZÁLEZ URIEL, D. (2018). ¿Es necesario destipificar los delitos contra los sentimientos religiosos? *Compostellanum: revista de la Archidiócesis de Santiago de Compostela*, 63(1-2), 59-104.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. (2019). *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- HEFENDEHL, R., VON HIRSCH, A., & WOHLERS, W. (2016). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons.
- JERICÓ OJER, L. (2018). Derecho penal y fenómeno religioso: cuestiones relativas a su legitimación (art. 525). En M. Diaz y García Conlledo, &

- D. Luzón Peña, *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana: Liber amicorum en homenaje al profesor doctor Jürgen Wolter por su 75.º aniversario* (pp. 537-572). Madrid: Reus.
- LAURENZO COPELLO, P. (2018). Sentimientos religiosos y delitos de odio: un nuevo escenario para unos delitos olvidados. En VV.AA, *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. dr. h.c. Juan M.ª Terradillos Basoco* (pp. 1287-1304). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- LÓPEZ KRAMSKY, C. R. (2015). La Última Tentación de Cristo. ¿Un caso de “colisión” de derechos humanos? Obtenido de <https://clopezkramskyblog.wordpress.com/2015/11/23/la-ultima-tentacion-de-cristo-un-caso-de-colision-de-derechos-humanos/>
- MARTÍ SÁNCHEZ, J., MORENO MOZOS, M., & CATALÁ RUBIO, S. (2018). *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*. Madrid: Dykinson.
- MINTEGUÍA ARREGUI, I. (2006). *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*. Madrid: Dykinson.
- MIR PUIG, S. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- MIRÓ LLINARES, F. (2015). La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(17-23), 1-65. Obtenido de <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-23.pdf>.
- MORENO BOTELLA, G. (febrero de 2018). El conflicto libertad de expresión, libertad religiosa a través del cine. *Anuario de Derecho Canónico*(6 Supl.), 105-134.
- MORENO MOZOS, M. d. (2018). Delitos contra los sentimientos religiosos: un difícil equilibrio entre derechos fundamentales. Especial referencia a la legislación española. En J. Martí Sánchez, M. Moreno Mozos, & S. Catalá Rubio, *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa* (pp. 137-158). Madrid: Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MUÑOZ MARTÍN, Á. (2018). Entrada en iglesia durante una misa como delito contra la libertad religiosa. Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2017. *Revista CEFLEGAL*(210), 155-158.
- PÉREZ-MADRID, F. (2009). Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*(19), 1-28.

- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2019). Muerte y resurrección del delito de escarnio en la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(21-17), 1-49.
- RIVERA H., J. (2019). Libertad de expresión y lesión a los sentimientos religiosos en una sociedad secular. En M. Alegre, V. Chorny Elizalde, N. Maisley, & P. Capdevielle, *Libres e iguales. Estudios sobre autonomía, género y religión* (pp. 349-371). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- ROXIN, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*(15-01), 1-27.
- RUBIO FERNÁNDEZ, E. M. (2006). Expresión frente a religión: Un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y de superación de sus interferencias. *Anales de Derecho*(24), 201-231.
- SOUTO GALVÁN, B. (2017). La protección penal contra ofensas a los sentimientos religiosos: ¿Discurso de odio o salvaguardia de la supremacía confesional? *Laicidad y libertades*(17), 267-294.
- STURGES, P. (2015). Blasfemia y difamación de las leyes religiosas. Implicaciones para los medios y los bibliotecarios. *El profesional de la información*, 338-344.
- VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (mayo-agosto de 2016). Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo post-secular. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(146), 305-341.

PARTE 4
Censura de los Gobiernos

III ARANZADI

III ARANZADI

Libertad de expresión y delitos de opinión a la luz de la futura Convención Internacional Integral sobre la Lucha contra la Utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con Fines Delictivos

EULALIA W. PETIT DE GABRIEL¹

*Prof.^a Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL, COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y GARANTÍA DE DERECHOS EN UNA SOCIEDAD CIBER-TECNOLÓGICA: A MODO DE INTRODUCCIÓN. II. LA ELABORACIÓN DE LA FUTURA CONVENCION INTERNACIONAL INTEGRAL SOBRE LA LUCHA CONTRA LA UTILIZACION DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES CON FINES DELICTIVOS. 1. *Los inicios de la lucha contra la cibercriminalidad: la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal (CCPCJ) en Naciones Unidas.* 2. *La futura convención para la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos.* III. PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SANCIÓN PENAL DE LA OPINIÓN EN LA FUTURA CONVENCION.

1. Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla, orcid.org/0000-0002-6448-6594 – WoS ID: Z-5939-2019. Esta investigación es fruto del proyecto I+D+i “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?”, dirigido por la Prof.^a Juana del-Carpio-Delgado y la Prof.^a María Holgado González, Universidad Pablo de Olavide, y financiado con cargo al Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020. UPO-1255802.

1. *La tensión entre salvaguardas de los derechos humanos y protección de la soberanía del Estado.* 1.1. La protección general de los derechos humanos en el ámbito de la convención. 1.2. Niveles de protección de derechos humanos y soberanía del Estado en el ciberespacio: la (in)determinación del lugar de comisión.
2. *Los delitos de opinión en el ciberespacio: cibercrímenes, criminalización del medio y contribución al cibercrimen.* 2.1. Delitos cibernéticos v. delitos cometidos con medios cibernéticos. 2.2. La incitación a la comisión de delitos (por medios) cibernéticos (*aiding and abetting*).
- IV. ¿NUEVAS AMENAZAS O NUEVOS MEDIOS CRIMINALES? ¿NUEVAS SOLUCIONES O REFUERZO DE LAS MEDIDAS CLÁSICAS? BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Amenazas como la cibercriminalidad, que desborda la frontera de un Estado singular, requieren de respuestas coordinadas a nivel internacional. A pesar de la existencia de la Convención de Budapest, elaborada en el marco del Consejo de Europa en 2001 y en la que hoy participan 67 Estados, en 2020 se ha iniciado la negociación de un proyecto de convención integral sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, a propuesta de Rusia. Las diferentes concepciones sobre el control de los medios tecnológicos a través del Derecho penal, así como el posible uso de la futura convención para favorecer la censura y la intervención, so capa de la lucha contra la cibercriminalidad, son claros riesgos para la libertad de expresión. Este estudio busca sistematizar y analizar el contenido del proyecto en relación con las garantías generales de protección de derechos humanos y la incidencia particular en la libertad de expresión desde la perspectiva de la sanción penal de las opiniones. Para ello, tras presentar el contexto de elaboración del proyecto, analiza las cláusulas que condicionan la tipificación y cooperación al respeto de los derechos humanos, la determinación de las reglas de jurisdicción, y las disposiciones que eventualmente inciden en la criminalización del discurso de opinión. Aunque pueda parecer prematura la elaboración de un trabajo sobre esta iniciativa, pues está aún en fase de negociación, el examen de las propuestas sistematizadas hasta el momento actual puede servir para señalar ciertos *caveat* que permitan orientar las discusiones tanto a nivel gubernamental como no gubernamental. Con ello se trata también de suscitar el debate entre penalistas e internacionalistas sobre la regulación internacional en el ámbito de la tipificación y la cooperación en materia penal.

PALABRAS CLAVE: Cibercriminalidad. Convención de Budapest. TICs y derecho penal. Libertad de expresión. Delitos de opinión. Proyecto de convención integral sobre cibercriminalidad.

I. CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL, COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y GARANTÍA DE DERECHOS EN UNA SOCIEDAD CIBER-TECNOLÓGICA: A MODO DE INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) plantean desafíos innegables al Estado contemporáneo. El ciberespacio parece haberse convertido en un nuevo escenario para el poder punitivo de los Estados respecto de aquellas conductas que atentan contra bienes protegidos por el ordenamiento jurídico. Sea la protección de la dignidad personal frente a atentados singularizados (como los que se dan a menudo en las redes sociales²) o generalizados (como la trata de personas, el tráfico de órganos, la pornografía, el terrorismo³), sea la protección del tráfico económico (frente al fraude masivo en el comercio electrónico o la infracción de la propiedad intelectual⁴), sea la protección de intereses e infraestructuras críticas del Estado (como las propias tecnológicas y digitales o, a través de ellas, las infraestructuras de seguridad, energéticas, militares...⁵), la lucha

2. Un estudio empírico y analítico sobre discurso de odio y redes sociales en España, por ejemplo, en BEN-DAVID, Anat & AMTAMOROS-FERNÁNDEZ, Ariadna, "Hate Speech and Covert Discrimination on Social Media: Monitoring the Facebook Pages of Extreme-Right Political Parties in Spain", *International Journal of Communication*, vol. 10, 2016, pp. 1167-1193.
3. FOGGETTI, Nadina "Ciber terrorismo y reconstrucción del Derecho Internacional Consuetudinario a partir de la jurisprudencia del Tribunal Especial para el Líbano", *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 1, n.º 1, 2015, pp. 54-78; TORRES-SORIANO, Manuel Ricardo "¿Es el yihadismo una ciber-amenaza?", *Revista de Occidente*, n.º 406, 2015 (dedicado a Yihadismo y terrorismo global), pp. 20-34; PONS GAMON, Vicente, *Ciberterrorismo: amenaza a la seguridad. Respuesta operativa y legislativa, nacional e internacional*, Tesis doctoral, UNED, 2018; OROZCO TORRES, Luis Ernesto, TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn y VILLEGAS DELGADO, César A. (eds. Lit.), *Sociedad global, ciber (in)seguridad y terrorismo(s): Retos y alternativas*, Tirant lo Blanch, 2019; FRANCISCO AGRA, Samar Violeta, "Una aproximación al (ciber) terrorismo: Modelos previos y actuales", *DOCRIM: Revista científica*, n.º 8, 2021.
4. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virxilio, "Los cibercrimitos contra la propiedad intelectual ¿cambiar todo para que nada cambie?: del ánimo de lucro al de obtener beneficio económico directo o indirecto", *e-Eguzkilore.: Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa / Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 4, 2019.
5. En relación con el Derecho penal español, puede verse MARCHENA GÓMEZ, Manuel, "El sabotaje informático: entre los delitos de daños y desórdenes públicos", *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 10, 2001, pp. 353-366; DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, "El derecho penal frente a nuevas

contra la cibercriminalidad –especialmente, la cibercriminalidad organizada– constituye hoy uno de los grandes retos para el Estado⁶.

La eficacia de toda acción punitiva a nivel estatal reside en estos casos, sin duda, en una intensa armonización de los tipos y las fórmulas de cooperación internacional organizada, dada la propia naturaleza de las conductas que tratan de sancionarse, su ubicación en el mal-definido “ciberespacio” y la ubicuidad de sus efectos.

Frente a la adopción de “parches” de seguridad en el contexto de tratados relativos a la tipificación y cooperación penal de diversas manifestaciones de criminalidad transnacional, como en el caso de los tratados relativos a la seguridad y el terrorismo⁷, desde el inicio del siglo XXI se ha intentado generar un marco normativo específico para la cibercriminalidad.

En 2000 se presentó una iniciativa patrocinada por The Hoover Institution, The Consortium for Research on Information Security and Policy (CRISP), The Center for International Security and Cooperation (CISAC) y Stanford University para la elaboración de una Convención internacional sobre criminalidad y terrorismo⁸, cuya relevancia debe ser bien ponderada dada la animadversión del mundo jurídico y jurisprudencial de los Estados Unidos a cualquier forma de regulación, limitación y control sobre el espacio tecnológico y, de manera también muy relevante en este trabajo, sobre la libertad de expresión en las redes y medios de comunicación digitales.

Sin embargo, el primer, y hasta la fecha único, texto normativo específico ha sido negociado y adoptado en el seno del Consejo de Europa (CdE): la Convención de Budapest sobre cibercriminalidad, de 23 de noviembre

realidades criminales: el ejemplo del denominado sabotaje informático”, en HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (coord.), *Estudios de derecho penal: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, 2011, pp. 631-658; GORJÓN BARRANCO, María Concepción, “Sabotaje informático a infraestructuras críticas. Análisis de la realidad criminal recogida en los artículos 264 y 264 bis del Código penal. Especial referencia a su comisión con finalidad terrorista”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 25 (Tercera época), 2021, pp. 77-124.

6. Sobre los particulares problemas de este tipo de criminalidad frente al modelo clásico (de concepción territorial) de criminalidad y con especial atención a la regulación actual en España: BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberdelitos 2.0: amenazas criminales del ciberespacio*, Astrea, 2020 (2 ed.).
7. CUÉLLAR, Mariano-Florentino, “Past as Prologue: International Aviation Security Treaties as Precedents for International Cooperation Against Cyber Terrorism and Cyber Crimes”, en SOFAER, Abraham D. & and GOODMAN, Seymour E., *The Transnational Dimension of Cyber Crime and Terrorism*, Hoover Institution’s National Security Forum Series, Hoover Institution Press, Stanford, 2001, pp. 91-122.
8. SOFAER & GOODMAN, *op. cit.*

de 2001, en vigor internacionalmente desde el 1 de julio de 2004⁹ como instrumento dirigido a la armonización de ciertos tipos penales y formas de cooperación penal.

Este tratado, negociado cuando el CdE tenía 41 Estados miembros¹⁰, hoy integrado por 46 Estados tras la expulsión de Rusia¹¹, está abierto a la ratificación o adhesión de Estados no miembros del CdE. Son Estados parte todos los Estados miembros del CdE actuales, excepto Irlanda¹². Rusia, miembro en el momento de adoptarse la Convención, hoy expulsada del CdE, nunca ratificó la Convención¹³. España la ratificó el 3 de junio de 2010, entrando en vigor para nuestro país el 1 de octubre de 2010¹⁴. El convenio fue pronto complementado por un protocolo relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, de 28 de enero de 2003, ratificado por un total de 30 Estados miembros del CdE, entre ellos, España¹⁵, y 3 Estados no miembros del CdE¹⁶. Muy recientemente ha sido adoptado un segundo protocolo, relativo a la cooperación reforzada en relación a la prueba electrónica y su divulgación, abierto a la firma en 12 de mayo de 2022¹⁷ (firmado, aunque aún no ratificado, por España).

9. Convention on Cybercrime (ETS No. 185).

10. No eran aún Estados miembros Armenia, Azerbayán, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Mónaco y Montenegro.

11. Rusia fue expulsada el 15 de marzo de 2022, con efecto respecto de los tratados internacionales elaborados por el CdE a partir del 16 de septiembre de 2022: *Resolution CM/Res(2022)2 on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe*.

12. No obstante, como se indica en el texto posteriormente, la UE ha regulado mediante directiva los tipos delictivos de cibercriminalidad incluidos en el tratado, vía por la cual Irlanda ha debido igualmente incluir en su legislación nacional los mismos.

13. La expulsión comportaba la restricción de su participación en algunos tratados, pero no en los abiertos. No obstante, aunque habría podido seguir siendo Estado parte en esta Convención como tratado abierto, ya sólo podría llegar a ser parte previa invitación.

14. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, *BOE* núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

15. Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003, *BOE* núm. 26 de 30 de enero de 2015.

16. CoE Treaty Office, Chart of signatures and ratifications of Treaty 189, en vigor desde el 1 de marzo de 2006. No ha sido ratificado por los siguientes Estados miembros del CdE: Austria, Azerbayán, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Georgia, Hungría, Islandia, Irlanda, Liechtenstein, Malta, Suiza, Turquía. Entre los Estados no miembros del CdE, ha sido ratificado por Marruecos, Paraguay y Senegal.

17. CoE Treaty Office, Chart of signatures and ratifications of Treaty 224.

Conforme al artículo 37 del Convenio de Budapest, los Estados no miembros del Consejo de Europa pueden ser invitados a adherirse al tratado por unanimidad de los Estados parte que son miembros del CdE, a lo que debe sumarse el voto de una mayoría de dos tercios (de votos emitidos) en el seno del Consejo de Ministros (órgano de representación intergubernamental del CdE). En 2013 se adoptó una decisión por la cual la invitación a adherirse a un tratado del CoE decaía al cabo de cinco años.

En la actualidad de los 67 Estados parte en la Convención europea contra la cibercriminalidad, veintidós no son miembros del CdE: Argentina, Australia, Cabo Verde, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos de América, Filipinas, Gana, Israel, Japón, Marruecos, Mauricio, Nigeria, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Senegal, Sri Lanka y Tonga. La invitación ha decaído respecto de Sudáfrica¹⁸, siendo significativa la diversidad de Estados y las diferentes tradiciones en relación con la tolerancia de la libertad de expresión y el acceso a internet. Se encuentran vigentes y en período abierto a la adhesión trece invitaciones: Túnez, hasta 2023; Benin, Brasil, Burkina Faso, hasta diciembre de 2024; Guatemala, Nueva Zelanda y Níger, hasta 2025; Fiji, Trinidad y Tobago, y Vanuatu hasta 2026; Costa de Marfil, Ecuador y Timor Oriental, hasta 2027¹⁹.

En el cercano entorno de la Unión Europea, asistimos a una creciente integración en el ámbito policial y judicial penal en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia²⁰, con la creación de Europol, y la adopción de una Estrategia de Ciberseguridad desde 2013, renovada recientemente²¹. En ese contexto, se han creado instituciones específicas como el Centro Europeo de Ciberdelincuencia, dependiente de Europol²² y la

18. CoE Treaty Office, Chart of signatures and ratifications of Treaty 185.

19. CoE Treaty Office, Non-members States of the Council of Europe Five years validity of an invitation to sign and ratify or to accede to the Council of Europe's treaties, Status as of 5 Octubre 2022, <https://rm.coe.int/16806cac22>.

20. Aunque ya desfasado, vid. RODRÍGUEZ BERNAL, Antonio, "España: Los Cibercrímenes en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia", *AR: Revista de Derecho Informático*, n.º 103, 2007.

21. Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia de Ciberseguridad de la UE para la Década Digital, de 22 de marzo de 2021, ST-7290/21, en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7290-2021-INIT/es/pdf>.

22. Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo, DO L 135 de 24.5.2016. Más información en <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3>.

Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA)²³. Desde la perspectiva normativa, la Unión ha regulado los ataques contra los sistemas de información definiendo obligaciones de tipificación penal sobre la base del artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea mediante la Directiva 2013/40/UE²⁴. En su análisis del contexto de referencia para la citada tipificación, la directiva indica expresamente que la Convención del CdE de 20001 “es el marco jurídico de referencia para la lucha contra la ciberdelincuencia, incluidos los ataques contra los sistemas de información. La presente Directiva se basa en dicho Convenio”. Y en una clara referencia a la situación irlandesa continúa diciendo que “[d]ebe considerarse como prioritario terminar cuanto antes el proceso de ratificación de dicho Convenio por todos los Estados miembros”²⁵, dado que la Convención de Budapest no permite la adhesión de la propia UE. La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2013/40 se efectuó a través de la LO 1/2015, modificando y ampliando el tipo delictivo del artículo 197 (hasta 197 quinquies)²⁶.

Sin embargo, los problemas generados por las TICs en relación con el derecho penal (tanto en relación a los delitos, las formas de comisión, la prueba y su almacenamiento) y la denominada cibercriminalidad –sean redes de tráfico mercantil, de personas, órganos, estupefacientes u otros– tienen un impacto territorial supra-estatal y universal, ya sea por el origen de la acción, el desarrollo de la misma o las consecuencias de los delitos cuya comisión se propicia mediante el uso de la tecnología de la información y la comunicación. Por ello, el paso del tiempo ha demostrado la necesidad de desarrollar un instrumento universal que aspire a regular de manera general y armonizada el tratamiento de la cibercriminalidad. En este trabajo nos centramos en la negociación del primer tratado integral para el abordaje de la cibercriminalidad a nivel universal²⁷. Con

23. Creada en 2013, ha sido reformada por el Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las TICs y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 526/2013 («Reglamento sobre la Ciberseguridad»), DO L 151 de 7.6.2019.

24. Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, DO L 218 de 14.8.2013.

25. Preámbulo, para. 15.

26. LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

27. Una descripción de las iniciativas previas en los diversos niveles regionales puede verse en el documento elaborado por la Secretaría del grupo Ad hoc creado por la Organización de Naciones Unidas para la elaboración de una Convención integral para la lucha contra el uso de las TICs con propósitos delictivos: A/AC.291/CRP.10,

anterioridad, la Unión Internacional de Telecomunicaciones prestó atención e interés a la cuestión²⁸. Hoy, la iniciativa, se desarrolla en el marco de la Organización de las Naciones Unidas.

El proceso está permitiendo la participación activa de Estados que, por la propia naturaleza de la Convención europea, no habían participado en su negociación, como Brasil (invitado, aunque no ha formalizado aún su adhesión) o Sudáfrica (respecto del cual la invitación ha decaído), ni tampoco han sido invitados a adherirse a la misma, como es el caso de Estados Unidos de América, India, Malasia, Vietnam, o el conjunto de CARICOM (Comunidad del Caribe).

Una convención que se pretende integral y universal sobre cibercriminalidad, dirigida por tanto a regular conductas de particulares, presenta desde sus inicios ciertos desafíos que dependen del propio uso y concepción del control sobre las redes tecnológicas por los Estados: la diferente estrategia respecto de la regulación de las conductas de agentes públicos y particulares (empresas e individuos) en el ciberespacio, las diferentes percepciones en el binomio libertad de expresión/control de contenidos (incluido penal) y los usos encubiertos de la tecnología como mecanismo al servicio de la política exterior de los Estado, que pueden vulnerar principios como la no intervención en asuntos internos (por ejemplo, la “intervención” cibernética en procesos electorales en las última década). Llegados al uso tecnológico extremo al servicio del Estado –o de agentes paraestatales– es la llamada guerra híbrida, que combina guerra tradicional y cibertecnológica. Si bien aún no ha sido objeto de regulación internacional en el Derecho internacional humanitario, el documento de referencia, de origen académico, es el Manual de Tallín²⁹.

Dado que los esfuerzos de lucha contra la (ciber) criminalidad se centran en la contribución e impacto de los medios tecnológicos de comunicación (TICs) a la comisión de delitos –conductas de particulares–, la reflexión deviene inexcusable en el contexto del proyecto de investigación sobre libertad de expresión y delitos de opinión sin olvidar que la propia

Overview of existing instruments, recommendations and other documents on countering the use of information and communications technologies for criminal purposes, de 20 de abril de 2022.

28. VOGEL, Joachim, “Towards a Global Convention against Cybercrime”, *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2008, p. 10.
29. Escrito entre 2009 y 2012, por un grupo de unos 20 expertos a invitación del Centro de excelencia cooperativo de defensa cibernética de la OTAN. Se publicó en 2013 por primera vez. En febrero de 2017 se adoptó una versión denominada Manual de Tallín 2.0, el cual entre otras cuestiones sustituye las referencias a la ciberguerra por la de ciber operaciones. Está en preparación, abierta a la cooperación, la edición del Manual de Tallín 3.0. <https://ccdcoe.org/research/tallinn-manual/>.

lucha contra la cibercriminalidad puede ser utilizada como un medio para la depuración política en ciertos contextos internacionales³⁰. Como se ha puesto de manifiesto, una de las grandes inquietudes de la sociedad contemporánea a nivel universal, regional y española es el delicado equilibrio entre las libertades individuales y la garantía del orden de valores e intereses públicos que los Estados asumen y deben garantizar, especialmente al regular los nuevos espacios de expresión, como es el ciberespacio³¹.

Ello es tanto más relevante cuanto que el proceso de elaboración de la convención integral a nivel universal ha sido puesto en marcha e impulsado por Rusia, Estado en su día miembro del CdE, que decidió no firmar ni ratificar la Convención de 2001, y cuyas ciber-prácticas, su control sobre contenidos y el acceso de la población a la información son objeto de cuestionamiento³². La propuesta inicial rusa fue apoyada por un grupo de siete Estados entre los que encontramos algunos constantemente descritos como represores en relación con derechos humanos, como China o Camboya³³. Y, sin embargo, la propuesta ha sido bien acogida por Estados con un compromiso firme con el respeto de los derechos y libertades fundamentales y, conforme a algunas voces, parece que Rusia tiene un perfil más bajo en las negociaciones a medida que estas avanzan³⁴.

En consecuencia, la ponderación entre la protección de la libertad de expresión y otros derechos de particulares o intereses generales (sea para la protección de las personas, de las instituciones, o del orden, seguridad

30. BROWN, Deborah, "Cybercrime is Dangerous, But a New UN Treaty Could Be Worse for Rights", *Just Security*, 13 August 2021, <https://www.justsecurity.org/77756/cybercrime-is-dangerous-but-a-new-un-treaty-could-be-worse-for-rights/>.
31. ARTICLE 19, "Russia: Proposed UN Cybercrime Convention must uphold free speech", 17 February 2022, <https://www.article19.org/resources/russia-proposed-un-cybercrime-convention-must-uphold-free-speech/>.
32. PAGE, Mercedes, «The hypocrisy of Russia's push for a new global cybercrime treaty», *The Interpreter*, 7 March 2022, <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/hypocrisy-russia-s-push-new-global-cybercrime-treaty>.
33. A/C.3/74/L.11, *Belarus, Cambodia, China, Democratic People's Republic of Korea, Myanmar, Nicaragua, Russian Federation and Venezuela (Bolivarian Republic of): draft resolution Countering the use of information and communications technologies for criminal purposes*. La propuesta fue luego reformada y auspiciada por un grupo más amplio de Estados (A/C.3/74/L.11/Rev.1): Angola, Argelia, Azerbaiyán, Bolivia, Burundi, Cuba, Egipto, Eritrea, Irá, Kazakstán, Laos, Libia, Madagascar, Sudán, Surinam, Siria, Tayikistán, Uzbekistán y Zimbabwe. Con posterioridad se sumaron Antigua y Barbuda, Armenia, Benín, Camerún, República Centroafricana, Congo, Guinea Ecuatorial, Eswatini (antigua Suazilandia), Guinea, India, Indonesia, Jamaica, Kirguzstán, Nauru, Níger, San Vicente y Granadinas, Sudáfrica, Togo, Turkmenistán y Uganda.
34. NEAL, Will, "Russia Slips from Center Stage as UN Cybercrime Treaty Negotiations Forge Ahead", *OCGRP – Organized Crime and Corruption Reporting Project*, 15 September 2022.

y valores) se manifiesta como particularmente compleja en la regulación de la cibercriminalidad. La libertad de expresión, además de constituir un derecho fundamental, es cimiento y columna vertebral de las sociedades democráticas. Por ello, sus limitaciones y muy especialmente sus limitaciones mediante la persecución penal están sujetas a un examen y control reforzado no sólo en las instancias nacionales sino, muy especialmente en las internacionales. De ahí, la relevancia de la jurisprudencia sobre libertad de expresión y limitación por la vía penal de la misma en los sistemas regionales y universal de protección de derechos humanos. Igualmente, resulta clave la comprensión de la jurisprudencia penal internacional en relación con la contribución a la comisión, mediante la incitación, por ejemplo, de los más graves crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad³⁵, que hoy puede tener como escenario el ciberespacio y como vehículo las TICs.

Este trabajo se estructura en dos partes, claramente diferentes. En primer lugar, se analiza el marco institucional de Naciones Unidas en el seno del cual se inserta el proceso de elaboración del proyecto de Convención integral. En segundo lugar, tomando como eje discursivo el binomio libertad de expresión y delitos de opinión, se analizan las salvaguardas de los derechos humanos que se plantean en las propuestas, de un lado, y de otro, se trata de identificar cómo la Convención aborda los supuestos de tipificación del ejercicio de la libertad de expresión en el ciberespacio o a través de medios tecnológicos. Si bien la autora de estas páginas no puede hacer un análisis desde la perspectiva estrictamente penalista, quiere con ello contribuir al posterior estudio desde la doctrina penal de la futura Convención y de cuanto pudiera suponer en el contexto del Derecho penal español. Finalmente, el capítulo concluye con una síntesis de problemas, a modo de conclusión.

Desde la perspectiva metodológica, es importante señalar que se ha trabajado sobre la documentación oficial publicada por Naciones Unidas³⁶. En concreto, se han manejado los dos documentos de compilación de propuestas de artículos de la futura Convención, y no las propuestas presentadas por los Estados directamente. Estos documentos han sido elaborados por la presidencia del Comité Ad Hoc, creado para la puesta en marcha y buena gestión del proceso de negociación³⁷. El uso del docu-

35. A ello hemos dedicado la obra PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (dir.), *Valores (y temores) del Estado de Derecho: Libertad de expresión vs. delitos de opinión en Derecho internacional*, Aranzadi, 2022.

36. Ad Hoc Committee – Home (unodc.org).

37. A/AC.291/CRP.11, *Compilation of draft provisions submitted by Member States on criminalization, general provisions and procedural measures and law enforcement*, de 23 de

mento compilado permite la comparación de propuestas, tal y como van a ser analizadas en las sucesivas rondas de negociación pendientes. Por otra parte, dado que aún no existe una bibliografía sobre este proyecto se citan algunos comentarios en blogs profesionales, elaborados a menudo por organizaciones no gubernamentales relacionadas con el respeto de derechos humanos y, entre ellos, con la libertad de expresión. Por otra parte, se ha examinado bibliografía existente sobre la Convención europea contra la cibercriminalidad de 2001 y sobre cuestiones generales relativas a la cibercriminalidad en relación con conductas específicas como el discurso del odio, por ejemplo, o el terrorismo.

Aunque pueda parecer prematura la elaboración de un trabajo sobre esta iniciativa, pues está aún en fase de negociación y sin un texto único y completo, el examen de las propuestas sistematizadas hasta el momento actual puede servir para señalar ciertos *caveat* que permitan orientar las discusiones y movimientos tanto a nivel gubernamental como no gubernamental, de forma que el texto final sea el mejor posible, tanto desde la perspectiva técnica como, muy especialmente, desde la sustantiva del equilibrio de valores protegidos y mecanismos para la garantía de los derechos, en especial de la libertad de expresión, en el contexto de la lucha contra la cibercriminalidad.

II. LA ELABORACIÓN DE LA FUTURA CONVENCION INTERNACIONAL INTEGRAL SOBRE LA LUCHA CONTRA LA UTILIZACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES CON FINES DELICTIVOS

El impulso de la labor codificadora y de desarrollo progresivo del Derecho internacional es una competencia atribuida por el artículo 13.1.a de la Carta de las Naciones Unidas a la Asamblea General de la misma, órgano plenario en el que están representados los 193 Estados miembros actuales,

mayo de 2022, y A/AC.291/CRP.13, *Compilation of draft provisions submitted by Member States on international cooperation, technical assistance, preventive measures, mechanism of implementation, final provisions and the preamble*, de 18 de agosto de 2022. La nota de la Secretaría que acompaña ambos documentos indica que "The present text was prepared by the Chair of the Ad Hoc Committee to Elaborate a Comprehensive International Convention on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes, with the support of the secretariat. It contains the proposals received from Member States in the format of draft provisions falling under the chapters to be considered at the second session of the Ad Hoc Committee, arranged according to article, with a view to supporting Member States to identify similarities and discrepancies among the various proposals on the same topics, so as to facilitate agreement on those provisions".

sobre la base del principio de representación paritaria, sin que ninguno tenga un derecho de veto. En ejercicio de esta competencia la Asamblea General creó la Comisión de Derecho Internacional en 1947, para temas generales del Derecho internacional, y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en 1966³⁸. Si bien la primera sigue un modelo de composición técnico y no gubernamental, la segunda está integrada por representantes de un número restringido de Estados miembros de Naciones Unidas³⁹.

Aun cuando los primeros tratados internacionales para combatir distintas formas de criminalidad se remontan a la década de los años 1960 y fueron adoptados en el marco de conferencias internacionales convocadas al efecto⁴⁰, el desarrollo institucional para la elaboración de tratados de sanción y cooperación penal es el más tardío en la historia de la labor codificadora de la organización. Con la creación del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, en 1991, se promoverá la adopción de tratados –todos ellos ratificados por España y, consiguientemente, parte de nuestro ordenamiento jurídico interno– como la Convención de Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada Transnacional⁴¹, su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños⁴², su Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire⁴³ y su Protocolo

-
38. Por su parte, y dependiendo de la Secretaría de la Organización y del Asesor jurídico del Secretario General, existe una División de codificación (que actúa como secretaría técnica de la CDI) y una División de Derecho Mercantil Internacional, como apoyo técnico.
 39. La CNUDMI estaba compuesta originalmente por 29 Estados. Su número de miembros se incrementó en 1973 a 36 Estados, en 2004 a 60 Estados y de nuevo en 2022 a 70 miembros.
 40. Los ejemplos clásicos son los tratados de fiscalización internacional de drogas: la Convención Única, de 1961, sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, de Modificación y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988; o los tratados relativos a diversas formas delictivas en relación con la seguridad de la navegación aérea y actividades terroristas.
 41. Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, *BOE* núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.
 42. Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.
 43. Instrumento de Ratificación del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2003.

contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones⁴⁴. En el mismo contexto se ha adoptado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴⁵. En ese marco se desarrollan ahora los nuevos trabajos para una convención internacional integral sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos.

1. LOS INICIOS DE LA LUCHA CONTRA LA CIBERCRIMINALIDAD: LA COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL (CCPCJ) EN NACIONES UNIDAS

La Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) recomendó en 1991 la creación de un Programa de las Naciones Unidas en materia de Prevención del Delito y Justicia Penal⁴⁶. El programa estaba destinado a apoyar a los Estados en la recopilación de datos, el intercambio de información y experiencia y la capacitación para prevenir la delincuencia en y entre los Estados. Para ello, entre otras medidas, se crea un mecanismo que sirve como cauce de cooperación entre los Estados para la prevención y lucha contra la delincuencia en los planos nacional e internacional. El mecanismo creado, una Comisión orgánica dependiente del Consejo Económico y Social (ECOSOC), sustituye al antiguo Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia. Se le denominó Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal (CCPCJ). Sus objetivos, estructura y composición interestatal, así como sus reglas de actuación fueron precisados en el anexo de la resolución 46/152 de la Asamblea General.

La CCPCJ es el principal órgano de promoción de políticas de las Naciones Unidas en las materias relativas a la prevención del delito y la justicia penal. Auspicia los Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, que reúnen cada 5 años a responsables políticos, profesionales del sector, expertos del mundo académico, organismos intergubernamentales y representantes de la sociedad civil. Se reúne anualmente a intervalos regulares. Desde 2006, y conforme a una

44. Instrumento de Adhesión de España al Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Nueva York 31 de mayo de 2001, *BOE* núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

45. Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, *BOE* núm. 171, 19 de julio de 2006.

46. A/RES/46/152, de 18 de diciembre de 1991.

resolución de la AGNU⁴⁷, fue “promovido” a órgano rector de la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, que comparte con la Comisión de Estupeficientes⁴⁸.

La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal comenzó en 2013 a poner de relieve los esfuerzos desplegados para combatir el delito cibernético por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. La propia Comisión de Prevención del Delito había creado en 2011, a petición de la AGNU, un grupo intergubernamental experto, de composición abierta, para combatir el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos, de conformidad con la “Declaración de Salvador sobre estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en un mundo en evolución”⁴⁹. El grupo se reunió en 2011 y 2013, año en el que se adoptó un borrador de estudio exhaustivo sobre el delito cibernético⁵⁰, el cual recibió comentarios de algunos Estados⁵¹. Desde 2017, la CCPCJ había requerido al grupo que se reuniera anualmente y examinara en profundidad las opciones para fortalecer las respuestas actuales y proponer nuevas respuestas jurídicas o de otra índole a nivel nacional e internacional frente al delito cibernético. En su reunión de 2021, el grupo adoptó un conjunto de conclusiones y recomendaciones que trasladó a la CCPCJ⁵².

47. A/RES/61/252, de 22 de diciembre de 2006, capítulo XI, “Fortalecimiento del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal y del papel de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal como su órgano rector”.
48. La Comisión de Estupeficientes (CND) fue establecida por la Resolución 9 (I) del Consejo Económico y Social (ECOSOC) en 1946, para asistir al Consejo en la supervisión de la aplicación de los tratados de fiscalización internacional de drogas. En 1991, la Asamblea General amplió el mandato de la CND a fin de que pudiera funcionar como órgano rector de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). La Resolución 1999/30 del ECOSOC solicitó a la CND que estructurara su agenda con dos segmentos distintos: un segmento normativo para el desempeño de funciones normativas y derivadas de los tratados; y un segmento operativo para ejercer su papel de órgano rector de la UNODC.
49. A/RES/65/230, de 21 de diciembre de 2010, para. 9. Puede encontrarse más información en la web del grupo.
50. Estudio exhaustivo sobre el delito cibernético, Borrador de febrero de 2013.
51. España no evacuó ninguna respuesta al borrador. Presentaron observaciones Alemania, Arabia Saudí, Argelia, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Colombia, Costa de Marfil, Ecuador, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Japón, México, Marruecos, Paraguay, Reino Unido, Rusia, Sudán, Siria y la Unión Europea. Más información en *Comments to the Comprehensive Study on Cybercrime* (unodc.org).
52. UNODC/CCPCJ/EG.4/2021/2, Informe de la reunión del Grupo de Expertos encargado de Realizar un Estudio Exhaustivo sobre el Delito Cibernético celebrada en Viena del 6 al 8 de abril de 2021.

2. LA FUTURA CONVENCIÓN PARA LA LUCHA CONTRA LA UTILIZACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES CON FINES DELICTIVOS

La Asamblea General en 2018, en el marco del epígrafe “Prevención del delito y justicia penal”⁵³ de su agenda anual de trabajo, solicitó al Secretario General de Naciones Unidas la elaboración de un informe en el que se recogieran las posiciones de los Estados sobre “los problemas a que se enfrentan en la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos”. Por primera vez, la Asamblea General adoptaba una resolución con el título “Lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos”⁵⁴, refiriéndose a los trabajos previos de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. A partir de 2019, el propio programa de trabajo anual de la AGNU incorporaría un tema titulado “Lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos”⁵⁵.

En ese marco adoptó una primera resolución el 27 de diciembre de 2019⁵⁶. En ella, puso de manifiesto la doble naturaleza de los medios tecnológicos de información y comunicación: de un lado, un potencial para el desarrollo de los Estados; de otro, una vía para la propagación y multiplicación de la delincuencia, introduciendo además una compleja dimensión en esta última y en su investigación y persecución. Baste señalar, por ejemplo, el uso de la tecnología en el marco de la delincuencia transnacional y organizada relacionada con la trata de personas. Con esta resolución, la AGNU creaba

“un comité intergubernamental especial de expertos de composición abierta, representativo de todas las regiones, a fin de elaborar una convención internacional integral sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos, teniendo plenamente en cuenta los instrumentos internacionales y las iniciativas existentes en los planos nacional, regional e internacional para combatir la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos, en particular, la labor y los resultados del Grupo de Expertos

53. A/73/251, Agenda of the seventy-third session of the General Assembly, Adopted by the General Assembly at its 3rd plenary meeting, on 21 September 2018.

54. A/RES/73/187, 17 de diciembre de 2018.

55. A/74/251, 20 de septiembre de 2019.

56. A/RES/74/247, adoptada el 27 de diciembre de 2019, publicada el 20 de enero de 2020. Para el registro de los resultados de votación, véase <https://digitallibrary.un.org/record/3841023?ln=es>.

encargado de Realizar un Estudio Exhaustivo sobre el Delito Cibernético, de carácter intergubernamental y de composición abierta”⁵⁷.

Como se ha expuesto en la introducción, la propuesta aprobada tenía su origen en una iniciativa de Rusia, con el apoyo inicial de un grupo de siete Estados aliados. El resultado de la votación de la resolución es significativo: recibió el voto afirmativo de 79 Estados, frente al voto en contra de 60 Estados (entre los cuales los Estados miembros de la Unión Europea, Estados Unidos de América, Canadá, Reino Unido, Japón, Nueva Zelanda), la abstención de 33 Estados y no habiendo participado 21 Estados en la votación.

La secretaría del Comité se atribuyó a la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, a través de su sección dedicada al crimen organizado y al tráfico ilícito, lo cual permite aportar estabilidad y neutralidad a la continuidad de los trabajos.

La creación de este comité intergubernamental abierto en 2020 explica el final de los trabajos en el seno del grupo intergubernamental abierto dependiente del CCPC, que no llegó a aprobar el borrador de “estudio exhaustivo” de 2013 al que nos refiriéramos en el epígrafe anterior, sino tan sólo unas conclusiones y recomendaciones. No obstante, la AGNU ha solicitado reiteradamente que el comité ad hoc que elabora actualmente el proyecto de convención tenga en cuenta los trabajos del grupo abierto que creara el CCPC⁵⁸.

El proceso de elaboración de la futura Convención se ha definido como un procedimiento de duración abreviada, casi exprés. En concreto, se agendó una reunión preparatoria y seis sesiones de trabajo a partir de agosto de 2020, de manera que la clausura de los trabajos permitiera la adopción de la convención en Nueva York en septiembre de 2023.

Más aún, aunque la pandemia de COVID-19 hizo postponer el inicio de los trabajos⁵⁹, no se ha modificado la fecha esperada para culminar los trabajos. La agenda de trabajo de la sesión preparatoria fue aprobada el 26 de abril de 2021, convocando la reunión con jornadas presenciales y otras de carácter híbrido, presencial y online. Se convocó y celebró los días 10 a 12 de mayo de 2021⁶⁰. En esta reunión se decidieron cuestiones fundamentales como la sede de las reuniones (Viena, sede de la Oficina

57. *Idem*, para. 2.

58. A/RES/75/282, 26 de mayo de 2021, para. 11.

59. A/74/L.84, 6 de agosto de 2020, estableciendo que la reunión preparatoria debía celebrarse antes del 1 de mayo de 2021.

60. A/AC.291/CRP.3, 26 de abril de 2021.

de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) y el método de trabajo. Algunos Estados propusieron que se pudieran adoptar decisiones por consenso, sin someter a votación⁶¹. Ello suponía una modificación de las normas de procedimiento de la Asamblea General que no contemplan expresamente el consenso como vía de adopción de acuerdos⁶², aunque esta lo aplique en la práctica.

Hasta la fecha de cierre de estas páginas se han celebrado las tres sesiones de trabajo previstas para 2022: la primera en Nueva York, del 28 de febrero al 11 de marzo de 2022; la segunda en Viena, del 30 de mayo al 10 de junio de 2022, y la tercera, en Nueva York del 29 de agosto al 9 de septiembre de 2022. En 2023 tendrán lugar otras tres sesiones: la cuarta sesión de trabajo tendrá lugar en Viena del 9 al 20 de enero de 2023; en la misma ciudad tendrá lugar la quinta sesión entre el 11 y el 21 de abril de 2023. La sesión última, previa a la adopción del borrador del texto tendrá lugar como hemos referido en Nueva York entre el 21 de agosto y el 1 de septiembre de 2023. Están previstas cinco consultas inter-sesiones en Viena, de las que han tenido ya lugar las tres primeras: 24 y 25 de marzo de 2022, 13 y 14 de junio de 2022, y 3 y 4 de noviembre de 2022. Deben celebrarse aún las reuniones de 6 y 7 de marzo de 2023 y, por último, 20 y 21 de junio de 2023.

El Comité está compuesto de forma geográficamente equitativa por tres miembros de cada uno de los siguientes grupos de Estados: africanos (Argelia que ostenta la presidencia, Egipto y Nigeria), Asia-Pacífico (China, Indonesia, que ostenta la relatoría, y Japón), América Latina y Caribe (Brasil, Nicaragua y República Dominicana), Europa oriental (Estonia, Polonia y Rusia), Europa occidental y otros Estados (Australia, Estados Unidos y Portugal). Como puede apreciarse, la presencia geoestratégica de Rusia, China, Brasil y Estados Unidos pone de relieve ausencias significativas en el ámbito ciber-tecnológico como India (uno de los países que más datos procesan offshore, para terceros).

Más relevante –quizás, preocupante– es la escasa presencia de los países de la Unión Europea, representada en la participación de Estonia, Polonia y Portugal. La Unión Europea como tal no es miembro de la ONU (ni puede serlo) ni, en consecuencia, de los órganos que esta crea. En cambio,

61. A/AC.291/CRP.1, 15 de enero de 2021. La propuesta provenía de Australia, Canadá, Chile, República Dominicana, Honduras, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, Reino Unido y Estados Unidos de América. Un texto más elaborado fue presentado como A/AC.291/CRP.2, 15 de enero de 2021, como propuesta de los mismos Estados, con la exclusión de Honduras y la adición de Suiza y la Unión Europea y sus Estados miembros.
62. A/520/REV.18, Reglamento de la Asamblea General (con las enmiendas y adiciones aprobadas por la Asamblea General hasta septiembre de 2016).

y en virtud de las competencias relacionadas con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la Unión Europea ha decidido participar en la negociación como ejercicio de sus competencias en nombre propio, sin perjuicio de las competencias propias de sus Estados miembros. En todo caso, y “[d]e conformidad con el principio de cooperación leal, la Comisión y los Estados miembros deben colaborar estrechamente durante el proceso de negociación, entre otros, mediante contactos habituales con los expertos y representantes de los Estados miembros en Nueva York y Viena”⁶³. Como veremos más adelante en relación con el análisis de contenido, las propuestas han sido presentadas por la Unión Europea, en nombre propio y en nombre de sus miembros. De hecho, el conjunto de la UE más sus Estados miembros constituye, además, uno de los participantes más activos en número de propuestas, en relación con las cuestiones que afectan a la protección de derechos humanos en el marco de la futura Convención.

El Comité ad hoc puede recibir comunicaciones de organizaciones internacionales universales y regionales, así como de ONGs con estatuto consultivo ante el ECOSOC, algo que ha sido alabado por las organizaciones no gubernamentales, en general muy críticas con la “paradójica” iniciativa rusa de lucha contra la cibercriminalidad⁶⁴. El Comité ha invitado, además, a participar a un número de entidades, incluidas instituciones académicas y también del sector privado⁶⁵. Las entidades autorizadas pueden asistir a las sesiones del Comité ad hoc, participar en el debate oral en función del tiempo disponible, respetando siempre la representación geográfica equitativa y la paridad de género y la diversidad de participantes, así como presentar material escrito con un límite máximo de dos mil palabras⁶⁶. A lo largo de las sesiones celebradas⁶⁷, han presentado

63. Decisión (UE) 2022/895 del Consejo de 24 de mayo de 2022 por la que se autoriza la apertura de negociaciones en nombre de la Unión Europea con el fin de negociar un convenio internacional integral sobre la lucha contra la utilización de las TICs con fines delictivos, DO L 155 de 8.6.2022, paras. 6 y 8 del Preámbulo.

64. BROWN, Deborah, “Cybercrime is Dangerous, ...”, *op. cit.* 2021.

65. A/AC.291/6, de 24 de febrero de 2022. La lista de entidades figura en el Anexo I al “Informe del Comité Especial encargado de Elaborar una Convención Internacional Integral sobre la Lucha contra la Utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con Fines Delictivos sobre su período de sesiones sobre cuestiones de organización celebrado el 24 de febrero de 2022”. El Anexo II establece las “Modalidades para la participación de múltiples partes interesadas en el Comité Especial encargado de Elaborar una Convención Internacional Integral sobre la Lucha contra la Utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con Fines Delictivos”.

66. Se puede contactar con el Comité Ad Hoc a través de la dirección CybercrimeAHC@un.org.

67. Se han tomado ejemplos del acta de la primera sesión del Comité Ad Hoc, sin completar tampoco un vaciado exhaustivo de participantes. Pueden analizarse para

sus comentarios escritos Estados⁶⁸, organizaciones u organismos internacionales como Interpol⁶⁹ y el Alto Comisionado de Derechos Humanos⁷⁰, empresas⁷¹ y otras instituciones⁷². Otros actores han intervenido oralmente, entre los que se encuentran numerosos Estados, y organizaciones internacionales como la Unión Europea (en nombre de la Unión y de sus Estados miembros), la Unión Interparlamentaria, la Cámara de Comercio Internacional. España no ha presentado documentos escritos ni participado oralmente en las sesiones del Comité ad hoc hasta el presente, aunque otros Estados miembros de la UE (como Austria, Finlandia o Estonia, aparte de Portugal, integrado en el Comité) sí han participado individualmente. Numerosas organizaciones no gubernamentales se han dirigido oralmente al Comité en las sesiones de trabajo⁷³.

Fruto de la primera sesión surgió el esbozo inicial de la estructura de la Convención (Disposiciones generales, tipificación, medidas procesales y

cada sesión los documentos siguientes: A/AC.291/7, Informe del Comité Especial encargado de Elaborar una Convención Internacional Integral sobre la Lucha contra la Utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con Fines Delictivos sobre su primer período de sesiones, de 24 de marzo de 2022; A/AC.291/10, Informe del Comité Especial encargado de Elaborar una Convención Internacional Integral sobre la Lucha contra la Utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con Fines Delictivos sobre su segundo período de sesiones, de 27 de junio de 2022.

68. España nunca ha presentado ninguna contribución. En relación con la primera sesión del Grupo, pueden verse las aportaciones en Ad Hoc Committee First Session (unodc.org).
69. INTERPOL's contribution to the elaboration of a Comprehensive International Convention on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes, de 8 de noviembre de 2021.
70. OHCHR key-messages relating to a possible comprehensive International Convention on countering the use of Information and Communications Technologies for criminal purposes, 17 de enero de 2022.
71. MICROSOFT, Upcoming negotiations on a possible cybercrime convention Microsoft's submission Microsoft, 1 de marzo de 2022.
72. Con estatuto consultivo en ECOSOC, ACEH-Les Compagnons Solidaires Action Terre d'Afrique presentó una propuesta de contribución el 24 de enero de 2022.
73. En la primera sesión, han participado Alliance of NGOs on Crime Prevention and Criminal Justice, Privacy International, Derechos Digitales, Global Initiative against Transnational Organized Crime, Electronic Frontier Foundation, United Nation Diplomatic Committee International Organization, Maat for Peace, Development and Human Rights Association, Article 19: International Centre against Censorship, Red Dot Foundation Global, Forum of Incident Response and Security Teams, Inc., Access Now, Human Rights Watch y Association pour l'Intégration et le Développement Durable au Burundi, Foundation for International Blockchain and Real Estate Expertise, Humanity for the World, Human Rights Watch, en A/AC.291/7, Informe del Comité Especial encargado de Elaborar una Convención Internacional Integral sobre la Lucha contra la Utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con Fines Delictivos sobre su primer período de sesiones, de 24 de marzo de 2022.

de cumplimiento, cooperación internacional, asistencia técnica, medidas preventivas, mecanismo de aplicación, y disposiciones finales)⁷⁴ así como unos objetivos generales y un esbozo de sus contenidos esenciales⁷⁵. Tres son los objetivos del tratado que se negocia:

1. Promover y reforzar las medidas para prevenir y combatir el uso de las TICs con propósitos criminales y para el cibercrimen, protegiendo a la par a los usuarios TICs de tales delitos.
2. Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional con la finalidad anterior.
3. Proporcionar herramientas prácticas para mejorar la cooperación técnica entre los Estados, aumentar sus capacidades de prevención y lucha contra el cibercrimen y reforzar los mecanismos de intercambio de información y buenas prácticas.

El enunciado de los contenidos que debe abordar la futura convención conforme al documento aprobado en la primera sesión alcanzaba a cuestiones como la tipificación, las formas de comisión, la responsabilidad penal de personas jurídicas, los criterios de atribución de jurisdicción, medidas provisionales y obligaciones y medidas de investigación y cooperación interestatal. Los dos últimos elementos que se definen son cara y cruz desde la perspectiva del Derecho internacional de todo esfuerzo de cooperación en materia penal: de un lado, la protección de la soberanía estatal; de otro lado, las garantías y protección de los derechos humanos en relación con la prevención y lucha contra el uso delictivo de las TICs y el cibercrimen. Estos dos aspectos son los que centran nuestro siguiente apartado.

III. PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SANCIÓN PENAL DE LA OPINIÓN EN LA FUTURA CONVENCION

Uno de los objetivos del proyecto de convención, como se ha expuesto previamente, es regular la prevención y castigo de la criminalidad cometida contra o a través de medios tecnológicos, mejorando la tipificación y los mecanismos de cooperación interestatal para ello. En tal sentido, es innegable que toda regulación del uso de TICs puede tener y tiene un impacto en el ejercicio de los derechos y libertades individuales. Además, toda investigación,

74. A/AC.291/CRP.7, Proposal on the Structure of the Comprehensive International Convention on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes Note by the Secretariat, de 24 de febrero de 2022.

75. A/AC.291/CRP.8, Proposals on objectives and scope of the Comprehensive International Convention on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes Note by the Secretariat, de 24 de febrero de 2022.

procesamiento y sanción penal afectan a los derechos y libertades de las personas, más aún si incluyen mecanismos de transferencia de información, documentación y/o prueba a un Estado diferente del que las recaba.

El contexto geoestratégico al que responde la iniciativa⁷⁶, la tensión subyacente derivada de la oposición de Rusia y los Estados alineados con ella a la previa Convención europea contra la cibercriminalidad, las previas críticas a la Convención de Budapest de 2001 en relación con los riesgos de desprotección individual en relación con los datos personales⁷⁷, son todos ellos motivos que subrayan la necesidad de sistematizar y analizar el contenido del proyecto en relación con las garantías generales de protección de derechos humanos y la incidencia particular en la libertad de expresión desde la perspectiva de la sanción penal de las opiniones en el contexto de la cibercriminalidad.

Por ello, procedemos a analizar cómo se ha abordado la garantía de los derechos y libertades individuales en la negociación del proyecto hasta ahora (3.1) y la incidencia específica en la libertad de expresión (3.2). En concreto, la propuesta de tratado fijará nuevos límites penales a ciertas formas y contenidos de la comunicación tecnológica. Y, consecuentemente incidirá en el equilibrio del binomio libertad de expresión y delitos de opinión.

1. LA TENSIÓN ENTRE SALVAGUARDAS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO

Desde el inicio de la negociación del proyecto de Convención se puso de relieve la necesidad de prestar atención a las garantías y protecciones necesarias de los derechos humanos al abordar la prevención y sanción del uso de la TICs como medio para la comisión de delitos y la cibercriminalidad. En particular, la Unión Europea adoptó una posición negociadora el 11 de octubre de 2021 en la que subrayaba la necesidad de defender su visión centrada en la persona y los derechos humanos, de manera que la

76. Por ejemplo, el hecho de que los promotores de la futura Convención son Estados con legislación muy restrictiva en relación al uso libre y abierto de internet: OHANIAN, Christian, "The UN Cybercrime Treaty Has a Cybersecurity Problem In It", *Just Security*, 17 October 2022, <https://www.justsecurity.org/83582/the-un-cybercrime-treaty-has-a-cybersecurity-problem-in-it/>; FALCHETTA, Tomaso, BROWN, Deborah & RODRIGUEZ, Katitza, "Opening Stages in UN Cybercrime Treaty Talks Reflect Human Rights Risks", *Just Security*, 18 April 2022, <https://www.justsecurity.org/81105/opening-stages-in-un-cybercrime-treaty-talks-reflect-human-rights-risks/>.

77. AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU), "Seven Reasons the Us Should Reject the International Cybercrime Treaty", <https://www.aclu.org/other/seven-reasons-us-should-reject-international-cybercrime-treaty>, sin fecha, pero en referencia a la Convención de Budapest.

aplicación de la futura Convención cumpliera con los estándares internacionales de protección de los mismos⁷⁸.

1.1. La protección general de los derechos humanos en el ámbito de la convención

En la primera sesión de trabajo, en febrero de 2022, el Comité intergubernamental ad hoc incluyó esta cuestión al fijar los objetivos y alcance del proyecto. Específicamente, se indicaba que la Convención debía proporcionar “protecciones para los derechos humanos (*safeguards*) en la prevención y castigo del uso de las TICs con fines delictivos y del cibercrimen”⁷⁹.

Análogamente, la preocupación por los derechos humanos ha surgido en las discusiones inter-sesiones en las que participaron representantes estatales y “multi-stakeholders”, esto es, representantes de empresas del sector tecnológico, ONGs, instituciones académicas, y entidades de participación social. Hasta la fecha de cierre de este trabajo, se han mantenido tres reuniones inter-sesiones. En concreto, el primer período de consultas entre sesiones (24 y 25 de marzo de 2022) abordó la relevancia de las garantías de protección de los derechos humanos en relación a la “tipificación”, a las “disposiciones generales” de la Convención y, muy especialmente en relación a las medidas procesales y de aplicación (*procedural measures and law enforcement*)⁸⁰. Durante el segundo período de consultas entre sesiones (13 y 14 de junio de 2022) la preocupación por los derechos humanos surgió en exposiciones y debates las formas de “cooperación internacional” y las “medidas preventivas”⁸¹. En el primero de estos temas –la cooperación– se llegó incluso a plantear la posibilidad de rechazar una solicitud de cooperación en razón de la necesidad de proteger los derechos humanos o bajo una excepción de “delito político”⁸². En el tercer período intersesiones (3 y 4 de noviembre de 2022) se abordó de manera temática la cuestión en

78. “In the negotiations, the EU will firmly promote its human centric vision and human rights-based approach and will strive for compliance of the future Convention with standards of international human rights”, en EEAS and European Commission services, *Position for a UN Convention on countering the use of information and communications technologies for criminal purposes*, 11925/2/21 REV 2, 11 October 2021.

79. A/AC.291/CRP.8, *Proposals on objectives and scope of the Comprehensive International Convention on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes. Note by the Secretariat*, 24 February 2022.

80. A/AC.291/CRP.9, *Chair’s Report of the First Intersessional Consultation of the Ad Hoc Committee*, 20 April 2022, paras. 6, 10 y 13.

81. A./AC.291/CRP.12, *Chair’s Report of the Second Intersessional Consultation of the Ad Hoc Committee*, 6 July 2022, paras. 6, 7 y 14.

82. *Idem*, para. 6.

un panel titulado “*A balancing act: human rights considerations in the drafting of the chapters on general provisions, criminalization and procedural measures and law enforcement of the draft convention on countering the use of information and communications technologies for criminal purposes*”⁸³.

El proceso de elaboración de propuestas para el texto se dividió entre las dos primeras sesiones presenciales, de manera que los Estados pudieran hacer llegar sus propuestas de articulado sobre la base de las guías ofrecidas desde la secretaría del grupo intergubernamental ad hoc. Así, en la primera sesión se compilaron las propuestas sobre tipificación, disposiciones generales, medidas procesales y de aplicación⁸⁴. En la segunda sesión se analizaron las propuestas compiladas sobre cooperación internacional, asistencia técnica, medidas preventivas, mecanismo de implementación, disposiciones finales y preámbulo⁸⁵. En cada uno de los documentos se contiene un número significativo de referencias a los derechos humanos⁸⁶.

Significativamente, la mayor parte de las propuestas que incluyen menciones a la protección de derechos humanos proceden del Reino Unido, de un lado y, de otro, de la Unión Europea y sus Estados miembros (cada uno incluyó la referencia al término “derechos humanos” en 10 de sus propuestas). El resto de referencias, en número decreciente por Estado, procedían de Suiza (en 4 propuestas de artículo), Rusia (en 3 propuestas de artículo, dos de las cuales conjuntamente con Bielorrusia, Burundi, China, Mali, Nicaragua y Tayikistán), Colombia y Sudáfrica (en 2 propuestas cada uno), Canadá, El Salvador, Estados Unidos, Gana, India, Jamaica (en nombre de los Estados de CARICOM), Malasia, Vietnam (en una propuesta de cada uno de los Estados de esta última lista).

Estas indicaciones pretenden, en general, establecer un límite externo a la aplicación de disposiciones concretas de la futura convención. En concreto, el conjunto de referencias se puede dividir en dos grupos: en primer lugar, aquellas incluidas en el apartado de “disposiciones generales”, que desde la propuesta inicial de los trabajos debía incorporar un apartado

83. A/AC.291/CRP.14, *Chair’s Report of the Third Intersessional Consultation of the Ad Hoc Committee*, 18 November 2022, paras. 5-7.

84. A/AC.291/CRP.11, *Compilation of draft provisions submitted by Member States on criminalization, general provisions and procedural measures and law enforcement*, 23 May 2022.

85. A/AC.291/CRP.13, *Compilation of draft provisions submitted by Member States on international cooperation, technical assistance, preventive measures, mechanism of implementation, final provisions and the preamble*, 18 August 2022.

86. En concreto, 27 referencias en las propuestas de la primera sesión (A/AC.291/CRP.11) y 33 referencias en el documento de la segunda sesión (A/AC.291/CRP.13). El número total de propuestas de artículo en las que se incluyen referencias es menor, puesto que en alguna propuesta se incluye varias veces el término de búsqueda (“human rights”).

transversal sobre derechos humanos. En segundo lugar, se han planteado un número significativo de referencias a las obligaciones en materia de derechos humanos en propuestas de artículos específicos del borrador.

En relación con las disposiciones generales, y hasta la fecha son tres las disposiciones relevantes a este efecto. La primera, relativa al ámbito de aplicación, busca definir los fines perseguidos por el tratado, los cuales son básicamente tipificación, medidas procesales (jurisdicción, investigación, etc.) y cooperación internacional. Existen 14 propuestas consolidadas diferentes de redacción para esta disposición, en dos de las cuales la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales es un límite a los propósitos del tratado (UE y sus Estados miembros y Vietnam)⁸⁷, mientras que en una propuesta es un objetivo mismo del tratado “asegurar el equilibrio adecuado entre el interés de la aplicación de la norma y el respeto de los derechos fundamentales (Malasia)⁸⁸.

La segunda disposición interesante es la dedicada específicamente a la protección de derechos humanos. Respecto de ella se formulan tres propuestas (México, Reino Unido y Estados Unidos), en las que se hace una referencia genérica a que la aplicación de las obligaciones del tratado debe realizarse de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos. En el caso de la propuesta de Estados Unidos, se incluye una referencia específica a las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁹. La tercera disposición surge de una propuesta de la Unión Europea y sus Estados miembro sobre los efectos del tratado, bajo la forma de una cláusula de no afectación. Esto es, ninguna disposición de la futura convención podrá afectar o restringir las obligaciones de las partes en relación con el Derecho internacional y, en particular con el derecho de los derechos humanos⁹⁰.

87. En tanto que los objetivos de la misma se definen separadamente y deben alcanzarse asegurando un alto nivel de protección de los derechos humanos (propuesta 1, Unión Europea y sus Estados miembros) o de forma que se respeten los derechos humanos (Propuesta 14, Vietnam), en A/AC.291/CRP.11, III. General Provisions, A. Statement of Purpose.

88. A/AC.291/CRP.11, III. General Provisions, A. Statement of Purpose (Proposal 8, Malasia).

89. A/AC.291/CRP.11, III. General provisions, D. Protection of Human Rights, Proposal 1 (Mexico), Proposal 2 (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) and Proposal 3 (United States of America).

90. A/AC.291/CRP.11, III. General provisions, F. Effects of the Convention, Proposal 1 (European Union and its member States). En el documento de posición negociadora adoptado por la Comisión Europea hay al menos nueve referencias a la necesidad de asegurar el nivel de protección de derechos humanos conforme a estándares internacionales, en EEAS and European Commission services, *Position for a UN Convention on countering the use of information and communications technologies for criminal purposes*, 11925/2/21 REV 2, 11 October 2021.

En segundo lugar, y en relación a las referencias a obligaciones en materia de derechos humanos en propuestas de artículos específicos del borrador, se ha incluido mención expresa en propuestas sobre el Preámbulo, las disposiciones finales y el mecanismo de seguimiento o implementación de la Convención⁹¹. Igualmente hay una referencia respecto de las sanciones y otras medidas que los Estados tendrán obligación de adoptar respecto de los delitos tipificados por la misma⁹². Significativamente, la mayor parte de este grupo de menciones en disposiciones específicas se corresponden con las propuestas relativas a las medidas procesales y de aplicación de las normas (tanto respecto del alcance de la jurisdicción penal de cada Estado, como de otros aspectos cual la preservación de datos, las órdenes de incautación de material digital y/o electrónico, o los medios de investigación especial necesarios en el contexto del ciberdelito o delitos cometidos mediante TICs), de un lado⁹³, y de otro, en relación a las obligaciones de cooperación internacional (como por ejemplo, la asistencia mutua o la extradición) y la adopción de medidas cautelares o provisionales (en particular en relación a las obligaciones de los proveedores TICs privados y los códigos de conducta)⁹⁴.

En su conjunto, la mayoría amplia de las propuestas relativas a las normas del Derecho internacional de los derechos humanos son referencias genéricas. En dos cuestiones temáticas del proyecto, algunos Estados han incluido normas concretas de protección de derechos humanos como estándar mínimo que debe ser respetado y que, por tanto, limita y condiciona los derechos y obligaciones establecidos en la Convención, supeditándolos al respeto de las normas referidas en las propuestas. A veces, se cierran tales enumeraciones concretas de tratados e instrumentos de protección de derechos humanos con una referencia general a “otros instrumentos de derechos humanos”.

En concreto, y en relación a las medidas de salvaguarda en cuestiones procesales⁹⁵ y de cooperación internacional⁹⁶, la lista de instrumentos

91. Todas ellas en A/AC.291/CRP.13.

92. A/AC.291/CRP.11, II. Criminalization, UU. Sanctions and other measures, Proposal 3 Prosecution, adjudication and sanctions, para. 3, by the European Union and its Member States.

93. A/AC.291/CRP.11.

94. A/AC.291/CRP.13.

95. A/AC.291/CRP.11, IV. Procedural Measures and Law Enforcement. C. Conditions and Safeguards, Proposal 1 (Brasil; Colombia; Gana; Jamaica en nombre de CARICOM; Federación Rusa en nombre también de Bielorrusia, Burundi, China, Nicaragua y Tayikistán; Reino Unido y la Unión Europea y sus Estados miembros), y Proposal 2 (Canadá).

96. A/AC.291/CRP.13, II. International Cooperation. B. Conditions and Safeguards. Proposal I (European Union and its Member States). En cambio, la Propuesta 2 (Reino Unido) solo hace referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, de 1966.

específicos de protección de derechos humanos/fundamentales citados en las distintas propuestas incluye el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950; la Carta de Derechos Humanos (término utilizado para describir el conjunto integrado por la Declaración de Derechos Humanos, de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966); la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, de 1984; la Convención de Derechos del Niño, de 1989 y el Protocolo facultativo de la Convención de Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000.

En sentido análogo, la propuesta de Preámbulo formulada por la Unión Europea y sus Estados miembros incluye también una referencia al anterior listado de instrumentos. En este caso, sin embargo, la cláusula de cierre es muy amplia, haciendo referencia de manera muy específica a la libertad de expresión:

*other applicable international and regional human rights instruments that reaffirm the right of everyone to hold opinions without interference, as well as the right to freedom of expression, including the freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, and the rights concerning the respect for privacy and the protection of personal data*⁹⁷.

En relación con la extradición, las propuestas hacen referencia exclusivamente a las garantías del debido proceso que deben acompañar todo proceso de extradición, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966⁹⁸.

Sin embargo, todas estas cláusulas relativas a la protección internacional de derechos humanos como límite de las normas contenidas en el proyecto generan una indeterminación no resuelta: el umbral de protección aplicable.

1.2. Niveles de protección de derechos humanos y soberanía del Estado en el ciberespacio: la (in)determinación del lugar de comisión

Las referencias genéricas al “Derecho internacional de los derechos humanos” o, más vagamente aún, a la “protección de los derechos

97. *Idem*, VII. Preamble. Proposal 2 (European Union and its Member States).

98. *Idem*, II. International Cooperation. E. Extradition. Proposal 5 (Federación rusa en nombre también de Bielorrusia, Burundi, China, Mali, Nicaragua y Tayikistán).

humanos”, plantean el difícil problema de cuál es la norma y el estándar o nivel de protección aplicable. Aunque podemos reconocer la existencia de algunas normas consuetudinarias de derechos humanos, la mayor parte las normas específicas de protección de derechos humanos se encuentran detalladas en tratados internacionales. Los tratados internacionales sólo obligan a aquellos Estados que los han ratificado, siendo la situación respecto de los textos de derechos humanos dispar. En concreto, ello es especialmente relevante dado que no todos los tratados específicos de derechos humanos incluyen directamente o a través de protocolos facultativos un modelo de aplicación (para)jurisdiccional, a través de mecanismos que permitan la presentación de demandas o quejas individuales de violación. Por tanto, ni el estándar de derechos humanos ni la interpretación de los mismos resulta homogénea a nivel internacional (consecuencia del relativismo del Derecho internacional), lo que puede comportar un área gris de extraordinaria relevancia en un proyecto de convención que parece aspirar a la armonización normativa en materia penal.

Por otra parte, si la propuesta final que se someta a la firma de los Estados contiene referencias a instrumentos específicos de protección de derechos humanos, algunos de los cuales protegen de manera específica la libertad de expresión, habrá de determinarse si se establece una remisión al cumplimiento de los estándares y contenidos de tales tratados con independencia de que los Estados hayan ratificado los mismos, o prevalecen las cláusulas relativas a la protección de la soberanía, incluidas en el proyecto⁹⁹. Estas cláusulas, pensadas para impedir que un Estado ejerza su jurisdicción en el territorio de otro Estado o, de cualquier otra manera, vulnere el principio de no intervención en los asuntos internos, podrían invocarse para enervar la aplicación de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos respecto de los que un Estado concreto no haya prestado su consentimiento.

Ello implicaría que no todos los Estados que eventualmente lleguen a firmar la Convención sobre cibercriminalidad, una vez concluida, aplicarán con el mismo contenido y alcance las garantías derivadas de la protección internacional de los derechos humanos, y, por tanto, el respeto de la libertad de expresión y los límites requeridos en su criminalización o restricción de ciertos discursos, en concreto de opinión, mediante el Derecho penal.

99. A/AC.291/CRP.11, III. General Provisions. E. Protection of Sovereignty, Proposal 1 (Egipto), Proposal 2 (Gana, Jamaica en nombre de CARICOM, Malasia, Sud África, Estados Unidos y Vietnam), y Proposal 3 (Federación rusa en nombre también de Bielorrusia, Burundi, China, Nicaragua y Tayikistán).

La relevancia de este punto es manifiesta en relación a las garantías de la libertad de expresión y la criminalización y persecución de los delitos de opinión, entre los que se encuentran los discursos de odio, pero también manifestaciones artísticas que pueden incidir en la libertad religiosa, en la protección de la “moralidad” o la infancia frente a conductas que puedan llegar a ser consideradas incitación o apología de la pornografía o el tráfico de seres humanos, por ejemplo. A la par, la manera de interpretar los límites a la libertad de expresión y a su criminalización en el marco de los distintos instrumentos de derechos humanos no es homogénea, y depende de una diversidad de factores regionales y sociológicos.

En el proyecto de Convención avalado en 2000 por The Hoover Institution, The Consortium for Research on Information Security and Policy (CRISP), The Center for International Security and Cooperation (CISAC) y Stanford University se resolvía esta cuestión con una cláusula de remisión al nivel de protección nacional¹⁰⁰. Ello, sin duda, supone una quiebra del esfuerzo de armonización de un proyecto de convención como este supone. Sin duda, el nivel de protección de la libertad de expresión en el contexto de los delitos de opinión es muy diferente en Rusia, Estados Unidos, Arabia Saudí o los países de la Unión Europea. Una cláusula con remisión a la protección nacional haría el juego a las políticas de aquellos Estados que, tras la adopción de una Convención de lucha contra la cibercriminalidad, persiguen legitimar la censura y el control de los canales y medios de expresión de base o por medios tecnológicos¹⁰¹.

De manera similar, la Convención del CdE sobre cibercriminalidad, de 2001, incluye en su artículo 15 “condiciones y salvaguardas”, el cual remite a las establecidas en Derecho interno. No obstante, el citado artículo se refiere expresamente a la necesidad de que las normas internas

100. Puede verse la redacción de la propuesta: “Article 13. Protection of Privacy and Other Human Rights 1. This Convention shall not be construed to require an infringement of the privacy or other human rights of any person as defined by the laws of the State Party requested to perform any duty agreed to under this Convention. 2. As part of the obligation to establish systematic monitoring of implementation of this Convention under Article 14, a permanent subcommittee of experts shall be established by the Council to evaluate and comment upon the manner in which the Convention is being implemented with regard to the protection of privacy and other human rights, and to recommend appropriate measures to the Council and Assembly for the purpose of protecting such rights”. Igualmente, pueden verse las referencias explicativas en p. 8 y 21 del documento, SOFAER & GOODMAN, *op. cit.*

101. El control de contenidos en internet es una constante en todos los Estados, difieren los medios (estatales o desconcentrados en las empresas proveedoras), y el equilibrio que se establece entre libertad de expresión y control de contenidos: TERUEL LOZANO, Germán M., “Libertad de expresión y censura en internet”, *Estudios de Deusto*, 2014, pp. 41-72.

cumplan con las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 1950, y a las derivadas del PIDCP, de 1966, ambos textos obligatorios para los Estados miembros del CdE. Nada se dice, sin embargo, respecto de cómo se adapta este marco de referencia en derechos humanos a los Estados parte en la convención por invitación, quienes no pueden ser parte en el CEDH dado que no son miembros del CdE. En todo caso, el citado artículo 15 subraya la necesidad de sujeción al principio de proporcionalidad y de supervisión judicial o, al menos, independiente de las medidas adoptadas en el marco de la Convención.

En cambio, la indeterminación de las propuestas presentadas en el marco del proyecto de convención universal respecto del estándar de derechos humanos aplicable es de relevancia esencial dadas las tensiones políticas subyacentes al proyecto y el riesgo de que la futura convención sea utilizada para limitar la libertad de expresión, contribuyendo a arbitrar nuevas vías de censura o castigo de la disidencia política. De ahí la relevancia de la propuesta de la Unión Europea para el texto preambular antes indicado.

La cuestión no resuelta es si las obligaciones de derechos humanos aplicables son las asumidas por cada Estado parte o se crea un estándar general para todos los Estados parte en la futura Convención, con independencia de los tratados de derechos humanos que cada uno haya aceptado. Esto último es difícil de concebir, a pesar de lo cual es una de las propuestas formuladas en el panel dedicado a la protección de los derechos humanos en la redacción de la convención durante la tercera consulta inter-sesiones¹⁰².

La alternativa, el umbral nacional de protección, requiere de la previa determinación de la jurisdicción competente en un caso concreto para la investigación y el procesamiento, junto a aquellas respecto de las que se solicite alguna forma de cooperación procesal conforme al proyecto de tratado. Esa determinación del Estado con jurisdicción nos permitirá singularizar el volumen de obligaciones relativas a la protección de derechos humanos y, en concreto, a la libertad de expresión en el contexto de esta investigación, siempre que se considera que la inclusión de referencias a textos internacionales de derechos humanos no tiene por efecto extender su ámbito de aplicación subjetivo a Estados no parte en cada uno de los tratados referidos.

Desde la perspectiva de la jurisdicción competente en relación con los delitos que el proyecto examina la generalidad de las propuestas adoptan

102. A/AC.291/CRP.14, *Chair's Report of the Third Intersessional Consultation of the Ad Hoc Committee*, 18 November 2022, paras. 6-7.

una visión tradicional basada en los principios de territorialidad y nacionalidad activa y pasiva y protección del interés nacional en relación a la comisión del delito. Además, todas las propuestas incluyen la posibilidad de que un Estado establezca su jurisdicción sobre el delito en aquellos casos en los que el presunto autor esté en el territorio del mismo, sin excluir otros criterios de atribución de jurisdicción (sea administrativa o penal) que puedan estar regulados por normas internas, en una clara alusión al posible establecimiento de jurisdicción penal universal¹⁰³. En este sentido, el conjunto de propuestas para la futura Convención sigue la línea de la Convención de 2001 y de la propuesta americana de 2000.

En todo caso, la mayoría de las propuestas dan prioridad a los principios de jurisdicción territorial y de personalidad activa y pasiva, dado que sólo en caso de concurrencia de varios Estados sobre tales bases se establece una obligación de consultas para coordinar sus actuaciones y no en el supuesto de una jurisdicción sobre otras bases de jurisdicción definidas por el derecho nacional (como la jurisdicción universal, que queda así preterida de una posible concurrencia)¹⁰⁴. Las propuestas de Tanzania y Vietnam no contienen disposición alguna sobre el ejercicio concurrente de su jurisdicción por varios Estados sobre los mismos hechos.

Sin embargo, el proyecto no define el concepto de espacio o lugar de comisión, como ya ocurría en los textos previos de 2000 y 2001. Al pretender regular la cibercriminalidad, surge la duda de qué espacio es el ciberespacio, cuestión aún indefinida tras dos largas décadas desde que se adoptó la Convención de Budapest (2001). Esta primera convención seguía un patrón tradicional de jurisdicción, sin afrontar las particularidades del ciberespacio. El nuevo proyecto parece que tampoco dará respuesta a cuestiones tales cuales: ¿Cómo se determina cuándo estamos ante un ejercicio de jurisdicción territorial? ¿El lugar de comisión de un ciberdelito se identifica con el lugar físico en el que se encuentra el equipo digital o cibernético utilizado? ¿Depende del dominio utilizado? ¿Es el lugar donde los datos se almacenan? ¿Es el lugar desde el que los datos se transmiten o el lugar en el que los datos se reciben? ¿Cuándo los datos pasan por diversos servidores, hay diversos lugares de “comisión”

103. A/AC.291/CRP.11, IV. Procedural measures and law enforcement. Estos criterios se incluyen en todas las propuestas: Proposal 1 (Brasil, Colombia y Gana); Proposal 2 (Canadá); Proposal 3 (El Salvador); Proposal 4 (Unión Europea y sus Estados miembros); Proposal 5 (India); Proposal 6 (Malasia); Proposal 7 (Federación rusa, por cuenta además de Bielorrusia, Burundi, China, Nicaragua y Tayikistán); Proposal 8 (Sud África y Estados Unidos de América); Proposal 9 (Suiza); Proposal 10 (Tanzania); Proposal 11 (Vietnam).

104. En concreto, la excepción es la propuesta de Suiza (Proposal 9), que sitúa todos los criterios de atribución de jurisdicción en el mismo plano.

posibles? ¿Es relevante el lugar donde se encuentre la sede del proveedor del servicio? ¿Tiene relevancia la específica plataforma de servicios de internet utilizada para determinar el lugar de comisión?¹⁰⁵

Ello ha llevado a la doctrina a discutir sobre la existencia de paraísos digitales, de un lado, permitiendo, de otro, un cierto *forum shopping* como herramienta de defensa frente a ejercicios exorbitantes de jurisdicción¹⁰⁶.

Tan sólo se ha presentado una propuesta de enfoque novedoso en relación con el concepto de jurisdicción específicamente aplicado a las TICs, y, por ende, a la cibercriminalidad. La India propone lo que denomina *data oriented jurisdiction*, como una extensión o confirmación de la jurisdicción que deriva del vínculo de la nacionalidad. Conforme a su propuesta:

La jurisdicción en base a datos (*data oriented jurisdiction*) significa que el país de la nacionalidad del titular de datos almacenados, procesados, examinados o utilizados en cualquier lugar del mundo detendrá la jurisdicción más amplia sobre tales datos, con independencia del lugar donde los datos estén físicamente almacenados, procesados, examinados o utilizados. Esta jurisdicción en base a datos asegurará el carácter primordial de la propiedad sobre

105. La bibliografía que plantea las dificultades de o cuestiona la aplicación de los principios de territorialidad y personalidad tradicionales es variada, afectando obviamente a la determinación de la competencia judicial. Se citan a modo de ejemplo una muestra: BRENNER, Susan W. & KOOPS, Bert-Jaaps, "Approaches to Cybercrime Jurisdiction", *Journal of High Technology Law*, 2004, pp. 1-46; BRENNER, Susan W., "Cybercrime jurisdiction", *Crime Law Society Change*, 46, 2006, pp. 189-206; <https://doi.org/10.1007/s10611-007-9063-7>; CÁRDENAS, Claudia, "El lugar de comisión de los denominados cibercrimes", *Política criminal*, n.º 6, 2008, pp. 1-14; SOLER PEDROZA, Israel y JIMÉNEZ BENÍTEZ, William Guillermo, "¿Cómo establecer la jurisdicción y competencia en casos de internet? Tendencias internacionales y nacionales", *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, n.º 41, 2014, pp. 15-32; AMBOS, Kai, "Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio", *InDret* 2, 2015; XIAOBING LI & YONGFENG QIN, "Research on Criminal Jurisdiction of Computer cybercrime", *Procedia Computer Science*, 2018, pp. 793-799; MAILLART, JB, "The limits of subjective territorial jurisdiction in the context of cybercrime", *ERA Forum* 19, 2019, pp. 375-390, <https://doi.org/10.1007/s12027-018-0527-2>; FLORES PRADA, Ignacio, "Bases para la regulación de la competencia judicial en un futuro tratado internacional sobre cibercriminalidad", en GALÁN MUÑOZ, Alfonso y MENDOZA CALDERÓN, Silvia (dirs.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 375-412; PEREIRA i PUIGVERT, Silvia, "Determinación de la jurisdicción y competencia para la persecución penal del cibercrime", en FERNÁNDEZ-PACHECO ALÍSES, Gloria y LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, José Luis (dirs.), *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de Derecho Público y criminología*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 337-358.

106. Vid. TERUEL LOZANO, Germán M., "Libertad de expresión y censura en internet", *Estudios de Deusto*, 2014, pp. 51-54, la casuística por él citada y las referencias bibliográficas.

los datos, la privacidad (como derecho fundamental reconocido de todo ciudadano) y los derechos humanos¹⁰⁷.

Ello permite que India incluya, junto a los criterios básicos de jurisdicción territorial (territorio del Estado, sus barcos y aeronaves) y personal (nacionalidad de la víctima o del presunto autor), una extensión de la competencia de cada Estado para establecer su jurisdicción sobre los delitos en los que de alguna manera se utilicen o impliquen los datos de alguno de sus nacionales, con independencia del lugar de almacenamiento físico, procesamiento, monitorización o utilización de los datos¹⁰⁸. De forma paralela, la propuesta india es la única que incluye la posibilidad de que los Estados se atribuyan jurisdicción cuando el delito tenga como objetivo recursos electrónicos situados en su territorio, con independencia del lugar de origen del ataque o lugar de comisión¹⁰⁹.

La diferente respuesta a esta cuestión nuclear determina la posible aplicación de diferentes ordenamientos nacionales, foros jurisdiccionales y, por ende, de sistemas y niveles de protección de derechos humanos y de la libertad de expresión, en concreto. Aunque no existe una definición del lugar de comisión de manera general en el proyecto, la definición de la “jurisdicción territorial” puede estar en función de la tipificación específica de cada una de las propuestas delictivas incluidas en el proyecto. Abordamos ahora aquellas que pueden incidir más claramente en el binomio libertad de expresión-delitos de opinión.

2. LOS DELITOS DE OPINIÓN EN EL CIBERESPACIO: CIBERCRÍMENES, CRIMINALIZACIÓN DEL MEDIO Y CONTRIBUCIÓN AL CIBERCRIMEN

La libertad de expresión y la criminalización de la opinión no es el objeto específico de la regulación propuesta. No obstante, la tipología de delitos incluidos en el proyecto puede clasificarse en dos grandes grupos: los delitos propiamente cibernéticos, esto es, en los que el bien jurídico protegido son estructuras e infraestructuras tecnológicas (*computer related offences*); y los delitos cometidos a través de medios cibernéticos (*content related offences*). Analizaremos cada uno de estos grupos para determinar en qué medida las tipificaciones incluyen las expresiones de opinión

107. A/AC.291/CRP.11, IV. *Procedural measures and law enforcement, Proposal 5: definición de Data oriented jurisdiction.*

108. *Idem*, Proposal 5, párrafo 2 (f).

109. *Idem*, Proposal 5, párrafo 2 (e).

como parte del tipo delictivo (3.2.1). Sin embargo, y con independencia de los elementos del tipo, el proyecto de convención configura también entre las formas de autoría y participación el auxilio y la inducción (*aiding and abetting*), figuras bajo la cual pueden configurarse sanciones penales para expresiones de opinión incluso en aquellos tipos penales cuyos elementos no incluyen las mismas (3.2.2).

2.1. Delitos cibernéticos v. delitos cometidos con medios cibernéticos

No hay consenso ni definición sobre qué es un cibercrimen o la cibercriminalidad. Si originalmente podemos pensar en “crímenes cometidos en el ciberespacio”, este como tal no existe, no es una alternativa a la territorialidad tradicional que permite articular la jurisdicción del Estado, como ya hemos comentado. Por ello, hoy día se distingue en realidad entre actividades delictivas cometidas contra instalaciones, servicios y sistemas de información y datos (delitos cibernéticos) y, en paralelo, delitos contra otros bienes jurídicos (no bienes cibernéticos o tecnológicos) cometidos mediante o con el auxilio de TICs (delitos cometidos con medios cibernéticos o *content related offences*)¹¹⁰.

La compilación de propuestas examinada en la segunda sesión del Comité ad hoc para la futura convención integral incluye una muy extensa lista de tipos delictivos, que suman hasta 43 categorías diferentes¹¹¹. Debe tenerse en cuenta que esta compilación resulta de la integración de numerosas propuestas estatales, agrupadas de la forma más racional por la Presidencia del Comité ad hoc. No obstante, pueden encontrarse categorías que se recubren parcialmente. Aunque se presentan en una lista sin clasificación ni ordenación específica aparente, esta incluye ambos grupos diferenciados de tipos delictivos, en contraste con el alcance más restringido de la Convención de Budapest.

En el nuevo proyecto integral, el primer grupo (delitos contra bienes cibernéticos) comprendería las propuestas numeradas con las letras B a M, incluidas. En ellas, la tipificación tiene por finalidad proteger el correcto uso de las tecnologías e infraestructuras de comunicación y tecnología.

110. VOGEL, *op. cit.* Con un enfoque amplio, que incluye delitos cometidos por medios cibernéticos (*content related offences*): SANZ DELGADO, Enrique y FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (coords.), *Tratado de Delincuencia Cibernética*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

111. A/AC.291/CRP.11. II. Criminalization, con la exclusión de los apartados dedicados a las disposiciones generales (bajo la letra A), la responsabilidad de las personas jurídicas (SS), las formas de comisión y autoría (TT), y las penas y otras medidas (UU).

Entre este tipo de tipos delictivos es difícil encontrar manifestaciones de sanción penal del ejercicio de la libertad de expresión.

Así, se proponen tipos penales sobre el acceso ilegal o no autorizado a equipos o datos (B); injerencia en datos o información digital (C); injerencia en ordenadores, sistemas, redes, redes de telecomunicación o aparatos electrónicos (D); obstrucción de ordenadores, programas y datos (E); ruptura de redes y tecnologías de información y comunicación (F); ataques al diseño o estructura de sitios de internet (G); accesos no autorizados a o interferencias en infraestructuras de información críticas (H); interceptación ilegal o no autorizada (I); receptación de recursos informático o tecnologías de comunicación (J); delitos relacionados con la identidad (K); uso ilícito o facilitación del uso ilegal de TICs (L), y mal uso de aparatos o creación utilización y distribución de software malicioso (M).

El segundo grupo incluye una lista de treinta tipos delictivos (el último una categoría residual y abierta) que protegen una diversidad de bienes jurídicos y que comparten en este caso el medio o modo de comisión, en el cual es determinante el recurso a TICs o ciber tecnologías.

En concreto, se propone la tipificación del abuso sexual de menores on-line (N); la extorsión sexual (O); la diseminación de imágenes sexuales no consentida o porno vengativo (P); delitos relativos a la pornografía (Q); infracción de los derechos de propiedad intelectual y análogos a través de TICs (R); falsificación mediante TICs (S); creación y uso de información digital para engañar al usuario (T); violación de la privacidad (U); robo a través de TICs (V); fraude relativo a TICs como apropiación de identidad, alteración de datos, interferencia en el funcionamiento de sistemas ... (W); uso ilícito de medios de pago electrónicos (X); amenazas y chantaje (Y); aliento o coerción al suicidio (Z); implicación de menores en la comisión de actos ilícitos (AA); incitación a acciones subversivas o armadas (BB); delitos relativos a terrorismo (CC); delitos relacionados con el extremismo (DD); delitos relativos a la discriminación, el racismo o la xenofobia (EE); envío de mensajes ofensivo a través de servicios de comunicación (FF); delitos relativos a la distribución de drogas y otras sustancias narcóticas y psicotrópicas (GG); delitos relativos al tráfico de armas (HH); apología del nazismo, justificación del genocidio o de crímenes contra la paz y la humanidad (II); distribución ilegal de medicinas y productos médicos falsificados (JJ); uso de las TICs para la comisión de actos considerados delitos conforme al Derecho internacional (KK); delitos relativos al terrorismo, fabricación de armas tráfico de personas o de drogas (LL); delitos relativos a delincuencia organizada transnacional cometidos mediante TICs (MM); asociación criminal basada o mediante ordenadores (NN); lavado de dinero (OO); fallo en la protección de datos (QQ); otros actos ilegales (RR).

No vamos a valorar en este trabajo cada uno de los tipos propuestos, la posible redundancia entre ellos y, especialmente, con la tipificación existente a nivel nacional en el caso español. Tampoco vamos a valorar si, para el objetivo perseguido por la Convención, bastaría una reforma que introdujera una agravante específica relativa al uso de medios tecnológicos o la comisión de los mismos en el ciberespacio (lo cual requeriría previamente la definición de este). Pretendemos tan sólo subrayar cuáles de las propuestas presentadas inciden directamente en el binomio libertad de expresión – delitos de opinión al tipificar acciones que se llevan a cabo mediante el ejercicio de la libertad de expresión, que incluye no sólo la opinión vertida mediante la palabra sin o también mediante la imagen gráfica, artística, musical, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros.

Algunas conductas tipificadas incluyen la difusión o publicación como parte del tipo delictivo, por lo que podrían afectar al alcance de la libertad de expresión, y por tanto eventualmente configurar un delito de opinión. Tal es la situación en relación con el abuso sexual infantil on line (N), la extorsión sexual, que puede cometerse mediante amenazas de difusión mediante correo, texto y otros varios medios digitales (O), la publicación y transmisión de pornografía (Q), o la infracción de los derechos de propiedad intelectual y análogos a través de TICs (R).

Por otra parte, sin estar expresamente en la definición del tipo, pueden incidir en el binomio libertad de expresión-delito de opinión otras tipificaciones propuestas como la creación y uso de información digital para engañar al usuario (T); la violación de la privacidad (U); el fraude relativo a TICs como el chantaje o la publicación de rumores¹¹² (W); las amenazas y el chantaje (Y); el aliento o coerción al suicidio (Z); la implicación de menores en la comisión de actos ilícitos (AA); la incitación a acciones subversivas o armadas (BB); los delitos relativos a terrorismo (CC); los delitos relacionados con el extremismo (DD); los delitos relativos a la discriminación, el racismo o la xenofobia (EE); el envío de mensajes ofensivo a través de servicios de comunicación (FF); la apología del nazismo, la justificación del genocidio o de crímenes contra la paz y la humanidad (II) y el fallo en la protección de datos (QQ).

Ya se han avanzado algunas críticas a la tipología incluida, no siendo pacífica la inclusión en el proyecto de Convención de tipos delictivos sustantivos, respecto de los que la tecnología es un mero medio de comisión (*content-related crimes*). Desde esta perspectiva, apoyada por ciertas

112. Presente en concreto en la propuesta 2 presentada por Burundi, como apartado 7 de su elaboración del tipo delictivo.

organizaciones de defensa de derechos humanos y en especial, con una concepción amplia de la libertad de expresión, el proyecto debería centrarse tan sólo en la primera categoría de delitos expuesta, delitos contra bienes y valores cibernéticos¹¹³. La UE coincide en esta posición crítica, aunque admitiría de manera matizada algunos tipos penales sustantivos, cometidos por medios tecnológicos cuando se trate de tipos delictivos ampliamente admitidos y para los cuales el uso de la tecnología cambie significativamente las características o impacto de los delitos, como en los casos de abuso y explotación infantil, fraude y falsificación informáticos y delitos relativos a la propiedad intelectual¹¹⁴. El Convenio de Budapest, de 2001, sólo incluía como tipos delictivos específicos (*content related offences*), el relativo a la pornografía infantil y el relativo a la infracción de derechos de propiedad intelectual. En relación con el discurso de odio y su represión penal, se dejó fuera expresamente para facilitar la ratificación de este tratado por Estados Unidos. Su posición tradicionalmente libertaria en la interpretación de la primera enmienda de su Constitución¹¹⁵ hacía difícil la aceptación del tratado si incluía la tipificación penal de delitos relativos al odio, xenofobia y racismo. Por ello se optó por dejar esta tipificación

113. ARTICLE 19, *ARTICLE 19's Recommendations for the UN Cybercrime Convention*, en <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2022/02/A19-Recommendations-for-the-UN-Cybercrime-Convention.pdf>, Recommendation 1 (Scope of the Convention should be narrow and cybercrime must not be used as a pretext to prosecute content-based offences), 2 (Criminal sanctions in cyberspace must be strictly limited in number, scale, and scope) y 3 A public interest defence must be provided to ensure the protection of legitimate expressive activities), p. 3.

114. "In general, such provisions should relate to high-tech crimes and cyber-dependent crime, such as illegally gaining access to, intercepting or interfering with computer data and systems. The criminalisation of other types of behaviour that may be conducted by means of ICTs, so-called cyber-enabled crimes, could be accepted, but only if limited to certain narrowly defined and universally recognised relevant offences, where the involvement of information systems substantively changes the characteristics or impact of the offence, such as child sexual abuse and exploitation, computer-related fraud and computer-related forgery, and offences related to infringements of copyright and related rights", en EEAS and European Commission services, *Position for a UN Convention on countering the use of information and communications technologies for criminal purposes*, 11925/2/21 REV 2, 11 October 2021, p. 7.

115. Escrito con carácter previo a la ratificación de la Convención de Budapest, realizada por Estados Unidos en 2006 y en vigor para este país desde el 1 de enero de 2007: NEMES, Irene, "Regulating Hate Speech in Cyberspace: Issues of Desirability and Efficacy", *Information and Communication Technology Law*, 2002, pp. 193-220. Una comparación entre la regulación aplicable en Europa y en Estados Unidos en ese período previo a la ratificación por Estados Unidos, VAN BLARCUM, Christopher D, "Internet Hate Speech: The European Framework and the Emerging American Haven", *Washington and Lee Law Review*, vol. 62, issue 2, 2005, pp. 781-830; BANKS, James, "Regulating hate speech online", *International Review of Law, Computers and Technology*, 2010, vol. 24, pp. 233-239.

para un protocolo adicional y separado¹¹⁶. Esta experiencia previa lleva a plantear la viabilidad de un proyecto tan ambicioso como el actualmente en discusión, en relación con la tipificación de delitos cometidos por medios tecnológicos.

Igualmente, se ha subrayado la ausencia de referencia en muchos tipos delictivos a la intención o dolo, dado que muchas definiciones se centran en el uso de tecnología como medio de comisión exclusivamente¹¹⁷. Igualmente se ha criticado la extensión de la responsabilidad a los proveedores de servicios¹¹⁸ y el riesgo de castigar la anonimización y encriptamiento, por cuanto que puede afectar al ejercicio profesional de los periodistas en contextos represivos y a la libertad de expresión¹¹⁹.

A estas críticas debe añadirse que la configuración de formas de ejercicio de la libertad de opinión como tipos delictivos específicos en este proyecto de Convención ahonda en el problema de la duplicación de formas de persecución o sanción de la libertad de expresión desde el derecho penal. Tales tipos específicos que incluyen en su definición la incitación y/o la apología pueden resultar redundantes con la configuración de la incitación como forma de participación en el delito por el propio proyecto.

2.2. La incitación a la comisión de delitos (por medios) cibernéticos (*aiding and abetting*)

El proyecto aborda las figuras denominadas en inglés *aiding*, *abetting* y *attempt* en el mismo capítulo dedicado a la tipificación¹²⁰. Estas figuras responden a la tentativa (*attempt*) como grado de comisión del delito, de un lado, y la complicidad (*aiding*) y la inducción (*abetting*) como grados de participación, de otro lado.

116. VAN BLARCUM, C. D., *op. cit.*, 791.

117. ARTICLE 19, *ARTICLE 19's Recommendations for the UN Cybercrime Convention*, en <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2022/02/A19-Recommendations-for-the-UN-Cybercrime-Convention.pdf>, Recommendation 5 (Cybercrime offences must hinge on state of mind, rather than the specific technologies used), p. 4.

118. ARTICLE 19, Recommendation 7 (Information and communication technology providers must not be forced to become extensions of public authorities), p. 5

119. ARTICLE 19, Recommendation 6 (The use of encryption and anonymity must not be criminalised), p. 5.

120. A/AC.291/CRP.11. II. Criminalization. TT. Aiding, abetting, attempt, en el que se incluyen siete propuestas diferentes, respectivamente de Brasil, Suiza y Reino Unido (Propuesta 1); Canadá (Propuesta 2); Egipto (Propuesta 3); El Salvador (Propuesta 4); Propuesta 5 (sin autoría especificada); Jamaica, en nombre propio y del CARICOM, Malasia, Nueva Zelanda y los Estados Unidos (Propuesta 6); Rusia, en nombre propio y de Bielorrusia, Burundi, Nicaragua y China (Propuesta 7).

En concreto, y para lo que interesa al equilibrio entre la libertad de expresión y la sanción penal del ejercicio de la misma por la expresión de opiniones, todos los delitos incluidos en el proyecto de tratado pueden dar lugar a la sanción penal del discurso de opinión, cuando el contenido de las declaraciones constituya una forma de inducción o complicidad (*aiding an abetting*) en la tentativa o comisión del delito por otros.

Ello provoca la duplicidad de vías penales por las que se sanciona el discurso de opinión: como forma de participación y como tipo específico en aquellos casos en los que un delito incluye en su tipificación directamente la incitación, la apología o la provocación, como es el caso de los delitos de odio o el delito de apología del terrorismo.

Quizás con ello este proyecto está ahondando en una situación problemática que tiende a reforzar la conciencia social respecto de la penalización de la libertad de expresión, pues puede llevar más allá de lo que instancias judiciales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos califican como supuestos legítimos de intervención penal sobre la libertad de expresión. Este Tribunal se centra de manera muy específica en aquellos casos en los que el discurso suscite o incite a la violencia. Y esa incitación debe tener perfiles muy concretos de verosimilitud, en función de los medios y el caso¹²¹.

Para evitar esta tendencia creciente a la criminalización de la opinión, consideramos que el proyecto de convención integral debiera quizás ahondar en la cuestión de cómo el uso de las TICs y la comisión cibernética generan un mayor (o no) desvalor del discurso, justificando así su tipificación diferenciada o su tratamiento como forma de participación. Debe tenerse en cuenta el papel, por ejemplo, de las redes sociales, que operan como multiplicadoras del discurso y catalizadoras de las actitudes, bajo el pseudo-anonimato, frente a la necesidad en ciertos contextos políticos y sociales de proteger la labor de los periodistas y garantizar así la pluralidad informativa en una sociedad democrática. Y en este contexto, son relevantes tanto las disposiciones de tipificación y participación como las incluidas en el proyecto sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, en relación con la responsabilidad de los prestatarios de servicios TICs.

En el apartado anterior nos preguntábamos si el lugar donde se encuentre la sede del proveedor del servicio TIC es relevante a efectos de

121. TERUEL LOZANO, Germán M., "Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2018, pp. 34 páginas; *Idem*, "Una lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión de mensajes terroristas en internet", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 34, 2020.

determinar la jurisdicción aplicable y, por tanto, el nivel y vías de protección de la libertad de expresión. Desde la perspectiva de este apartado es necesario preguntarse si el proveedor es agente necesario para la comisión cibernética del delito. Y en tal sentido bajo qué parámetros queda, entonces, comprometida la responsabilidad del proveedor del servicio cibernético¹²².

En relación a la cuestión de la responsabilidad de personas jurídicas, las propuestas presentadas dejan un amplio margen de regulación al Estado para que dicha responsabilidad pueda ser civil, administrativa o penal (como ocurre ya en la Convención de Budapest de 2001). Sólo la propuesta planteada por Egipto contempla exclusivamente la responsabilidad penal como obligación derivada de la futura Convención¹²³. En todo caso, sea penal o de otra naturaleza la responsabilidad de la persona jurídica, la misma no exime o excluye la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan actuado.

Algunas propuestas prevén incluso la responsabilidad de las personas jurídicas (empresas proveedoras de servicios de internet, plataformas y redes sociales) por falta de vigilancia¹²⁴, aunque no hacen mención a esta posibilidad las propuestas de Canadá (Propuesta 3), Nueva Zelanda, Malasia y Estados Unidos (Propuesta 7) y la Unión Europea y sus Estados miembros (Propuesta 6). Este último caso resulta extraño, por cuanto que el artículo 12.2 de la Convención de Budapest (2001) incluye esta forma de responsabilidad corporativa¹²⁵.

122. A/AC.291/CRP.11. II. Criminalization. SS. Liability of legal persons.

123. *Idem*, Proposal 4.

124. *Idem*, Proposal 1, Federación rusa; Proposal 2, Burundi; Proposal 5, El Salvador. El modelo de responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios es objeto de análisis en abundante bibliografía, señalando de un lado la estrategia (por ejemplo, en la Unión Europea) de transferencia de control sobre contenidos de los discursos hacia estas empresas, de otro lado, los desarrollos necesarios de la responsabilidad empresarial en relación con derechos humanos: LORETTI, Damián M., "La regulación de las redes y plataformas digitales: el regreso a los principios de derechos humanos: obligaciones de los actores no estatales", pp. 215-234, y LÓPEZ CEPEDA, Ana María, "El nuevo marco regulador de las redes sociales en la Unión Europea: problemáticas y políticas de actuación", pp. 259-277 en MARTÍN HERRRERA, David, *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Aranzadi, 2021.

125. "In addition to the cases already provided for in paragraph 1 of this article, each Party shall take the measures necessary to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of a criminal offence established in accordance with this Convention for the benefit of that legal person by a natural person acting under its authority".

No obstante, no puede concluir este apartado sin una necesaria reflexión, en relación con las empresas proveedoras y su eventual responsabilidad, alertando del círculo vicioso que supone desconcentrar en ellas el control de contenidos mediante un modelo de regulación suave (los llamados Códigos de Conductas)¹²⁶ y de otro lado, exigir responsabilidad a las mismas –incluso penal– en caso de que sean utilizadas o se considere que existe falta de diligencia en la vigilancia por parte de las mismas, conforme a las propuestas referidas. A la postre, queda en evidencia de nuevo la búsqueda de equilibrio entre defensa de valores esenciales del ordenamiento y garantías de derechos humanos, pues ¿no es una forma de censura la retirada de contenidos en internet mediante decisiones del proveedor de servicios basadas en inteligencia artificial? ¿No debieran estar dichas retiradas de contenido autorizadas por un juez como garantía básica del Estado de Derecho? ¿En qué medida pueden servir como prueba en procesos en los que esté en juego la lucha contra la cibercriminalidad, por ejemplo, en casos de apología o incitación al terrorismo?¹²⁷

Sin duda, el número de cuestiones abiertas en la negociación de este proyecto de Convención afectan al corazón del equilibrio entre libertad de expresión y criminalización de la opinión en las sociedades de todo el planeta, y no sólo en aquellas que presumiblemente buscan controlar la libertad de expresión de los ciudadanos mediante la ampliación del ejercicio de la jurisdicción penal a través de una convención que sienta las bases a una supuesta armonización de tipos penales y que impulse la cooperación internacional.

IV. ¿NUEVAS AMENAZAS O NUEVOS MEDIOS CRIMINALES? ¿NUEVAS SOLUCIONES O REFUERZO DE LAS MEDIDAS CLÁSICAS?

El concepto de frontera territorial, como criterio de determinación y distribución del poder, de la soberanía del Estado en sus dimensiones

126. Sobre los códigos de conducta como mecanismo regulatorio, GONZÁLEZ HERRERA, Daniel, “¿Más poderosa la pluma que la espada? El discurso de odio en la Unión Europea”, en PETIT DE GABRIEL, E. W. (dir.), *Valores (y temores) del Estado de Derecho: Libertad de expresión vs. delitos de opinión en Derecho internacional*, Aranzadi, 2022. Debe tenerse en cuenta la reciente adopción del Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DO L 277 de 27.10.2022.

127. Sobre el concepto de autoridad competente para ordenar la retirada y bloqueo de contenidos y si puede hablarse de una reserva jurisdiccional, TERUEL LOZANO, “Una lectura garantista ...”, *op. cit.*

normativas, coercitivas o de resolución de conflictos debe ser matizado en la sociedad global contemporánea. Las potenciales amenazas, como la criminalidad transnacional organizada que desborda la frontera de un Estado singular, requieren de respuestas coordinadas. La cibercriminalidad es una realidad. Paralelamente, la utilización por los Estados de la tecnología como herramienta de intervención externa y la criminalización como forma de represión interna de las libertades y derechos, también.

Por ello, la armonización de tipos penales y la regulación de las formas de cooperación internacional en la persecución de los cibercrimes o delitos cometidos con el auxilio de las TICs suponen un nuevo desafío para el binomio libertad de expresión y delitos de odio. El objetivo último de toda regulación internacional, desde la óptica de los Estados miembros de la UE, y de España, debe ser garantizar el equilibrio entre el poder del Estado, la defensa de las libertades –como la de expresión– y los derechos de las víctimas de graves delitos cometidos en el ciberespacio o mediante el uso de TICs.

Sin cuestionar la necesidad y relevancia de lograr una regulación consensuada integral y universal, el equilibrio a alcanzar es complejo. Hasta el presente no existe una regulación universal. El único instrumento específico en vigor y supra estatal en relación con la materia es la Convención de Budapest de 2001, adoptada en el seno del Consejo de Europa, pero de carácter abierto –previa invitación– a otros Estados y con 67 Estados parte. En el ámbito más restringido de la UE, la Directiva 2013/40, relativa a los ataques contra los sistemas de información, establece la obligación de tipificar ciertas conductas, aunque centrada en los delitos contra infraestructuras tecnológicas.

La Convención de 2001, para lograr la apertura necesaria a Estados no miembros del Consejo de Europa, tuvo que pagar el precio de derivar la tipificación de delitos conexos con discurso de odio (racismo, xenofobia, intolerancia) a un protocolo adicional, del que son parte 33 Estados. A cambio, se garantizaba con ello la participación en de Estados Unidos en la Convención principal. Estados Unidos constituye uno de los actores cibernéticos esenciales a nivel estatal y empresarial, pues es el Estado de nacionalidad de numerosas de las compañías tecnológicas y proveedores de servicios, y, por tanto, a la que puede atribuirse gran parte del tráfico digital. Su participación en todo intento de regulación supranacional de la cibercriminalidad y de la utilización de las TICs con propósitos delictivos deviene cuasi imprescindible. Sin embargo, las contrastadas diferencias conceptuales, sociológicas y legales en la comprensión de la extensión de la libertad de expresión, regulada por la primera enmienda de la

Constitución, y la diferente comprensión de la intervención del Estado en el ámbito de las comunicaciones digitales, en su dimensión de libertad empresarial, dificultan la definición de un consenso en relación, precisamente, al binomio libertad de expresión y delitos de opinión.

Por otra parte, la regulación hasta hoy en vigor –la Convención de Budapest y su protocolo adicional– nunca ha contado con la participación de Rusia y otros Estados en los que la censura, la garantía de derechos humanos o el índice de criminalidad organizada, incluida la auxiliada por medios tecnológicos como la trata, la pornografía infantil, etc. son realidad innegable.

Por ello, uno de los elementos positivos del proceso de elaboración de la futura convención integral que se discute en la actualidad en Naciones Unidas deriva del hecho mismo de haber sido propuesta por Rusia y un grupo de Estados aliados. En contraposición, la participación amplia de otros grupos de Estados, como los europeos, así como de organizaciones no gubernamentales activistas en el ámbito de los derechos humanos y muy especialmente de la libertad de expresión, o de las empresas tecnológicas en el proceso de discusión y negociación de las propuestas debe permitir contrarrestar las alertas respecto de la utilización del proyecto como vía para recortar derechos en el ciberespacio o en relación con las TICs.

Tras una iniciativa previa en el seno de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal (CCPCJ) en Naciones Unidas, dependiente de la Oficina de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, la Asamblea General de Naciones Unidas ha optado por la creación de un Comité ad hoc para la elaboración de una Convención integral de lucha contra la cibercriminalidad. Este Comité de quince miembros, con participación de tres países de la Unión europea, dirige un proceso de negociación extraordinariamente breve y rápido. La participación es multisectorial, con miras a articular un proyecto de armonización mínima en la tipificación a nivel global y de desarrollo de herramientas de cooperación para la prevención y para la lucha contra el cibercrimen y los delitos cometidos con auxilio o por medios tecnológicos.

Las diferentes concepciones referidas sobre el control de los medios tecnológicos y los riesgos de usos desviados de la futura convención alertan sobre la relevancia de las garantías generales de protección de derechos humanos y la incidencia particular en la libertad de expresión desde la perspectiva de la sanción penal de las opiniones. En los trabajos desarrollados hasta el presente son numerosas las propuestas que incluyen referencia a la protección de derechos humanos como límite de las actuaciones previstas, bien de forma genérica, bien con referencia a tratados

concretos y específicos. La Unión Europea y sus Estados miembros se están manifestando especialmente activos en la defensa de tales límites.

No obstante, no queda claramente definido cuál es el nivel de protección o el elemento que determina la aplicabilidad de un instrumento jurídico concreto. Debe tenerse en cuenta que los tratados internacionales sólo obligan a los Estados que los han ratificado. Por ello, las referencias genéricas a la protección de derechos humanos, de un lado, y las referencias específicas a concretos tratados de derechos humanos, de otro, plantean el mismo problema de falta de concreción de las obligaciones específicas exigibles a cada Estado que en el futuro sea parte en la Convención integral. El proyecto del año 2000, elaborado por instituciones de Estados Unidos, se remitía a la protección nacional asumida por cada Estado. La Convención de Budapest de 2001 remitía el nivel de protección al Convenio Europeo de Derechos Humanos, comprensible en relación con los Estados miembros del Consejo de Europa, y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El umbral de protección de derechos humanos conecta con la dificultad de determinar los criterios de atribución de jurisdicción en el marco de la cibercriminalidad. Siguiendo un enfoque extraordinariamente convencional, el proyecto sigue presentando a nuestro juicio el déficit de otros instrumentos relativos al ciberespacio sobre la definición de este como “lugar de comisión”, o el establecimiento de criterios claros que permitan definir la “conexión” de los medios usados (las TICs pueden ser hardware físico o software y redes no físicas) con las diferentes jurisdicciones estatales que se pretendan competentes para investigar y/o enjuiciar en cada caso. Como aportaciones singulares, es novedosa la propuesta india definida como *data-related jurisdiction*, en tanto que extensión de la jurisdicción relacionada con la nacionalidad. En todo caso, el proyecto abre la puerta a un fórum shopping complejo, de multiplicación de jurisdicciones concurrentes, que puede desplegar consecuencias significativas en relación con los umbrales y concepciones protectoras de la libertad de expresión.

Esta cuestión es tanto más relevante cuanto que el proyecto no se limita a regular los delitos contra bienes cibernéticos, sino que se propone incluir los conocidos como *content related offences*, o delitos contra otros bienes jurídicos cometidos mediante TICs. Yendo mucho más lejos que la Convención de Budapest, que se limitaba a incluir la pornografía infantil y la infracción de la propiedad intelectual (el discurso xenófobo, racista, se castigaba en virtud de un Protocolo Adicional de aceptación separada), el proyecto incluye una larguísima lista de delitos, algunos de los cuales incluyen en su definición manifestaciones de opinión y de expresión, cometidos por medio de TICs.

Además de haber recibido ya importantes críticas en relación con la técnica de tipificación y ciertos elementos del tipo (intención, dolo...), el planteamiento general provoca dudas sobre la eventual aceptación de una detallada tipificación secundaria específica de delitos cometidos por medios o con auxilio de TICs y no de delitos específicos de TICs. Los trabajos hasta el presente acumulan un listado muy extenso de posibles tipificaciones, siendo algunas controvertidas desde la óptica de la concepción de la libertad de expresión en España, la Unión Europea y los Estados miembros del Consejo de Europa, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la publicación de rumores o la incitación a acciones subversivas.

Por otra parte, la inclusión específica de la incitación e inducción como formas de participación extiende a todos los tipos delictivos la posible sanción de la opinión, incluidos los que no incorporan en la definición del tipo delictivo el ejercicio de la libertad de expresión como forma de comisión. Igualmente, y en relación con la autoría y la participación, el proyecto suscita la compleja cuestión de la participación en el delito de las empresas tecnológicas que prestan los servicios mediante los cuales se cometen los delitos tipificados.

No son nuevos problemas. Tampoco, creemos, se aportan nuevas soluciones. Por el contrario, el proceso de negociación rápido puede llevar a un proyecto de armonización de tipos amplio y poco cuidado, que permita la utilización por los Estados de la Convención como herramienta de control de las TICs, en detrimento de la libertad de expresión, ofreciendo nuevos argumentos a quienes ahondan en la sanción penal como medio de control de la libertad de expresión en la sociedad democrática. No nos cabe duda de que el incremento de la criminalidad y cambio de naturaleza a través del uso de la TICs, especialmente, en relación con la criminalidad organizada (trata de personas, pornografía, terrorismo y otros análogos) exige una armonización y cooperación internacional más avanzada.

La divergencia de concepciones penales y relativas al binomio libertad de expresión/delitos de opinión, puede dificultar el consenso necesario para aprobar el proyecto y, lo que es más importante, para su posterior ratificación, adhesión y entrada en vigor. Sin duda, aun cuando el proyecto prevé la posible ratificación o adhesión de organizaciones económicas regionales, un futuro tratado que genere riesgos de desprotección no será probablemente ratificado por la Unión Europea, competente sobre la base del artículo 83 del TFUE, ni por sus Estados miembros.

Está por ver si el tratado resultante sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines

delictivos es la respuesta universal a los desafíos actuales. Es, en todo caso, una pieza más en del tablero geopolítico en el que se enfrenten nuevamente las concepciones de libertad de expresión ilimitada como la encarnada por el sistema legislativo y judicial de Estados Unidos o la visión empresarial de Elon Musk (ilustrada en su reciente adquisición de twitter), de un lado, y, de otro, la censura y control de las TICs como instrumento de la política tecnológica y de seguridad del Estado, como ocurre en Rusia, China y otros Estados. En un terreno intermedio caben numerosas posiciones, sin duda. La complejidad reside en definir una zona amplia que permita avanzar en la armonización penal y en la cooperación judicial desde enfoques enfrentados y que afecta a la definición del concepto mismo de ciberespacio, a la naturaleza de los delitos que se quiere regular (delitos contra bienes cibernéticos v. delitos cometidos por medios TICs), a la definición de los criterios de jurisdicción y, en ese conjunto, al lugar que ocupan los delitos relacionados con la libertad de expresión o la incitación a cometer delitos, como forma de expresión sancionable penalmente.

BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU), “Seven Reasons the Us Should Reject the International Cybercrime Treaty”, <https://www.aclu.org/other/seven-reasons-us-should-reject-international-cybercrime-treaty>, sin fecha.
- ARTICLE 19, “Russia: Proposed UN Cybercrime Convention must uphold free speech”, 17 February 2022, <https://www.article19.org/resources/russia-proposed-un-cybercrime-convention-must-uphold-free-speech/>.
- ARTICLE 19, *ARTICLE 19’s Recommendations for the UN Cybercrime Convention*, en <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2022/02/A19-Recommendations-for-the-UN-Cybercrime-Convention.pdf>.
- BANKS, James, “Regulating hate speech online”, *International Review of Law, Computers and Technology*, 2010, vol. 24, pp. 233-239.
- BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberdelitos 2.0: amenazas criminales del ciberespacio*, Astrea, 2020 (2 ed.).
- BEN-DAVID, Anat & AMTAMOROS-FERNÁNDEZ, Ariadna, “Hate Speech and Covert Discrimination on Social Media: Monitoring the Facebook Pages of Extreme-Right Political Parties in Spain”, *International Journal of Communication*, vol. 10, 2016, pp. 1167-1193.

- BRENNER, Susan W. & KOOPS, Bert-Jaaps, "Approaches to Cybercrime Jurisdiction", *Journal of High Technology Law*, 2004, pp. 1-46.
- BRENNER, Susan W., "Cybercrime jurisdiction", *Crime Law Society Change*, 46, 2006, pp. 189-206; <https://doi.org/10.1007/s10611-007-9063-7>.
- BROWN, Deborah, "Cybercrime is Dangerous, But a New UN Treaty Could Be Worse for Rights", *Just Security*, 13 August 2021, <https://www.justsecurity.org/77756/cybercrime-is-dangerous-but-a-new-un-treaty-could-be-worse-for-rights/>.
- CÁRDENAS, Claudia, "El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos", *Política criminal*, n° 6, 2008, pp. 1-14.
- CUÉLLAR, Mariano-Florentino, "Past as Prologue: International Aviation Security Treaties as Precedents for International Cooperation Against Cyber Terrorism and Cyber Crimes", en SOFAER, Abraham D. & GOODMAN, Seymour E., *The Transnational Dimension of Cyber Crime and Terrorism*, Hoover Institution's National Security Forum Series, Hoover Institution Press, Stanford, 2001, pp. 91-122.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, "El derecho penal frente a nuevas realidades criminales: el ejemplo del denominado sabotaje informático", en HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (coord.), *Estudios de derecho penal: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, 2011, pp. 631-658.
- FALCHETTA, Tomaso, BROWN, Deborah & RODRIGUEZ, Katitza, "Opening Stages in UN Cybercrime Treaty Talks Reflect Human Rights Risks", *Just Security*, 18 April 2022, <https://www.justsecurity.org/81105/opening-stages-in-un-cybercrime-treaty-talks-reflect-human-rights-risks/>.
- FLORES PRADA, Ignacio, "Bases para la regulación de la competencia judicial en un futuro tratado internacional sobre cibercriminalidad", en GALÁN MUÑOZ, Alfonso y MENDOZA CALDERÓN, Silvia (dirs.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 375-412.
- FOGGETTI, Nadina "Ciber terrorismo y reconstrucción del Derecho Internacional Consuetudinario a partir de la jurisprudencia del Tribunal Especial para el Líbano", *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 1, n.º 1, 2015, pp. 54-78.
- FRANCISCO AGRA, Samar Violeta, "Una aproximación al (ciber) terrorismo: Modelos previos y actuales", *DOCRIM: Revista científica*, n.º 8, 2021.

- GONZÁLEZ HERRERA, Daniel, “¿Más poderosa la pluma que la espada? El discurso de odio en la Unión Europea”, en PETIT DE GABRIEL, E. W. (dir.), *Valores (y temores) del Estado de Derecho: Libertad de expresión vs. delitos de opinión en Derecho internacional*, Aranzadi, 2022.
- GORJÓN BARRANCO, María Concepción, “Sabotaje informático a infraestructuras críticas. Análisis de la realidad criminal recogida en los artículos 264 y 264 bis del Código penal. Especial referencia a su comisión con finalidad terrorista”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 25 (Tercera época), 2021, pp. 77-124.
- INTERPOL’s contribution to the elaboration of a Comprehensive International Convention on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes, de 8 de noviembre de 2021.
- LÓPEZ CEPEDA, Ana María, “El nuevo marco regulador de las redes sociales en la Unión Europea: problemáticas y políticas de actuación”, pp. 259-277, en MARTÍN HERRRERA, David, *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Aranzadi, 2021.
- LORETTI, Damián M., “La regulación de las redes y plataformas digitales: el regreso a los principios de derechos humanos: obligaciones de los actores no estatales”, pp. 215-234, en MARTÍN HERRRERA, David, *La libertad de expresión desde un enfoque global y transversal en la era de los objetivos de desarrollo sostenible*, Aranzadi, 2021.
- MAILLART, JB, “The limits of subjective territorial jurisdiction in the context of cybercrime”, *ERA Forum* 19, 2019, pp. 375-390, <https://doi.org/10.1007/s12027-018-0527-2>.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel, “El sabotaje informático: entre los delitos de daños y desórdenes públicos”, *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 10, 2001, pp. 353-366.
- MICROSOFT, *Upcoming negotiations on a possible cybercrime convention Microsoft’s submission* Microsoft, 1 de marzo de 2022.
- NEAL, Will, “Russia Slips from Center Stage as UN Cybercrime Treaty Negotiations Forge Ahead”, *OCGRP – Organized Crime and Corruption Reporting Project*, 15 September 2022.
- NEMES, Irene, “Regulating Hate Speech in Cyberspace: Issues of Desirability and Efficacy”, *Information and Communication Technology Law*, 2002, pp. 193-220.

- OHANIAN, Christian, “The UN Cybercrime Treaty Has a Cybersecurity Problem In It”, *Just Security*, 17 October 2022, <https://www.justsecurity.org/83582/the-un-cybercrime-treaty-has-a-cybersecurity-problem-in-it/>.
- OHCHR key-messages relating to a possible comprehensive International Convention on countering the use of Information and Communications Technologies for criminal purposes, 17 de enero de 2022.
- OROZCO TORRES, Luis Ernesto, TÉLLEZ CARVAJAL, Evelyn y VILLEGAS DELGADO, César A. (eds. Lit.), *Sociedad global, ciber (in)seguridad y terrorismo(s): Retos y alternativas*, Tirant lo Blanch, 2019.
- PAGE, Mercedes, «The hypocrisy of Russia’s push for a new global cybercrime treaty”, *The interpreter*, 7 March 2022, <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/hypocrisy-russia-s-push-new-global-cybercrime-treaty>.
- PEREIRA i PUIGVERT, Silvia, “Determinación de la jurisdicción y competencia para la persecución penal del ciberdelito”, en FERNÁNDEZ-PACHECO ALISES, Gloria y LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, José Luis (dirs.), *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de Derecho Público y criminología*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 337-358.
- PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (dir.), *Valores (y temores) del Estado de Derecho: Libertad de expresión vs. delitos de opinión en Derecho internacional*, Aranzadi, 2022.
- PONS GAMON, Vicente, *Ciberterrorismo: amenaza a la seguridad. Respuesta operativa y legislativa, nacional e internacional*, Tesis doctoral, UNED, 2018.
- RODRÍGUEZ BERNAL, Antonio, “España: Los Cibercrímenes en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *AR: Revista de Derecho Informático*, n.º 103, 2007.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virxilio, “Los ciberdelitos contra la propiedad intelectual ¿cambiar todo para que nada cambie?: del ánimo de lucro al de obtener beneficio económico directo o indirecto”, *e-Eguzkilore.: Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa/Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 4, 2019.
- SANZ DELGADO, Enrique y FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (coords.), *Tratado de Delincuencia Cibernética*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.
- SOFAER, Abraham D., GOODMAN, Seymour E. et al., *A Proposal for an International Convention on Cyber Crime and Terrorism*, 2000, en <https://fsi-live.s3.us-west-1.amazonaws.com/s3fs-public/sofaergoodman.pdf>.

- SOLER PEDROZA, Israel y JIMÉNEZ BENÍTEZ, William Guillermo, “¿Cómo establecer la jurisdicción y competencia en casos de internet? Tendencias internacionales y nacionales”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, n.º 41, 2014, pp. 15-32; AMBOS, Kai, “Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio”, *InDret* 2, 2015.
- TERUEL LOZANO, Germán M., “Libertad de expresión y censura en internet”, *Estudios de Deusto*, 2014, pp. 41-72.
- TERUEL LOZANO, Germán M., “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2018, pp. 34 páginas.
- TERUEL LOZANO, Germán M., “Una lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión de mensajes terroristas en internet”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 34, 2020.
- TORRES-SORIANO, Manuel Ricardo “¿Es el yihadismo una ciberamenaza?”, *Revista de Occidente*, n.º 406, 2015 (dedicado a Yihadismo y terrorismo global), pp. 20-34.
- VAN BLARCUM, Christopher D., “Internet Hate Speech: The European Framework and the Emerging American Haven”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 62, issue 2, 2005, pp.781-830.
- VOGEL, Joachim, “Towards a Global Convention against Cybercrime”, *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2008, pp. 1-10.
- XIAOBING LI & YONGFENG QIN, “Research on Criminal Jurisdiction of Computer cybercrime”, *Procedia Computer Science*, 2018, pp. 793-799.

III ARANZADI

Los avances en materia de libertad de expresión en el marco africano. Un recorrido jurisprudencial¹

ABDELHAMID ADNANE RKIOUA

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO AFRICANO Y LOS MECANISMOS PARA SU PROTECCIÓN. III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA AFRICANA. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La jurisprudencia recaída en materia de libertad de expresión en el marco de las instancias regionales y de algunos tribunales nacionales en África pone de manifiesto los avances registrados sobre esta cuestión. Los diferentes pronunciamientos ponen en valor la importancia capital que la libertad de expresión reviste en un Estado democrático. Ello contrasta con las políticas restrictivas llevadas a cabo por el poder nacional cuyo propósito se limita a la seguridad nacional y al progreso económico. Dichos avances, a falta de verdaderos procesos constituyentes, pueden constituir una base para la edificación, desde las instancias de integración regional, de Estados comprometidos con los valores que el ordenamiento jurídico recoge. En este sentido, la introducción de una especie de control

-
1. Contribución realizada durante la estancia de investigación dirigida por el profesor Luis Jimena Quesada, Catedrático en la Facultat de Dret de la Universitat de València, en el marco del proyecto de investigación denominado: "Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?" CONVOCATORIA DE AYUDAS A PROYECTOS DE I+D+i EN EL MARCO DEL PROGRAMA OPERATIVO FEDER ANDALUCÍA 2014-2020. CONVOCATORIA 2018.

de convencionalidad de las normas nacionales, y el establecimiento de mecanismos garantes de la ejecución de las decisiones de las instancias regionales, podría contribuir en el continente africano a la construcción, desde arriba, del Estado de Derecho real y no meramente nominal.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, restricciones penales, ponderación, Corte africana, Comisión africana.

I. INTRODUCCIÓN

Llama poderosamente la atención que gran parte de los Estados africanos sigue instalada en una “vía de subdesarrollo continuo”² en contraposición al relativamente avanzado estado del sistema de protección de los derechos que en el marco africano opera. Subdesarrollo que de ningún modo puede imputarse a la falta de reconocimiento de los derechos en casi todos los Estados que integran la actual Unión Africana. De hecho, gran parte de los derechos tiene buena cabida en sus textos constitucionales. Aun así, los ciudadanos siguen aquejándose de la falta de protección y respeto de sus derechos, y los medios de información siguen denunciando la brecha que se da entre las normas que recogen estos derechos y la realidad alejada de las mismas. Ello puede explicarse por el hecho de que no estamos ante Constituciones normativas, sino, en el mejor de los casos, nominales cuando no meramente semánticas. Pues, a falta de procesos constituyentes comprometidos con los derechos fundamentales que, teniendo en cuenta tanto su faceta subjetiva como su carácter objetivo, posibilitarían la construcción de Estados, formal y materialmente, de Derecho, los derechos no dejan de ser, en su caso, meros elementos de legitimación de los Estados *ad extra* pero sin virtualidad *ad intra*.

Dicho esto, recordamos que es de sobra conocido que hace tiempo ya que los derechos fundamentales de las personas han dejado de pertenecer al ámbito interno de los Estados y de ser, con ello, algo estrictamente constitucional y, por tanto, doméstico. La Declaración Universal de los Derechos Humanos inició un camino por el que posteriormente han transitado otros instrumentos internacionales que han declarado y garantizado un catálogo de derechos y libertades que vinculan incluso a los Estados, con la pretensión de que fueran respetados en sus respectivos ámbitos territoriales.

2. La ausencia de democracia encuentra una de sus más profundas causas en lo que se ha venido en llamar “la pandémie du présidentielisme négro-africain”. Holo, Théodore. “Émergence de la justice constitutionnelle”, *Pouvoirs*, vol. 129, no. 2, 2009, pp. 109.

Tampoco se le oculta a nadie que la protección internacional de los derechos humanos se concibe como un recurso añadido, de carácter subsidiario, frente a las violaciones de dichos derechos. Empezó a reclamarse con más ahínco a raíz de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, y de ahí que empezaran a dibujarse, tanto a nivel universal como regional, mecanismos supra-estatales tendentes a garantizar la efectividad de ciertos derechos reconocidos a todas las personas frente a los Estados.

La creación de los órganos de control en el ámbito europeo, africano e interamericano, supuso una reformulación del concepto tradicional de soberanía al permitir recibir órdenes de un órgano supranacional sobre cómo los Estados parte deben organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar de modo efectivo el libre y pleno ejercicio de los derechos humano³.

El Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos, que responde a la mencionada necesidad, se desarrolló en el marco de la Organización de la Unidad Africana como réplica al movimiento que se dio a nivel europeo y universal para generar mecanismos internacionales de protección. Dicho sistema regional de derechos se basa actualmente en la labor de dos órganos: la Comisión Africana de Derechos Humanos (CADHP) y la Corte Africana de Derechos Humanos (CrADHP). Esta última, con su labor interpretativa de los textos de referencia y sus efectos sobre los ordenamientos de los Estados parte, permitirá la creación de unos sistemas normativos cuanto menos armónicos y cada vez más cercanos entre sí.

En este panorama, cabe esperar que se promueva la construcción del Estado de Derecho en África desde las instancias regionales, eso es desde la creación de instrumentos que garanticen el efectivo cumplimiento de los pronunciamientos tanto de la Comisión como de la Corte africana. Este es el anhelo que nos infundió esperanza para resaltar en el presente trabajo, siquiera sea de manera genérica, los avances en materia de libertad de expresión, obtenidos merced a la intervención de las referidas instancias, amén de la acción de otros Tribunales regionales y nacionales.

Para ello, en las páginas que siguen haremos un repaso de diversos pronunciamientos que afectan a la libertad de expresión en cuanto a su definición y a su alcance y sus límites, sin descuidar la mención de otras sentencias de otras Cortes regionales o nacionales en el ámbito africano.

3. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, N.º 4, párr. 166.

Pero previamente a ello, se hará un repaso de los derechos humanos en el marco africano y de los mecanismos diseñados para su garantía.

II. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO AFRICANO Y LOS MECANISMOS PARA SU PROTECCIÓN

En el continente africano, es sabido que los Estados que lo integran, a la sazón colonias no participaron ni en la redacción de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, salvo Suráfrica, Etiopía y Liberia, ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Hasta prácticamente 1960, hubo un vacío jurídico en lo que a la protección de los derechos humanos se refiere en el continente africano, con la salvedad de lo que dispone el Convenio del Consejo de Europa sobre la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades públicas de 1950, que podrían aplicarse en los territorios coloniales de los Estados partes⁴.

A partir de esta fecha se tomaron varias iniciativas para remediar a esta situación, pero los estudiosos coinciden en que la idea de los Derechos humanos en África se remonta al Congreso Africano sobre la primacía del Derecho⁵, celebrado en Lagos en 1961, bajo el auspicio de la Comisión Internacional de Juristas. La declaración adoptada al final de este Congreso, denominada "la ley de Lagos", recomendaba a los gobernantes africanos estudiar la posibilidad de adoptar un Convenio Africano de los derechos del hombre cuya garantía fuese atribuida a una Corte regional a la cual pueden acceder todas las personas bajo la jurisdicción de los Estados firmantes. Dicho objetivo sólo era alcanzable con cierta dosis de cohesión y de unión entre los países africanos. El nacimiento de la Organización de la Unidad Africana responde a este objetivo.

La Carta de la Organización de la Unidad Africana⁶ (OUA) firmada el 25 de mayo de 1963 en Addis Abeba fue el primer paso en la edificación de un sistema regional africano de protección de los derechos humanos. En su marco fueron aprobándose varios instrumentos para el establecimiento de una cultura compartida de Derechos Humanos en el continente africano, a saber: la Convención sobre los refugiados en África de 1969⁷,

4. Cfr. MBUYI KABUNDA, Badi. Derechos humanos en África. Teorías y prácticas. Universidad de Deusto. 2000, p. 284.
5. Véase, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1961/06/Africa-African-Conference-Rule-of-Law-conference-report-1961-spa.pdf>.
6. Véase, https://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/OUA_Carta_1963_es.pdf.
7. <https://www.acnur.org/prot/instr/5b076e994/convencion-de-la-oua-por-la-que-se-regulan-los-aspectos-especificos-de.html>.

la Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos de 1981⁸, la Carta africana de los derechos y del bienestar del niño de 1990⁹, el Acta constitutivo de la Unión africana en 2000¹⁰, y por último, en 2003, la adopción del Protocolo relativo a los derechos de las mujeres en África¹¹.

En el texto de la Carta de la Organización de la Unidad Africana sólo se hacen referencias indirectas a los derechos humanos cuando se compromete, entre otros objetivos, a favorecer la cooperación internacional a la luz de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Más aun, el énfasis hecho sobre la independencia de los Estados, la autodeterminación y la integridad territorial son más bien garantías a favor del Estado que derechos de los ciudadanos. En este sentido, afirma H. Ait Ahmed¹² que *“la Charte de l’Organisation de l’unité Africaine ne constitue pas une consécration solennelle des droits de l’homme Africain. Elle est, bien au contraire, une sauvegarde impératrice des Etats érigés en système”*. A su vez el Dr. Ouguerouz¹³ añade que la Carta de la Organización de la Unidad Africana es sin duda el pilar más frágil de todo el sistema africano de protección de los derechos humanos.

Este interés menor por los derechos humanos es más patente al comparar el contenido de la Carta de la Organización de la Unidad Africana con otros instrumentos internacionales como es el caso de la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados americanos de 1948 y el estatuto del Consejo de Europa de 1950. No obstante, estas lagunas no fueron óbice para que la Organización de la Unidad Africana prestase cierta atención a los derechos humanos en las colonias portuguesas, en Rodesia, Namibia y en Suráfrica.

Hubo que esperar dieciocho años desde la aprobación de la Carta de la Organización de la Unidad Africana para ver nacer el primer documento africano a ocuparse de los derechos humanos: la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos.

8. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>.

9. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8025.pdf>.

10. <https://www.informatica-juridica.com/union-africana/acta-constitutiva-de-la-union-africana-del-12-de-julio-de-2000/>.

11. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/65556/63007/F2037633474/ORG-65556.pdf>.

12. Citado por Providence NGOY Walupakah. “La Cour Africaine des droits de l’Homme et des Peuples: le problème du contrôle juridictionnel des droits de l’homme en Afrique”. http://www.memoireonline.com/07/09/2382/m_La-Cour-Africaine-des-droits-de-lHomme-et-des-Peuples-le-probleme-du-contrle-juridictionnel-des16.html, p. 13.

13. *Idem*.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, con sede en Banjul, Gambia, es el único órgano de promoción y protección de los derechos humanos en África creado por la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos. Fue establecida el día 21 de octubre de 1986, aunque hubo que esperar hasta 1987 para iniciar sus actividades, cuando celebró su primera sesión ordinaria en Addis Abeba, Etiopía.

De igual modo que sus homólogos, europeo y americano, la Comisión Africana se encarga de asegurar la protección de los derechos garantizados en la Carta africana (art. 45.2). Esta competencia puede ser apreciada en cuatro planos: *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione temporis et ratione personae*.

Como quedó anotado líneas atrás, la idea de recurrir al Derecho y a las instituciones para promover y proteger a los derechos humanos en África aparece por primera vez en 1961 en el congreso de los juristas africanos organizado en Lagos en Nigeria. La "Ley de Lagos"¹⁴ abogaba en los términos siguientes por una Corte africana de los derechos humanos a imagen del Tribunal europeo:

"... que a fin de dar más efecto a la Declaración Universal de 1948, los Gobiernos africanos deberían estudiar la posibilidad de adoptar una Convención Africana de los Derechos del Hombre, en la que se previese especialmente la creación de un Tribunal apropiado y de recursos abiertos a todas las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados miembros"¹⁵.

Pero esta disposición, igual que otras relativas al establecimiento de un sistema regional de protección de los derechos humanos, fue relegada a un segundo plano. La idea de una Corte africana de los derechos humanos fue replanteada por una minoría en la Conferencia de Banjul sobre la Carta africana, pero prevaleció su rechazo alegándose el respeto de las tradiciones jurídicas africanas que dan preferencia a los arreglos políticos de los problemas que a las soluciones judiciales.

De nuevo, a principios de los años noventa volvió a resurgir la idea de una Corte africana por una nueva generación de responsables del Congreso Internacional de Juristas, pero hubo que esperar hasta el 10 de junio de 1998 para que el Protocolo de creación de la Corte Africana fuera adoptado en Ouagadougou por la Conferencia de los Jefes de Estado y del

14. La ley de lagos viene a referirse a la resolución adoptada al final del Congreso que había elegido "la primacía del derecho" como tema central.

15. Congreso africano sobre la primacía del Derecho, Ginebra, 1961. ZARAGOZA, Juan de Miguel: "Elementos para una teoría africana de los derechos del hombre".. Revista de Estudios Políticos, N.º 168, 1969, pp. 166.

Gobierno de la Unión Africana¹⁶. La Corte entró en vigor el 25 de enero de 2004 tras la ratificación del Protocolo por quince Estados miembros.

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es el órgano judicial de la Unión Africana y junto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforman los tres tribunales regionales de Derechos Humanos del mundo. La Corte Africana, que empezó su labor en 2004, aplica la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por los Estados en función del caso sometido a su juicio. La función de esta jurisdicción es el reforzamiento del sistema de protección de Derechos Humanos en África. Esta Corte tiene jurisdicción en los 32 Estados africanos que han firmado el Protocolo por el que se establece dicha Corte.

Tanto la Comisión como la Corte africanas han tenido ocasión de pronunciarse sobre la casi totalidad de los derechos y libertades que la Carta africana reconoce y garantiza. Su jurisprudencia es bastante avanzada, pues aplica los criterios de interpretación comúnmente aceptados por los intérpretes internacionales, y remite ora a la jurisprudencia de las instancias de la ONU ora a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos.

En materia de libertad de expresión, la Comisión africana se ha pronunciado en muchas ocasiones sobre su violación, pero la Corte africana no ha tenido tanta suerte al ser contadas las ocasiones en las que ha tenido que resolver litigios referidos a dicha libertad. El balance, a nuestro juicio, no es nada desdeñable teniendo en cuenta el contexto en el que tanto la Comisión como la Corte ejercen sus competencias.

A nivel europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce la libertad de expresión en su artículo 10¹⁷. La jurisprudencia ha enfati-

16. Es sin duda tras la persistencia del clima de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos del hombre en el continente africano, y debido a la impunidad crónica de la que gozan los autores de ciertos crímenes y también a la emergencia del Estado de Derecho en África que de modo paulatino ha ido imponiéndose la idea de una Corte.

17. "Artículo 10.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para

zado desde el principio en que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”¹⁸. Además, se viene reclamando que la función de este derecho como “una de las precondiciones del funcionamiento de la democracia”¹⁹ determina una especial amplitud del objeto protegido que se abarca “no sólo la sustancia de las ideas y la información expresadas sino también la forma en la que se transmiten”²⁰. Los principios básicos sobre la cuestión de si una injerencia en la libertad de expresión es “necesaria en una sociedad democrática” están bien establecidos en la jurisprudencia del Tribunal²¹.

Volviendo al art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la libertad de expresión está sujeta a ciertos límites, que se hallan expresamente en el propio artículo. Sin embargo, hay ciertos criterios que deben tenerse presente a la hora de aplicar dichos límites, en pos de evitar una merma del derecho a la libertad de expresión. Prueba de ello es la STEDH 7.12.1976 (Asunto Handyside contra el Reino Unido²²) que sienta las bases de la doctrina sobre esta cuestión. En la misma sentencia, el Tribunal destaca que la libertad de expresión, al ser un componente esencial en la sociedad democrática, toda restricción a su ejercicio debe ser proporcionada, especialmente cuando es la autoridad quien interviene. El TEDH elabora un test que aplica siempre que se encuentra ante injerencias de las autoridades y que consiste en que la limitación o injerencia ha de estar prevista en la ley; ha de estar justificada en una finalidad legítima; ha de ser necesaria en una sociedad democrática y debe ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida”. A ello cabe añadir que a raíz de otras

la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

18. Asunto Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.
19. Asunto Appleby y otros c. Reino Unido, de 6 de mayo de 2003.
20. Asunto De Haels y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997.
21. Véase, por ejemplo, los casos Hertel c. Suiza, de 25 de agosto de 1998; Delfi AS c. Estonia –Gran Cámara, de 16 de junio de 2015, y Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.Hu ZRT c. Hungría, de 2 de febrero de 2016.
22. “Esta sentencia se refería al secuestro judicial de un libro, ordenado por los tribunales británicos por razones de moral pública. El libro se titulaba “The Little Red Schoolbook” e iba destinado al uso de niños en edad escolar. El motivo de su incautación fue unos fragmentos dedicados a materias sexuales”. ROCA DE AGAPITO, L. “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. XXXIII (2017), p. 573, en nota en pie de página n.º 30.

sentencias²³ el mismo Tribunal ha establecido el principio del “margen de apreciación”, que implica la participación y competencia de los Estados a la hora de precisar estos límites y determinar proporcionalmente sus alcances.

A cuyo respecto, dicho Tribunal²⁴ define el margen de apreciación como el terreno discrecional que se ofrece a las sociedades democráticas para decidir sobre la extensión de la injerencia. Sobre este particular, no huelga recordar que la interposición de los límites carece de carácter obligatorio, siendo las autoridades nacionales las que han de decidir la misma. Téngase en cuenta también que este margen de discrecionalidad no es ilimitado ni absoluto, pues resulta controlable por el propio Tribunal.

El efecto que ha producido esta doctrina del margen de apreciación ha sido relativizar el concepto de necesidad de las limitaciones al ejercicio de un derecho, remitiendo su determinación concreta a la prudencia del Tribunal en el enjuiciamiento de cada caso singular sometido a su jurisdicción.

Recuérdese que en principio, el TEDH ha afirmado que cualquier restricción que se establezca a la libertad de expresión ha de ser objeto de una interpretación estricta²⁵, de tal modo que quedan amparadas por este derecho expresiones que choquen, inquieten o incluso ofendan a un Estado o a cierta parte de su población²⁶.

A nivel del continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 recoge y protege a través de su artículo 13²⁷

23. STEDH 23 de julio de 1969 en el caso sobre el régimen de la lengua en la educación en Bélgica, o la STEDH 21 de septiembre de 1990 en el asunto Powell y Rayner contra el Reino Unido.

24. STEDH de 23 de julio de 1969.

25. Otto-Preminger-Institut c. Austria, apdo. 50.

26. Paturel c. Francia, Sentencia de 22 de diciembre de 2005, Demanda núm. 54968/00, apdo. 43.

27. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

la libertad de expresión. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de las opiniones consultivas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha interpretado y aplicado en varias ocasiones el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos; de igual forma, la Comisión Interamericana ha hecho importantísimos aportes a través de sus informes y de su relatoría especial para la libertad de expresión.

En este sentido, la Corte Interamericana ha entendido que “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público”²⁸. La Corte Interamericana ha concebido la libertad de expresión como “el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad”²⁹. De igual forma, en relación con este derecho refiere que “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por lo tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas³⁰. “En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”³¹. En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

28. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párr. 97.

29. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párr.72-C.

30. Opinión consultiva, OC-5-85, párr. 30.

31. Opinión Consultiva OC-085/85, párr. 31.

de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia³².

La libertad de expresión no es un derecho absoluto y, por lo tanto, se encuentra sujeta a ciertas restricciones, que a la luz de la Corte Interamericana serán admisibles siempre y cuando cumplan con los requisitos que el artículo 13 consagra, y que le dan plena legitimidad. El ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En el ámbito africano, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en vigor desde 1986, establece el derecho a la libertad de expresión en el segundo apartado de su artículo nueve afirmando que "Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre en el marco de la ley".

Además de ese Tratado base, la libertad de expresión está reconocida también en el artículo 7³³ de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño³⁴. En lo que al acceso a la información se refiere, destaca el artículo 9 de la Convención para Prevenir y Combatir la Corrupción³⁵.

Igual importancia reviste el contenido del artículo 27.8 de la Carta Africana sobre Democracia, Elecciones y Gobernabilidad, que insta a los Estados a "promover la libertad de expresión, en particular la libertad de prensa y fomentar medios de comunicación profesionales".

Además de estas referencias normativas, la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblo adoptó en 2019 la Declaración de Principios sobre libertad de expresión y acceso a la información en desarrollo de principios relativos a los derechos humanos que le corresponde

32. *Ibidem*, párr. 32.

33. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8025.pdf>.

34. Se le garantizará a todo niño capaz de comunicar sus propios puntos de vista el derecho a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos y a difundir sus opiniones con sujeción a las restricciones que prescriben las leyes.

35. Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole para dar efecto al derecho de acceso a cualquier información que se requiera para asistir en la lucha contra la corrupción y los delitos conexos.

realizar en virtud del art. 45.1 de la Carta de Banjul. Esta Declaración supone un desarrollo del art. 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el que se sientan los principios y las bases de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información. Dicha Declaración cuenta con 103 artículos distribuidos en 5 títulos. El Título I (arts. 1 a 13) expone los principios generales, el Título II (arts. 14 a 58) aborda la libertad de expresión, el Título III (arts. 59 a 83) versa sobre el derecho de acceso a la información, el Título IV (arts. 84 a 100) desarrolla la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información en Internet y el Título V (arts. 101 a 103) establece los cauces para la implementación de contenido de la declaración.

Por la forma en la que está reconocido el derecho a la libertad de expresión en la Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos, las pocas interpretaciones que se han hecho del artículo 9 por los órganos de vigilancia de la misma y las características de los casos que han llegado a la jurisdicción de dichos órganos, son pocos los desarrollos específicos de las obligaciones de los Estados en el sistema africano. En nómina no exhaustiva, podrían señalarse las siguientes:

1/ Las autoridades competentes no deben invalidar las disposiciones constitucionales ni socavar derechos fundamentales garantizados por la Constitución y los tratados de derechos humanos.

2/ El Estado está obligado, en cumplimiento de su compromiso con la democracia y la buena gobernanza, a defender, proteger y garantizar la libertad de expresión, pues los individuos deben participar de manera plena y efectiva en el funcionamiento de las sociedades y deben vivir sin el temor de ser perseguidos por las autoridades estatales al ejercer su derecho a la libertad de expresión³⁶.

3/ La libertad de expresión impone a las autoridades la obligación de tomar medidas positivas para promover la diversidad, que incluyen entre otras cosas³⁷:

- La disponibilidad y la promoción de una gama de información e ideas al público;

- El acceso pluralista a los medios de comunicación y a otros medios de comunicación, incluidos los grupos vulnerables o marginados, como las mujeres, los niños y los refugiados, así como los grupos lingüísticos y culturales;

36. CADHP, Zimbabwe Lawyers for Human Rights y Associated Newspapers of Zimbabwe c. República de Zimbabwe, 3 abril 2009. Asunto 284/03, párr. 92.

37. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África.

– La promoción y protección de las voces africanas, incluso a través de los medios de comunicación en los idiomas locales; y

– La promoción del uso de los idiomas locales en los asuntos públicos, incluso en sede judicial.

4/ Los organismos públicos tienen información no para ellos mismos, sino como custodios del bien público y, por lo tanto, todos tienen derecho a acceder a dicha información siguiendo las reglas establecidas de modo claro e inteligible por la ley³⁸.

5/ Los organismos públicos, incluso de oficio, deben publicar activamente cualquier información de interés público significativo³⁹.

6/ Los Estados deben fomentar un sector de radiodifusión privado diverso e independiente. Un monopolio estatal sobre la radiodifusión no es compatible con el derecho a la libertad de expresión. El sistema de regulación de la radiodifusión debe promover la radiodifusión privada y comunitaria⁴⁰.

7/ Las emisoras controladas por el Estado y el gobierno deben transformarse en emisoras de servicio público, responsables ante el público⁴¹.

8/ Las restricciones penales sobre los contenidos expresados deben orientarse a la garantía de un interés legítimo en una sociedad democrática⁴².

9/ Los Estados han de adoptar las medidas efectivas para evitar la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación⁴³.

10/ Cualquier autoridad pública que ejerza poderes en las áreas de la regulación de la radiodifusión o las telecomunicaciones debe ser independiente y adecuadamente protegida contra la interferencia, particularmente de naturaleza política o económica⁴⁴.

11/ El proceso de nombramiento de los miembros de un organismo regulador debe ser abierto y transparente, implicando la participación de la sociedad civil, y no debe dejarse bajo el control de ningún partido político en particular⁴⁵.

38. *Idem.*

39. *Idem.*

40. *Idem.*

41. *Idem.*

42. *Idem.*

43. *Idem.*

44. *Idem.*

45. *Idem.*

12/ Cualquier organismo regulador establecido para escuchar quejas sobre el contenido de los medios, incluidos los Consejos de medios, debe estar protegido contra cualquier interferencia indebida. Sus poderes ha de ser de naturaleza meramente administrativa y no debe sobreponerse a la función que se le reconoce a los tribunales⁴⁶.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA AFRICANA

Tal como ha quedado expuesto. La Declaración de principios sobre la libertad de expresión en África establece que la libertad de expresión es un derecho reconocido a todos comprendiendo la libertad de expresar opiniones, difundirlas y recibir información. En virtud de ello, la expresión, recepción y difusión de ideas e información son indivisibles⁴⁷. Las Formas en que puede llevarse a cabo son variadas, pudiendo ser oral, por escrito, vía la prensa o el arte o cualquier otra forma de comunicación.

En la misma línea, la Comisión africana lo concibe como un derecho humano básico, vital para el desarrollo personal del individuo, su conciencia política y su participación en la conducción de los asuntos públicos en su país⁴⁸. Además, añade que en una sociedad abierta y democrática, debe permitírseles a los individuos expresar sus opiniones de modo libre, precisando que respecto de las figuras públicas, tales propósitos no deben considerarse insultantes⁴⁹. Es, pues, el derecho de cada miembro de la sociedad el interesarse y preocuparse por los asuntos públicos, incluidas las actividades de los juzgados⁵⁰. Precisa, también la Comisión en el caso *International Pen and Others (on behalf of Ken Saro-Wira) contra Nigeria*, que la expresión dirigida a las asambleas o proferida en reuniones está protegida por el derecho a la libertad de expresión que incluye expresiones que pueden ofender o ser provocativas⁵¹. Igualmente, cabe subrayar que la Carta Africana no contiene una cláusula de derogación. Por lo

46. *Idem*.

47. Comisión ADHP. *Scanlen y Holderness c. Zimbabwe*, 3 abril 2009. Asunto 297/05, párr. 108.

48. Comisión ADHP. *Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda y Constitutional Rights Project c. Nigeria*, 31 octubre 1998. Asuntos 105/93-128/94-130/94-152/96, párr. 54. Véase también, CADHP, asunto *Amnesty International Vs. Zambia* (212/98).

49. Comisión ADHP. *Zimbabwe Lawyers for Human Rights y Associated Newspapers of Zimbabwe c. República de Zimbabwe*, 3 abril 2009. Asunto 284/03, párr. 95.

50. *Idem*.

51. *International Pen and Others (on behalf of Ken Saro-Wira) v. Nigeria*, Asuntos Nos. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97 (1998), párr. 110.

tanto, las limitaciones a los derechos y libertades consagrados en la Carta no pueden estar justificadas por emergencias o circunstancias especiales⁵².

En contra de lo que ocurre en los otros sistemas internacionales de derechos humanos, en el sistema africano la norma base que reconoce la libertad de expresión no precisa cuáles son las restricciones legítimas susceptibles de afectar dicha libertad. El artículo 9.2⁵³ prevé una restricción bastante amplia, en la medida en que exige que la libertad de expresión haya de ejercerse “en el respeto de la ley”. En el caso *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project Vs Nigeria* (140/94-141/94-145/95) la CADHP ha establecido una equivalencia entre el término “ley” y “normas internacionales al afirmar que:

“Según el artículo 9.2 de la Carta, la difusión de las opiniones puede ser limitada por la ley. Ello no significa que la legislación nacional pueda ignorar el derecho de expresar sus opiniones, pues así se haría ineficaz la protección del derecho a expresar sus opiniones. Permitir a las leyes nacionales tener prevalencia sobre el Derecho Internacional convertiría en superflua la codificación de ciertos derechos en los Tratados internacionales. Las normas internacionales de los derechos humanos deben tener siempre la prevalencia sobre las leyes nacionales que las contradicen”.

La remisión a la ley, por lo tanto, no ha de considerarse como un cheque en blanco en manos del legislador nacional, pues esta norma resulta sometida a limitaciones que impiden que el derecho quede despojado de toda utilidad. En este sentido se ha pronunciado la Corte constitucional de Zimbabue en el caso *Chimakure vs Attorney-General of Zimbabue* al afirmar que “controlar la manera a través de la cual un derecho se ejerce no debe significar su negación o su invalidación”. Añade, además, que la limitación no debe aminorar o comprometer la esencia del derecho a la libertad de expresión, y la relación entre el derecho y su limitación –o entre la regla y la excepción– no debe ser invertida.

Tal como ha quedado apuntado, si es cierto que puede sostenerse que el discurso puede someterse a límites, no es menos cierto que algunas formas del mismo, como puede ser el discurso político, deben ampararse por razón de su importante papel al servicio del interés público. La Comisión africana suscribe este planteamiento, pues en su decisión en el asunto *Amnesty International Vs Zambia* (212/98) estima que “la libertad de expresión es un derecho humano fundamental y esencial

52. *Ibidem*, párr. 67.

53. Art 9.2. “Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley”.

para el desarrollo de la persona, de su conciencia política y de su participación en los asuntos públicos de su país". Además, en el asunto *Kenneth Good c. le Botswana* (313/05), la Comisión africana añade (párrafo 198) que "se espera un alto grado de tolerancia cuando se trata de un discurso político y tanto más cuando se dirige al Gobierno y a sus responsables". En otra decisión, subraya la Comisión africana que las críticas al Gobierno no constituyen un ataque a la reputación personal del Jefe de Estado. Personas que asumen roles públicos altamente visibles deben enfrentar necesariamente un mayor grado de crítica que los ciudadanos privados; de lo contrario, el debate público podría resultar sofocado por completo⁵⁴.

En esta misma línea, el 5 de diciembre de 2014 la Corte africana tuvo su primera ocasión para pronunciarse sobre un caso en el que la libertad de expresión estaba en juego. La Sentencia anuló la condena impuesta al periodista Lohé Issa Konaté⁵⁵, que consistía en severas sanciones penales tras ser acusado de difamación por haber publicado varios artículos periodísticos denunciando la actitud corrupta del Fiscal general.

La Corte ha estimado que la condena constituye una injerencia desproporcionada en la libertad de expresión del recurrente, y ha precisado que los personajes públicos deben tolerar más críticas que los particulares carentes de esta proyección. Además, la Corte ha ordenado al Estado burkinés reformar su legislación sobre la difamación en pos de hacerla compatible con los estándares internacionales. En este sentido, deben eliminarse las penas privativas de libertad en esta materia para garantizar que las demás sanciones que entraña dicho ilícito respeten los criterios de necesidad y de proporcionalidad de conformidad con las obligaciones internacionales del país.

Para resolver casos de colisión de la libertad de expresión con otros derechos o bienes reconocidos en la Carta africana, tanto la Comisión como la Corte africana han hecho uso del test de proporcionalidad.

Así, en el caso *Kenneth Good contra Botswana* (Párrafo 188), la CADHP declara que "aunque en la Carta africana los motivos de limitación de la libertad de expresión no estén expresamente previstos como en otros Tratados internacionales relativos a los derechos humanos, la expresión "en el marco de la ley" ofrece un margen de maniobra para tener en cuenta los

54. Comisión ADHP. Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda y Constitutional Rights Project c. Nigeria, 31 octubre 1998. Asuntos 105/93-128/94-130/94-152/96, párrafo 74.

55. Lohé Issa Konaté c. République du Burkina Faso <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp>.

intereses individuales, colectivos y nacionales legítimos que justifiquen los motivos de la limitación”.

En el caso *Managing Editor, Mseto and Another contra Attorney General of the United Republic of Tanzania*, n.º 7 de 2016, el EACJ⁵⁶ declaró que una orden del Ministro de Información, Cultura, Artes y Deportes de Tanzania, de fecha 10 de agosto de 2016⁵⁷, restringió la libertad de expresión y la libertad de prensa, lo que constituye una violación de la obligación de la demandada en virtud del Tratado EAC de defender y proteger los principios de democracia, Estado de Derecho, rendición de cuentas, transparencia y buen gobierno.

Tras examinar las disposiciones pertinentes del tratado, la EACJ dictaminó que la orden del Ministro contenía “anomalías evidentes, irrazonables, ilegales y desproporcionadas”. A continuación pasa a indicar que no se alegó ningún motivo razonable en la orden del 10 de agosto de 2016; que los solicitantes no tuvieron la oportunidad de responder; que la orden violó los principios de libertad de expresión y libertad de prensa, sin apoyarse en motivos adecuados y convincentes por los que un editor debidamente registrado debería dejar de publicar su revista, y que la orden se emitió sin establecer cómo la publicación del periódico violó específicamente el interés público, el interés de la paz y/o el buen orden del pueblo de Tanzania. Añade, además, que no estaba claro por qué el artículo en cuestión violó la Sección 25 (1) de la Ley de Medios Impresos. Por lo tanto, el EACJ concluyó que las restricciones impuestas

56. Tribunal internacional creado por el Tratado para el establecimiento de la Comunidad de África del Este, y que ha sido reformado en 2006 y 2007. Es el órgano judicial encargado de asegurar el respeto del Derecho en la interpretación, aplicación y cumplimiento del citado Tratado. Está formado por una División de Primera Instancia y una División de Apelación, compuestas por cinco jueces cada una. Su sede provisional está en Arusha (Tanzania).

57. El 10 de agosto de 2016, el Ministro de Información, Cultura, Artes y Deportes de Tanzania emitió una orden exigiendo a los solicitantes que dejaran de publicar el periódico ‘Mseto’ por un período de tres años. La orden del Ministro decía lo siguiente: “El periódico titulado ‘Mseto’ debe dejar de publicarse, incluidas todas las comunicaciones electrónicas de conformidad con la ley de comunicaciones electrónicas y postales, por un período de treinta y seis meses a partir del 10 de agosto de 2016”. Los solicitantes no tenían derecho a publicar o difundir información por ningún medio, incluido Internet.

El Ministro habría estado facultado para emitir tal orden bajo la sección 25 de la Ley de Periódicos de 1979, que dice: “Cuando el Ministro es de la opinión de que es de interés público, o en interés de la paz... podrá, mediante orden en la Gaceta, disponer que el periódico mencionado ... deje de aparecer a partir de la fecha señalada en la orden”. Desde entonces, la Sección 25 (1) ha sido derogada por la Ley de Medios de 2016, pero la orden que prohíbe la publicación de Mseto todavía está en vigor.

por el Ministro eran ilegales, desproporcionadas y no perseguían ningún objetivo legítimo. Al respecto, la EACJ manifestó que:

“El hecho de no haber establecido la parte demandada cómo la publicación en el periódico Mseto perjudicó el interés público, o el interés de la paz y el buen orden de la población, sólo puede llevar a la conclusión de que la orden impugnada se dictó en violación del derecho a la libertad de expresión (...) De hecho, la orden deroga los principios de la democracia y el respeto de los principios de la buena gobernanza, el Estado de derecho y la justicia social. Además, la orden no cumplió con los principios de rendición de cuentas y transparencia. Al emitir órdenes fantasiosas que eran solo sus ‘opiniones’, y al no reconocer el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de prensa como un derecho fundamental que debe ser protegido, reconocido y promovido de acuerdo con las disposiciones de la Carta Africana, el Ministro actuó ilegalmente”.

En el caso *Lohe Issa Konate contra Burkina Faso*, la Corte africana, a su vez, exige que las restricciones a la libertad de expresión deben cumplir los siguientes requisitos⁵⁸: estar previstas en una ley, servir para alcanzar un fin legítimo y ser necesarias para alcanzar el objetivo propuesto.

58. Véase, Corte ADHP, *Caso Lohe Issa Konate c. Burkina Faso*, 5 diciembre 2014. App. 04/2013, párr. 125-166.

Esta sentencia versa sobre el caso *Lohé Issa Konaté contra Burkina Faso*. Lohé Issa Konaté es un periodista en el periódico semanal *L’Ouragan* de Burkina Faso que fue condenado a 12 meses de cárcel y a pagar un montante total de 6 millones de francos CFA (12.000 €) entre multas, indemnización por daños al demandante y en concepto de costas. Igualmente quedaron suspendidas durante 6 meses las publicaciones en dicho diario. Dicha condena se produce a raíz de la publicación de dos artículos en los que Konaté acusaba de corrupción al Fiscal Placide Niékema quien denunció a Konaté en la jurisdicción nacional por difamación, insulto público y desacato a los tribunales.

No obstante, Konaté acudió a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al considerar que su condena violaba los Tratados Internacionales ratificados por Burkina Faso en lo relativo a la libertad de expresión, a saber, el artículo 9 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 66.2.c del Tratado Revisado de la ECOWAS.

En el fallo de la Sentencia se establece que Burkina Faso ha violado los citados artículos imponerse tanto la pena de prisión como la multa excesiva, así como por la suspensión de las publicaciones. Asimismo, se decreta que Burkina Faso debe cambiar su legislación nacional en evitación de que vuelvan a producirse semejantes violaciones de la libertad de expresión, y ordena la incoación de un procedimiento de reparación en beneficio de Konaté.

Según la Corte Africana, las restricciones a la libertad de expresión deben estar predeterminadas en una ley, servir a un propósito legítimo y ser necesarias para alcanzar dicho propósito. En este caso, se cumplen las dos primeras previsiones puesto que

Con relación a la previsión legal, el artículo 9.2 de la Carta Africana establece que “Toda persona tiene derecho a expresar y difundir sus opiniones en el marco de las leyes y reglamentos”. La referencia a “dentro de la ley” ha sido interpretada en el sentido de que “las autoridades competentes no deben adoptar decisiones que limiten el ejercicio de esta libertad. Las autoridades competentes no deben anular las disposiciones constitucionales ni comprometer los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y las normas internacionales de Derechos Humanos”⁵⁹. De este modo, la Comisión establece un principio general que se aplica a todos los derechos y no solo a la libertad de asociación. El Gobierno debe evitar restringir los derechos y prestar especial atención a los derechos constitucionales y aquellos garantizados por el Derecho Internacional Humanitario. Ninguna situación justifica, pues, la violación sistemática de los derechos humanos. De hecho, las restricciones generales de los derechos reducen la confianza pública en el Estado de Derecho y, además, a menudo carecen de utilidad.

existen normas burkinesas con la suficiente claridad y precisión a este respecto que sirven al propósito legítimo, la protección de los derechos de otras personas (art. 27.2 Carta de Banjul) como es el caso de la protección del honor y la respetabilidad de un Fiscal en el ejercicio de su profesión. No obstante, estas restricciones no logran alcanzar el objetivo propuesto de forma apropiada y proporcionada.

La Corte Africana realiza un análisis jurisprudencial de órganos jurisdiccionales en materia de Derechos Humanos de diferentes partes del mundo como son el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Para la propia Corte Africana es imprescindible distinguir entre si la persona que invoca a su honor y respetabilidad es figura pública o no. Por consiguiente, si lo es como en el caso del fiscal, el grado de críticas que podrán recibir es superior.

Se ha demostrado que la pena de prisión supone una limitación excesiva de la libertad de expresión debido a que existen maneras más proporcionadas para proteger los derechos y la reputación del fiscal en cuestión. Por ende, tanto la sentencia como las normas burkinesas en que se basa aquella son contradictorias con el art. 9 Carta de Banjul. Siendo las penas de prisión limitadas a casos excepcionales como la incitación al odio que están totalmente fuera de los límites de la libertad de expresión. En el caso de las multas y la suspensión de las publicaciones, debemos atender al criterio de necesidad y proporcionalidad que en este caso no cumplen al ser ambas excesivas.

Precisa la Corte africana que “Fuera de circunstancias graves y muy excepcionales, en particular la apología de los crímenes internacionales, la incitación pública al odio, la discriminación o violencia o las amenazas contra una persona o un grupo de personas, sobre la base de criterios específicos como la raza, el color, la religión o el origen nacional, la Corte considera que las infracciones a las leyes relativas a la libertad de expresión y de prensa no pueden ser sancionadas con penas privativas de libertad, sin ir en contra de las disposiciones antes mencionadas. La Corte también observa que, en cuanto a las demás sanciones penales, civiles o administrativas, éstas continúan sujetas al criterio de necesidad y proporcionalidad; que, de resultar desproporcionados o excesivos, serán incompatibles con la Carta y otros instrumentos de derechos humanos pertinentes”.

59. Comunicación 101/93 sobre libertad sindical.

Por lo tanto, la Comisión Africana ha dejado claro que un Estado no puede basarse en su marco interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional de los derechos humanos. En Media Rights Agenda y Constitutional Rights Project contra Nigeria, el Gobierno prohibió por decreto la publicación de ciertos periódicos. Al detectar una violación del Artículo 9.2 de la Carta Africana, la Comisión explica (en el párrafo 40) que: “Según el Artículo 9.2 de la Carta, la difusión de opiniones puede estar restringida por ley. Esto no significa que la legislación nacional pueda ignorar el derecho a expresar y difundir las propias opiniones, pues ello haría ineficaz la protección del derecho a expresar las propias opiniones. Permitir que las leyes nacionales prevalezcan sobre el Derecho Internacional convertiría en superflua la codificación de ciertos derechos en Tratados internacionales. Las normas internacionales de derechos humanos deben prevalecer siempre sobre las leyes nacionales que las contradigan”.

Con relación al segundo criterio, eso es el cumplimiento de un fin legítimo, se hará referencia a dos fundamentos comunes invocados para limitar la libertad de expresión como el caso de la reputación de los demás y del orden público. El tercero, referido a la moralidad, no será tratado a falta de jurisprudencia que lo invoque. En este sentido, en el caso Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project⁶⁰, la CADHP ha indicado que “las únicas razones legítimas para limitar los derechos y libertades de la Carta Africana se encuentran en el Artículo 27.2, a saber, que los derechos de la Carta deben ejercerse respetando los derechos de los demás, la seguridad colectiva, la moralidad y el interés común”. (...) Añade que “Las razones de toda limitación deben fundarse en un interés legítimo del Estado, y los inconvenientes de la limitación de los derechos deben ser estrictamente proporcionados y absolutamente necesarios en relación con los beneficios que se pretenden obtener”.

1/ La reputación de los demás:

La mayoría de los Estados tienen leyes que permiten incoar acciones civiles por difamación cuando la reputación de una persona ha sido dañada de modo ilícito. Algunos Estados también conservan el delito de difamación penal, aunque la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos lo considera incompatible con la Carta Africana. Además, el principio duodécimo de la declaración de principios sobre la libertad de expresión en África, rubricado “la protección de la reputación” prevé que:

“Los Estados deben garantizar que sus leyes de difamación se ajusten a los siguientes criterios:

60. Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project c. Nigeria, párrafo 68.

- Nadie debe ser castigado por declaraciones, opiniones o declaraciones precisas sobre personalidades conocidas.
- Las figuras públicas deben tolerar muchas más críticas; y
- Las sanciones nunca deben ser tan severas como para impedir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, incluso por parte de otros”.

Con respecto a las figuras públicas, la Corte Africana en el caso *Konaté v. Burkina Faso* (en el párrafo 155) confirmó que los agentes públicos deberían ejercer más control y soportar más críticas que el ciudadano medio. Al respecto, la Corte Africana considera “que la libertad de expresión en una sociedad democrática debería estar sujeta a un menor grado de injerencia cuando se ejerce en el contexto de debates públicos sobre figuras públicas”. A continuación, añade en la misma línea que la CADHP que “aquellos que asumen destacados roles públicos deben necesariamente estar preparados para recibir mayores críticas que las que pueden sufrir los ciudadanos comunes, pues de lo contrario no sería posible cualquier debate público”.

2/ La seguridad nacional:

El Principio XIII de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África establece que la libertad de expresión no será restringida por razones de orden público o de seguridad nacional “a menos que exista un riesgo real de daño a un interés legítimo, y que exista una estrecha relación de causalidad entre el riesgo de daño y la expresión”.

En el caso *Media Rights Agenda y Constitutional Rights Project contra Nigeria*, la CADHP ha declarado que “es importante que en la conducción de los asuntos de Estado, las opiniones críticas al Gobierno sean juzgadas en función de si representan o no un peligro real para la seguridad nacional. Si el Gobierno creyó que el artículo en cuestión era un insulto contra él o contra el Jefe de Estado, una acción por difamación hubiera sido más adecuada que apoderarse de todo el número de la revista antes de su publicación”. En este caso, la Comisión concluyó que la limitación no podía justificarse por motivos de seguridad nacional y que, por lo tanto, hubo una clara violación del párrafo segundo del artículo nueve de la Carta Africana.

En cuanto al criterio de necesidad, se exige que la restricción sea (i) eficaz, es decir, adecuada para lograr el interés legítimo perseguido; (ii) lo menos restrictiva posible para lograr el fin legítimo perseguido; y (iii) proporcionada, es decir, no debe sacrificar la libertad de expresión de manera desproporcionada en relación con los beneficios que deriven de la protección del fin perseguido.

En la decisión de 2002 en el caso Fiscal General contra Mopa, la Corte de Apelaciones de Lesotho, refiriéndose a la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso R contra Oakes, afirma que “hay tres elementos importantes de un test de proporcionalidad. Primero, las medidas apropiadas deben diseñarse cuidadosamente para lograr el objetivo en cuestión. No deben ser arbitrarios, injustos o basados en consideraciones irracionales. En definitiva, deben estar racionalmente relacionados con el objetivo. En segundo lugar, los medios, aunque tengan una conexión racional con el objetivo, deben menoscabar lo menos posible el derecho o la libertad en cuestión (...) En tercer lugar, debe haber proporcionalidad entre los efectos de las medidas que limitan el derecho o la libertad y el objetivo que se ha identificado como de suficiente importancia”.

Como ejemplo de la clara aplicación del test de proporcionalidad por otras instancias jurisdiccionales en el continente africano podemos aludir al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la CEDEAO.

En febrero de 2018, en el caso Federation of African Journalists and Others contra Gambia, el Tribunal de Justicia de la CEDEAO estableció que las leyes de difamación, sedición y noticias falsas de Gambia inciden de manera desproporcionada en los derechos de los periodistas gambiaños y, por lo tanto, ordenó que se derogasen o modificasen de inmediato dichas leyes de conformidad con sus obligaciones internacionales. El conjunto de leyes sobre sedición, noticias falsas y difamación había sido utilizado en el caso de los periodistas Fatou Camara, Fatou Jaw Manneh, Alhagie Jobe y Lamin Fatty, detenidos y torturados por el régimen de Yahya Jammeh. Afirma que las leyes violaban la libertad de prensa y el acceso a la información, y precisa que el Gobierno de Gambia arrestó, acosó y detuvo arbitrariamente a periodistas y los obligó a exiliarse por temor a ser perseguidos por su labor periodística. Al evaluar la proporcionalidad de la limitación, el Tribunal de Justicia de la CEDEAO afirmó que:

“Al analizar las leyes penales de Gambia, ciertamente se puede deducir que las mismas no garantizan una prensa libre en el espíritu de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. Las restricciones y la vaguedad con que se formularon estas leyes (...), dificultan discernir con certeza qué constituye un delito de sedición. La práctica de imponer sanciones penales por sedición, injuria, calumnia y publicación de falsas noticias, tiene un efecto paralizador susceptible de restringir indebidamente el ejercicio de la libertad de expresión de los periodistas. La aplicación de estas leyes constituye una violación continua de los derechos de los reclamantes reconocidos internacionalmente”.

Además, el Tribunal considera que “las sanciones penales impuestas a los solicitantes son desproporcionadas e innecesarias en una sociedad democrática en la que la libertad de expresión es un derecho garantizado en virtud de las citadas disposiciones internacionales”.

Así mismo, a nivel nacional, en mayo de 2018, en *Gambia Press Union and Others contra Attorney General, SC Civil Action (N.º 1/2014)*, la Corte Suprema de Gambia declaró inconstitucionales la Ley de difamación y la Ley de noticias falsas en Internet. Sin embargo, con respecto a la Ley de Sedición, considera que la ley era inconstitucional solo respecto de los medios de comunicación en los que una publicación se refiere a funcionarios del Gobierno y otras funciones, pero se dio por no contraria a la Constitución en lo que al Presidente se refiere.

Este esfuerzo interpretativo realizado por la CADHP y de la Corte Africana no ha sido baldío, pues ha habido cambios reseñables en las jurisdicciones nacionales en varios países del continente africano.

En el año 2016, el Tribunal Constitucional de Zimbabue declaró inconstitucional el delito de difamación penal por ser incompatible con el derecho a la libertad de expresión protegido por la Constitución de Zimbabue⁶¹.

Al año siguiente, en 2017, en el caso *Okuta contra el Fiscal General*, el Alto Tribunal de Kenia sostuvo de manera similar que el delito de difamación penal era inconstitucional, por ser desproporcionado y excesivo respecto del fin consistente en la protección de la reputación personal, y que, además, existía un recurso civil en sustitución del procedimiento penal por difamación.

Más recientemente, el 18 de mayo de 2018, el Tribunal Constitucional de Lesotho declaró que el delito de difamación penal era incompatible con el derecho a la libertad de expresión, y por lo tanto resulta inconstitucional.

De igual forma, el Gobierno de Ghana derogó los delitos de difamación penal, y parcialmente el delito de sedición, mientras que el Gobierno de Togo derogó las leyes de difamación criminal e de insulto. En Uganda, igualmente, la publicación de noticias falsas y las leyes de sedición fueron declaradas inconstitucionales por el Alto Tribunal.

IV. CONCLUSIONES

Nada se descubre al recordar que en el Estado de Derecho existe una íntima vinculación entre las libertades de expresión y la democracia,

61. Asunto MISA-Zimbabue, *et al.* c. Ministro de Justicia.

pues aquélla asume una sustancial importancia para la configuración y vigencia de una opinión pública abierta, tolerante y pluralista, debiendo combatirse cualquier tipo de censura previa o de interferencia o presión directa o indirecta que pudiera entorpecer su ejercicio.

A modo de conclusiones, entresacadas del análisis de este recorrido jurisprudencial podemos sacar lo siguiente:

El artículo nueve consagra un principio general: la libertad de expresión, y su limitación genérica, que, en todo caso, debe interpretarse restrictivamente.

El derecho a la libertad de expresión implica el ejercicio de la libertad de opinión y de la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, esto es, hechos y juicios de valor, diferenciación que puede tener consecuencias jurídicas.

La libertad de expresión tiene una especial relevancia por cuanto es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual, y por ello mismo, verdadera piedra angular de los principios de la democracia y de los derechos humanos protegidos por la Carta africana.

Todo ello adquiere especial relevancia para la prensa, a la que incumbe publicar informaciones e ideas sobre cuestiones discutidas en sectores de interés público. Especialísima trascendencia adquiere la discusión política, por cuanto la libertad de controversia política pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática. De ello, la jurisprudencia expuesta deriva una notable consecuencia que se resume en el hecho de los límites de la crítica permitida son más amplios con relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular.

La ley de cada país se nos presenta como el corpus social más idóneo para definir los límites de la libertad de expresión. Coherentemente con ello, toda injerencia sobre la misma ha de venir “prevista por la ley” en sentido material, eso es, en términos de la Comisión Africana, de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Además, toda injerencia sobre la libertad de expresión ha de ser legítima; quiere ello decir que ha de perseguir un objetivo legítimo y ha de ser necesaria en una sociedad democrática, habida cuenta de los deberes y responsabilidades que conlleva el ejercicio de esta libertad.

En materia de libertad de expresión, y en nómina no exhaustiva, una trilogía de cuestiones asoma en forma de desafío para la consolidación del Estado de Derecho en el continente africano: a) evitar que el Estado

manipule la distribución en los medios de comunicación de la pauta de publicidad oficial, utilizándola abusivamente como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión; b) garantizar el ejercicio efectivo del derecho fundamental de acceso a la información pública, es decir, la facultad ciudadana de indagar o verificar los registros y datos públicos o que se encuentren en poder de los órganos estatales, para coadyuvar a un más acabado control de la “cosa pública” y consolidar la institucionalidad democrática; y c) procurar la derogación de la figuras penales que, indirectamente, pudieran producir un efecto intimidatorio que restrinja infundadamente la libre circulación de ideas e imposibilite el debate democrático sobre la gestión pública.

No le escapa al lector la coincidencia entre la jurisprudencia del TEDH y la de las instancias africanas a las que se ha hecho referencia. A pesar de ello, y por razones de falta de arraigo de la cultura del Estado de Derecho, sobre todo entre los gobernantes⁶², la situación fáctica de la libertad de expresión no es nada halagüeña. Quizás, la introducción de una especie de control de convencionalidad de las normas nacionales, y el establecimiento de mecanismos garantes de la ejecución de las decisiones de las instancias regionales, pueda contribuir a la construcción desde arriba del Estado de Derecho en el continente africano. Hasta tanto ello se produzca, parece ser que la jurisprudencia tanto de la Comisión como de la Corte africana siguen alejándose de la realidad que les corresponde conformar.

V. BIBLIOGRAFÍA

KIYINDOU, Alain. “Technologies de l’information et de la communication et démocratie en Afrique. Usages et pratiques des publics dans les pays du sud. Des médias classiques au TIC”. Actes du colloque d’Agadir 2012, publiés dans le cadre de l’action intégrée PHC VOLUBILIS 2012. PROJET N° 26866ZD.

Ali KADOGO. “Le système africain de protection des droits de l’homme: Pratiques et procédures”, Mémoire, Fac. Droit UNIKIN, 2004-2005.

Antoine RUBBENS. “Le Droit judiciaire zaïrois”, Tome II, P.U.Z, Kinshasa, 1978.

62. “Les atteintes les plus graves aux libertés publiques sont le fait du pouvoir politique, et plus particulièrement, du pouvoir législatif investi de la fonction législative et du pouvoir exécutif chargé de la gestion des affaires publiques”. HOLO Théodore, “Émergence de la justice constitutionnelle”, *Pouvoirs*, 2009/2 (n° 129). DOI: 10.3917/pouv.129.0101. URL: <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-2-page-101.htm>.

- BAYART, Jean-François. "La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne", *Pouvoirs*, 2009/2 (n° 129). DOI: 10.3917/pouv.129.0027. URL: <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-2-page-27.htm>.
- Centre for Human Rights, Sélection de documents-clé de l'Union Africaine relatifs aux droits de l'homme, Pretoria University Law Press (PULP), Pretoria, 2008.
- DUPLAT, D. "Liberté de la presse, responsabilité des médias, l'Afrique sur la voie de l'autorégulation", Paris, GRET, 2002.
- ELONGO V. L. "Pratiques journalistiques en situation de crise. Vers une éthique atypique dans la presse congolaise", Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2011.
- FAYE M. "Presse privée écrite en Afrique francophone. Enjeux démocratiques", Paris, L'Harmattan, 2009.
- SUDRE, Frédéric. "Droit Européen et International des droits de l'homme", 6ème édition confondue, P.U.F, Paris 2003.
- GUEYE, Babacar. "La démocratie en Afrique: succès et résistances", *Pouvoirs*, 2009/2 (n° 129). DOI: 10.3917/pouv.129.0005. URL: <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-2-page-5.htm>.
- HOLO, Théodore. "Émergence de la justice constitutionnelle", *Pouvoirs*, vol. 129, n.° 2, 2009.
- ISGOUR, M., "La satire: réflexions sur le 'droit à l'humour'", A&M, 2000.
- JEANNENEY, Jean -Noel. "Une histoire des médias, des origines à nos jours", quatrième édition, le seuil, Lauriane Josende, liberté d'expression et démocratie, réflexion sur un paradoxe, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- ARGÁEZ, Jesús Manuel de los Santos. "Libertad de expresión y derechos humanos a la luz de instrumentos internacionales". *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Año I, Vol. 1, N.° 1, Jul-Dic. 2013, México. UJAT.
- KASOMA F. P. "L'Équation éthique", in Michel Ben Arrous (dir.), *Médias et conflits en Afrique*, Paris, Karthala/Institut Panos Paris, 2002.
- KENNEDY, A. "Libertad de expresión en juego: el caso de Sudáfrica". *Revista Pueblos*, diciembre, 2012.
- CIFENDE KACIKO, Moïse. "Les conditions de recevabilité des communications individuelles devant la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples: portée jurisprudentielle". *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

- HALAOUI, Nazam. "La langue de la Justice et les Constitutions africaines". *Droit et Société* 51/52, 2002.
- PERRET T. "Le temps des journalistes. L'invention de la presse en Afrique francophone", Paris, Karthala, 2005.
- OULD CHENA, Sidi Mohamed. "La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples: un processus de longue haleine", [www.Google.fr /Search](http://www.Google.fr/Search) DOI: <https://doi.org/10.3406/ajjc.2008.2457>.
- SMITH, Étienne, "Retour historique sur les 'printemps démocratiques' en Afrique subsaharienne", *Afrique contemporaine*, 2013/1 (n° 245). DOI: 10.3917/afco.245.0100. URL: <https://www.cairn.info/revue-afrique-contemporaine1-2013-1-page-100.htm>.
- SOW, Body. "La presse écrite et audiovisuelle au Sénégal", mémoire de l'École Nationale Supérieure des bibliothèques, sous la direction de Gerard Herzhaft, Villeurbanne, 19ème promotion, 1983.
- STERNBERG-SAREL, Beno. "La radio en Afrique noire d'expression française". In: *Communications*, 1, 1961.
- TETANG, Franc de Paul, "La normativité des préambules des constitutions des États africains d'expression française", *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/4 (N° 104). DOI: 10.3917/rfdc.104.0953. URL: <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2015-4-page-953.htm>.
- TUDESQ A.-J. "L'Espoir et l'Illusion. Actions positives et effets pervers des médias en Afrique subsaharienne", Talence, MSHA, 1998.
- VERPEAUX Michel. "Liberté d'expression et discours politique". In: *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2008/23-2007. Constitution et liberté d'expression – Famille et droits fondamentaux.
- BENOT, Yves "Indépendances africaines, Idéologies et réalités", tome 1, petite collection Maspero, paris, 1975.

III ARANZADI

Derecho penal y manipulación digital del consenso

TOMMASO GUERINI

*Professore Associato
Università Pegaso – Napoli*

*“Las noticias falsas levantaron multitudes.
Las noticias falsas, en toda la multiplicidad de sus formas
—meros rumores, imposturas, leyendas—
han llenado la vida de la humanidad”*
M. BLOCH

SUMARIO: I. DEFINICIÓN DEL TEMA Y DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE INVESTIGACIÓN. II. MODELOS COMPARATIVOS DE REGULACIÓN DE LAS FAKE NEWS ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y LOS IMPULSOS DE CENSURA. III. LEYES CONTRA LAS NOTICIAS FALSAS Y DERECHO DEL CIBERESPACIO EN LAS DEMOCRACIAS AUTORITARIAS Y LAS REPÚBLICAS POPULARES ASIÁTICAS. IV. LEGISLACIÓN RUSA, ENTRE DESINFORMACIÓN, FÁBRICAS DE TROLLS Y REPRESIÓN PENAL DE LA DISIDENCIA. V. DESPEDIDA.

I. DEFINICIÓN DEL TEMA Y DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE INVESTIGACIÓN

El filósofo coreano Byung-Chul Han observa en un estudio reciente cómo *“la actual hiperinflación de los objetos, que conduce a su proliferación explosiva, es a su vez un síntoma de una creciente indiferencia hacia ellos.*

Nuestras obsesiones ya no son las cosas, sino la información y los datos. Ahora producimos y consumimos más información que cosas. Nos embriagamos con la comunicación. Las energías libidinales abandonan las cosas y se lanzan sobre las no cosas. La consecuencia de esto se llama infomanía”¹.

Esto me parece una clave muy útil para la relación entre la manipulación digital del consenso y el derecho penal.

En un momento aparentemente cercano, pero ya terriblemente lejano, es decir, antes de que aparecieran en el horizonte un par de cisnes negros² que socavaran de forma irreversible las frágiles certezas que habían caracterizado *al homo occidentalis* en las décadas posteriores al *fin de la historia*³ y que hicieran que el panorama geopolítico actual fuera *plutôt floue*⁴, era necesario plantear el problema de identificar un espacio semántico autónomo para el fenómeno que vamos a investigar respecto a la tradición milenaria de las noticias falsas y su impacto en la esfera pública.

Incluso antes de la revolución digital y del advenimiento de lo que el filósofo italiano Luciano Floridi ha llamado la *infosfera*⁵, que, como veremos, representan el caldo de cultivo del fenómeno que estamos observando, la manipulación –de los individuos, de las masas– ha sido siempre una herramienta de lucha política extremadamente eficaz, a la que tanto los regímenes autoritarios como las democracias –autoritarias o no– nunca han renunciado realmente, y su evolución va de la mano de la de los sistemas políticos y sociales, así como de la de las tecnologías disponibles para amplificar sus efectos.

Desde la noche de los tiempos⁶, quienes ejercen el poder se han planteado el problema de controlar a las masas: desde las religiones ancestrales

1. B-C. HAN, *Las no cosas*, Turín, 2022, 7.

2. Término que, a partir del ensayo de di N.N. TALEB, *Il cigno nero*, Milán, 2014, designa un acontecimiento raro con un enorme impacto y predecible retrospectivamente, pero no prospectivamente, nos referimos en particular a la pandemia de COVID-19 que se ha desarrollado desde principios de 2020 y a la invasión rusa de Ucrania que comenzó el 24 de febrero de 2022 y que todavía está en curso en el momento de escribir este artículo.

3. La expresión, como es sabido, fue acuñada tras la caída del Muro de Berlín por F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, 1992; el autor ha retomado recientemente algunas de sus teorías, revisándolas en parte, en ID., ID., *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, New York, 2018. Hay que reconocer que ya el 11 de septiembre de 2001 existían dudas sobre si la historia seguía avanzando, y no necesariamente hacia costas pacíficas.

4. R. QUENEAU, *Les Fleures bleues*, París, 1975, 3.

5. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*; ID., *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milán, 2020.

6. Remitimos a todos al rico ensayo de E. CANETTI, *Massa e potere*, Milán 1960-2011.

hasta la época contemporánea, *las élites* han desarrollado sistemas cada vez más refinados para obtener y defender su supremacía.

El creciente protagonismo de las masas populares en la política tras las revoluciones liberales del siglo XVII⁷ hizo que tanto las democracias como los regímenes autoritarios se esforzaran por desarrollar herramientas de *propaganda* cada vez más eficaces.

Si, por un lado, como observó Edward L. Bernays, “*la manipulación consciente e inteligente de las opiniones y los hábitos de las masas desempeña un papel importante en una sociedad democrática*”, hasta el punto de que “*quienes dominan este dispositivo social constituyen un poder invisible que dirige verdaderamente el país*”⁸, por otro lado, como observó Hannah Arendt, la propaganda es una herramienta indispensable para los regímenes totalitarios⁹.

Nos encontramos, pues, ante una *constante* cuya conformación cambia al variar el contexto sociopolítico de referencia. Lo que hace que el presente sea profundamente diferente incluso del pasado más reciente es la interacción entre dos fenómenos recientes.

Por un lado, en el plano económico antes que, en el político, el modelo occidental de democracia es desafiado abiertamente por las llamadas *democracias iliberales*¹⁰, sobre todo Rusia y China, pero también, en nuestro continente, por Polonia y Hungría y, por desgracia, en cierta medida también por Italia en la actualidad. Por otra parte, el campo de confrontación entre los diferentes modelos político-económicos ya se ha desplazado del mundo de los átomos al mundo de *los bits* –con especial atención a los temas de *Inteligencia Artificial*¹¹– y la tendencia, también debida al fortalecimiento de las infraestructuras vinculadas a la migración de un número creciente de actividades del universo analógico al digital, que se produjo durante la pandemia de COVID-19, parece ahora imparable, haciendo

7. Según Hannah Arendt: “*la propaganda totalitaria perfecciona la técnica de la propaganda de masas, pero no inventa ni propone sus temas. Estos ya están listos, preparados por los cincuenta años de ascenso del imperialismo, la desintegración del Estado-nación y la aparición de la plebe en la escena política europea*”. H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Turín, 2009, 484

8. E. L. BERNAYS, *Propaganda*, Nueva York, 1928 (trad. It. *Propaganda. Della manipolazione dell'opinione pubblica in democrazia*, Bolonia, 2008-2012, 25).

9. H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., 471 y ss.

10. F. FUKUYAMA, *Identità*, Milán, 2018, 19.

11. Como ha argumentado recientemente KAI-FU LEE, *AI Superpowers. China, Silicon Valley and the new world order*, Boston, 2018, las fronteras de la economía digital –y en particular el potencial que ofrece el desarrollo de la *Inteligencia Artificial* (IA)– representan el nuevo campo de batalla entre las superpotencias del siglo XXI y, en particular, Estados Unidos y China.

que el papel de las redes sociales sea cada vez más central en todos los ámbitos de la vida humana¹².

El poder de la imagen de Jake el Chamán irrumpiendo en el recinto sagrado *del Capitolio* el 6 de enero de 2020 reside en la mezcla del poder apotropaico del hombre primitivo –los gestos, el tocado, los tatuajes– con el poder esotérico de la dimensión digital.

Al igual que en las culturas *primitivas* el chamán representaba un puente entre la dimensión de lo divino y lo terrenal, en la era de la *infosfera*¹³ constituye un conducto para interactuar con el universo digital, dando sustancia a lo que de otro modo permanecería en el mundo de *los bits*.

No es casualidad que en Estados Unidos a Jake Angeli le llamen *Q Shaman*¹⁴, debido a sus actividades de propaganda de la teoría de la conspiración que llevan el nombre de *QAnon*.

Más allá de los aspectos folclóricos del asunto y de la escasa repercusión que tuvo en la regularidad del proceso electoral –habiéndose provocado de hecho sólo un retraso de unas horas en la proclamación del presidente electo–, no hay que subestimar el impacto del sincretismo entre lo real y lo virtual que subyace en él. *QAnon* nació en Internet y se extendió a través de las *redes sociales*, gracias también al incesante apoyo –más o menos manifiesto– del presidente de los Estados Unidos, que en numerosas ocasiones ha utilizado sus *tuits para* reavivar las tesis elaboradas por los seguidores de *Q*, *hasta el punto de proporcionarles* –con la difusión sistemática de verdaderas *fake news*¹⁵ sobre el transcurso del proceso

12. Para algunas consideraciones sobre el papel de las *redes sociales* en la pandemia de COVID-19 y sobre los posibles efectos de la migración al universo digital de actividades tradicionalmente realizadas “en presencia”, remitimos a T. GUERINI, *La tutela penale della libertà di manifestazione del pensiero nell’epoca delle fake news e delle infodemie*, en *DisCrimen*, 2-2020, 205-207.

13. En este párrafo y en el resto del texto, nos referiremos varias veces al pensamiento del filósofo Luciano Floridi, que ha observado cómo la constante interacción entre las dimensiones *online* y *offline* está produciendo una transformación irreversible de las arquitecturas conceptuales del presente. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milán, 2017, 99-105; ID., *Pensare l’infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milán, 2020.

14. W. WRIGHT, *Trump Loyalists Arrested and Charged With Involvement in Capitol Siege*, en *The New York Times*, 9 de enero de 2021.

15. Nos parece, en efecto, que en el caso de la tesis de las *Elecciones Robadas se dan* todos los elementos que caracterizan a las *fake news*, que desde nuestra perspectiva se caracterizan por ser informaciones parcial o totalmente falsas, producidas y difundidas intencionadamente o no a través de la Red, los medios o las tecnologías de comunicación digital, y caracterizadas por una aparente verosimilitud, esta última alimentada por un sistema distorsionado de expectativas de la opinión pública y por una ampliación de los prejuicios que subyacen en ella, lo que facilita que se comparta y se

electoral de noviembre– más elementos para sostener que existen fuerzas ocultas en la administración pública dedicadas a actividades delictivas destinadas a socavar el orden democrático.

Al igual que *las noticias falsas*, esta *teoría de la conspiración*, que se alimenta de sí misma en un ecosistema digital y luego se desborda en el mundo *real*, también puede considerarse como un producto original y *originario* de la revolución digital. De este modo, salen a la luz algunos *topoi* del pensamiento contemporáneo, con los que el jurista también debe enfrentarse.

La revolución digital –que, siempre según Floridi, representa la “cuarta revolución” en la historia del pensamiento¹⁶– ha provocado, por citar la eficaz imagen de Antoine Garapon y Jean Lassegue, una *ruptura antropológica*¹⁷, que se caracteriza por la progresiva capacidad del mundo digital *online* de desbordar al mundo analógico *offline*, con el que se mezcla, dando lugar a la experiencia *onlife*; un *tertium genus* en el que la propia distinción entre analógico y digital acaba perdiendo su sentido¹⁸.

El progresivo desarrollo de las TIC hace que cada vez más personas en el mundo vivan en una nueva dimensión –la *infosfera*– cada vez más *sincronizada, deslocalizada y correlacionada*¹⁹. Como ha señalado más recientemente el propio autor, en este contexto el problema de las normas –que

difunda, incluso en ausencia de verificación de las fuentes, de forma que se lesionen bienes jurídicos individuales, como el honor y la reputación, o que se pretenda afectar, directa o indirectamente, a la libertad de los ciudadanos para ejercer su derecho de voto y afectar al buen funcionamiento de las instituciones democráticas. T. GUE-RINI, *Fake news e diritto penale*, cit., 28-29.

16. La primera *revolución fue la que se inició con el pensamiento de Nicolás Copérnico*, gracias al cual se produjo un primer y radical replanteamiento del papel del hombre en el Universo. A esto le siguió una *segunda revolución, que tuvo lugar a partir de 1859*, año de publicación del libro de Charles Darwin *El origen de las especies*, en el que demostró que todo ser vivo era el resultado de una dinámica evolutiva que tiene lugar a través de un proceso de selección natural, sacando así al ser humano de la posición de baricentro del reino biológico. Por último, la *tercera revolución se debió al pensamiento de Sigmund Freud*, quien, a través del desarrollo del pensamiento psicoanalítico, puso en tela de juicio la visión del hombre sobre sí mismo. El pensamiento y la obra del matemático británico Alan Turing (y, en particular, el ensayo *On Computable Numbers, with an Application to the Entscheidungsproblem*, en *Proceedings of the London Mathematical Society*, volumen s2-42, número 1, 1937) darían lugar, en cambio, a la *cuarta revolución*, privando al hombre de la posición privilegiada y exclusiva que ocupaba “en el ámbito del razonamiento lógico, de la capacidad de procesar información y de actuar de forma inteligente”. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit. 105.
17. Tomamos prestada la eficaz imagen acuñada por A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *Justice digitale*, Paris, 2018, 16 y ss.
18. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., 47-48.
19. *Ibid*, 53.

se ignoró culpablemente cuando se decidió en los años 90 no introducir límites a Internet para no ahogar su crecimiento— pasa a ser central²⁰.

En este contexto nacen y proliferan las *fake news*, que desde nuestra perspectiva de estudio no son más que una evolución de las herramientas tradicionales de propaganda política.

Como tal, las *fake news* son un medio tecnológicamente evolucionado de manipular el consenso para satisfacer las necesidades que han surgido con la revolución digital, en la que ya no basta con dirigir la vida *analógica* de los ciudadanos, sino que hay que condicionar su comportamiento en la *infosfera*.

Otro orden de consideraciones puede sernos útil para orientar con mayor precisión las consideraciones más propiamente “criminalísticas” que nos proponemos realizar en los siguientes capítulos.

Tanto las crónicas de la pandemia como las imágenes más recientes procedentes del frente ucraniano refuerzan la tesis de que a través de la difusión de *fake news* se pueden dañar bienes jurídicos individuales y colectivos de primera importancia, incluyendo la vida, la salud pública e incluso el buen funcionamiento de los órganos constitucionales del Estado.

En lo que respecta al ámbito de la salud pública, es ya bien conocido cómo, desde que se difundieron las primeras noticias sobre la virulencia del COVID-19, la Organización Mundial de la Salud (OMS), al mismo tiempo, puso de manifiesto los peligros derivados de lo que se ha denominado la primera *infodemia* de la historia de la humanidad²¹, consistente en la difusión masiva de *noticias falsas* sobre el virus, de tal manera que se originó un *enjambre digital*²² capaz de ocultar las noticias que los organismos gubernamentales —en primer lugar, las autoridades sanitarias— debían difundir para controlar la epidemia y mitigar su impacto en la población.

En cuanto a la guerra ruso-ucraniana, cada día se informa de la difusión de *noticias falsas* e incluso de *fakes profundos*²³, destinados a desestabilizar

20. L. FLORIDI, *Il verde e il blu. Idee ingenuae per migliorare la politica*, Milán, 2020, 67.

21. J. ZAROCOSTAS, *How to fight an infodemic*, *The Lancet*, Vol. 395, 29 de febrero de 2020, 676. El neologismo describe, según la definición ofrecida por el Vocabulario Treccani, el fenómeno de la “circulación de una cantidad excesiva de información, a veces no cuidadosamente tamizada, que dificulta la orientación sobre un tema determinado debido a la dificultad de identificar fuentes fiables”. Véase *Infodemia* (entrada), en *Vocabulario on line*, en www.treccani.it/vocabolario. El lema se origina en inglés (*infodemic*) como una palabra compuesta por los sustantivos *Information* y *Epidemic*. Se dice que es una *palabra de autor*, acuñada por David J. Rothkopf, periodista del Washington Post, en un artículo de 2003 titulado *When the Buzz Bites Back*, que trataba de la epidemia de SARS de 2002-2004. Véase www1.udel.edu/globalagenda/2004/student/readings/infodemic.html.

22. B-C. HAN, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Roma, 2014.

23. El neologismo, acuñado en 2017, cruza la locución *deep learning* (conjunto de técnicas que permiten a la Inteligencia Artificial aprender a reconocer formas) con la palabra

a la población y al ejército ucraniano²⁴, es decir, a manipular la opinión pública occidental a favor de uno u otro bando²⁵.

De hecho, el reconocimiento del potencial bélico de las *noticias falsas* no es una característica de los tiempos contemporáneos, sino un elemento de afinidad con la tradición histórica de las noticias falsas. Como sugirió un gran teórico de la *antigua fiesta cruel*²⁶: “*la guerra es el Tao del engaño. Por lo tanto, si eres hábil, frente al enemigo finge incapacidad. Si te ves obligado a comprometer tus fuerzas, finge inactividad. Si tu objetivo está cerca, haz creer que está lejos; cuando esté distante, crea la ilusión de que está cerca*”²⁷.

Por tanto, debemos tomar nota, por un lado, de que la historia de la humanidad ha estado y está constantemente salpicada de acontecimientos determinados por la difusión y el uso de información fabricada²⁸, y, asimismo, por otro lado, reconocer cómo, dentro de esta categoría, *las fake news* representan un nuevo *paradigma*, en el sentido kuhiano²⁹.

Dicho esto, partiendo de la definición ofrecida por la Enciclopedia Treccani, según la cual el término *fake news* indica un término “*que entró en uso en la primera década del siglo XXI para designar la información parcial o totalmente falsa, difundida de forma intencionada o no a través de la web, los medios de comunicación o las tecnologías de comunicación digital, y caracterizada por una aparente verosimilitud, ésta alimentada por un sistema distorsionado de*

fake (falso, fake news) – y describe aquellas técnicas que permiten combinar y superponer imágenes mediante redes neuronales generativas (en la jerga técnica, GAN). Cf. N. ORDONELLI, ‘*Porn Deepfake*’: *profili di diritto penale*, en *Cyberlaws*, 18 de enero de 2021.

24. Véase, por ejemplo, el falso y profundo vídeo en el que el presidente ucraniano Volodymyr Zelensky ordenaba a las fuerzas armadas de su país que depusieran las armas frente a los militares rusos. Véase: <https://www.youtube.com/watch?v=X17yrEV5sl4>.
25. Somos conscientes de que esta afirmación requiere una aclaración. Como veremos ampliamente *más adelante*, § X, el gobierno ruso ha sido durante muchos años objeto de atención por parte de los organismos internacionales que vigilan el respeto a la libertad de opinión e información. La forma más evidente de manipulación lingüística es la elección rusa de negar la existencia misma de una *guerra*, llamando a la invasión de Ucrania una “*operación militar especial*”. Sin embargo, cabe suponer que también en el lado ucraniano se utilizan herramientas de desinformación digital destinadas a reforzar las reiteradas peticiones de ayuda de la comunidad internacional.
26. Tomamos prestado el título del rico ensayo dedicado por Franco Cardini a la evolución del papel de la guerra en la sociedad medieval. F. CARDINI, *Quell’antica festa crudele*, Bologna, 2013.
27. SUN TZU – SUN PIN, *El arte de la guerra*, Vicenza, 2005, 127.
28. En un valioso volumen publicado unos años antes de que el sintagma *fake news* entrara en el lenguaje común, Luciano Canfora ofrecía una visión que iba desde la carta de Pausanias a Jerjes, hasta las “extrañas” cartas enviadas en 1928 por Ruggero Grieco a Umberto Terracini y Antonio Gramsci, durante el juicio al que fueron sometidos por el régimen fascista. L. CANFORA, *La storia falsa*, Milán, 2008.
29. T. S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Turín, 1978.

*expectativas de la opinión pública y una amplificación de los prejuicios subyacentes, lo que facilita su puesta en común y su difusión incluso en ausencia de verificación de las fuentes*³⁰, suponemos que no es más que un producto original y originario de la era digital³¹.

Descartando esta definición desde el punto de vista del derecho penal, el término *fake news* se refiere a: “*información parcial o totalmente falsa, producida mediante el uso de datos digitales y difundida intencionadamente o no a través de la web, los medios de comunicación o las tecnologías de comunicación digital, y caracterizada por una aparente verosimilitud, alimentada ésta por un sistema distorsionado de expectativas de la opinión pública y una amplificación de los prejuicios subyacentes, que facilite su intercambio y difusión incluso en ausencia de verificación de las fuentes, como para poner en peligro o dañar bienes jurídicos individuales, como el honor y la reputación, la integridad física y la vida, o más frecuentemente dirigidos a afectar, directa o indirectamente, a la libertad de los ciudadanos para ejercer su derecho al voto y a afectar al buen funcionamiento de las instituciones democráticas*”³².

Nos parece que esta propuesta de definición consigue mantener unidos elementos *contextuales*, como el formante sociocultural y tecnológico, y elementos *ontológicos* o la *estructura* de las *fake news*, que no pueden ser consideradas “*realmente*” como noticias, al carecer tanto de la exigencia de verdad como de la calificación de hechos preexistentes a la actividad informativa.

Una vez aclarado este primer y fundamental aspecto, queda por averiguar por qué razones y en qué medida este fenómeno puede interesar al estudioso del Derecho penal. Una primera respuesta puede darse desde una perspectiva *interna del sistema* de derecho penal: en la época que mi mentor, el difunto profesor Filippo Sgubbi, denominó *derecho penal total*³³ no hay ni puede haber ningún fenómeno social relevante que no tenga impacto en el derecho penal, respecto del cual “*lo fáctico tenga un impacto normativo*”³⁴. Por esta razón, incluso en las jurisdicciones que no prevén expresamente sanciones por la difusión de *noticias falsas*, uno no puede dejar de preguntarse cómo este fenómeno puede afectar también a quienes se ocupan de nuestra materia.

Sin embargo, hay un segundo orden de razones que, en nuestra opinión, hace indispensable el recurso al formante comparativo. Como vamos a ver,

30. www.treccani.it/enciclopedia/fake-news.

31. Lo argumentamos en T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit. 5.

32. Se trata de una actualización necesaria, a la luz de lo argumentado *anteriormente*, de la definición que habíamos elaborado en 2020. Cf. *ibid.* 28-29.

33. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

34. *Ibid.*, 29.

numerosos ordenamientos jurídicos han optado por regular el fenómeno, incluso mediante el uso del instrumento punitivo. Entender cómo se llegó a ello y qué bienes jurídicos se sacrificaron para –intentar– hacerlo nos proporcionará una herramienta útil para pensar en nuestro futuro próximo.

II. MODELOS COMPARATIVOS DE REGULACIÓN DE LAS FAKE NEWS ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y LOS IMPULSOS DE CENSURA

Identificar la *World Wide Web* como el *hábitat de las fake news* requiere que tomemos nota del hecho de que nacen y viven en un lugar sin fronteras físicas. Nos encontramos ante una realidad que existe casi exclusivamente en la *infosfera*, capaz de producir efectos nocivos o peligrosos en el mundo físico, traspasando las fronteras de las naciones y, con ellas, las jurisdicciones.

Al igual que Internet no tiene fronteras físicas, tampoco las tienen *las noticias falsas*, que han arraigado –aunque con algunas diferencias– en todos los países con una infraestructura informática suficientemente desarrollada.

La problemática de los fenómenos delictivos transnacionales es conocida desde hace tiempo por el jurista contemporáneo, basta pensar en el contrabando, el tráfico de drogas o el blanqueo de dinero, cuya naturaleza *transfronteriza* es hoy ampliamente estudiada y conocida en sus elementos esenciales y ha dado lugar a disciplinas de prevención y represión basadas en la cooperación intergubernamental y la armonización de las legislaciones nacionales.

Del mismo modo, los ciberdelitos también han sido objeto de estudio durante mucho tiempo en la literatura penal continental, que ahora se ocupa de la *ciberdelincuencia*³⁵, así como del posible impacto de la Inteligencia Artificial en el derecho penal³⁶.

35. Para enmarcarlo, véase L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione di insieme*, en AA.VV. (dirigido por A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa), *Cybercrime*, Milán, 2019, 33 y ss. Tampoco puede pasar desapercibido cómo el progresivo aumento de las actividades delictivas en la red ha planteado cuestiones especialmente complejas en materia de jurisdicción del juez italiano y de competencia del juez penal. Sobre este punto véase, recientemente, F. CAJANI, *Giurisdizione e competenza nelle indagini informatiche*, en G. SPANGHER – F. SPIEZIA (eds.), *Cyber forensics e indagini digitali: manuale tecnico giuridico e casi pratici*, Turín, 2021, 175 y ss. Anteriormente, sobre cuestiones similares, ya S. SEMINARA, *La pirateria su Internet e il diritto penale*, en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 1-2, 102 y ss. así como R. FLOR, *I limiti del principio di territorialità nel 'cyberspace'*. *Rilievi critici alla luce del recente orientamento delle Sezioni Unite*, en *Dir. pen. e proc.*, 2015, 10, 1296. e ID., *La legge penale nello spazio, fra evoluzione tecnologica e difficoltà applicative*, EN A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA (ed.), *Cybercrime*, Milán, 2019, 142 y ss.

36. Véanse sobre este punto, sin pretender ser exhaustivos, los escritos de F. BASILE, *Artificial intelligence and criminal law: four possible paths of investigation*, en *Dir. pen.*

Sin embargo, el tema un tanto *clásico* de la dificultad de introducir un marco jurídico eficaz para regular las conductas en o a través de la red adquiere una dimensión muy peculiar en el contexto de los estudios sobre *desinformación*, dada la implicación más o menos directa de los organismos gubernamentales, así como el intento de regular no sólo la difusión de datos, sino también las propias infraestructuras informáticas.

El riesgo de compresión de las libertades políticas más fundamentales del ciudadano es evidente: si, como es realista creer, la nuestra es la última generación que ha conocido el mundo *analógico* y, en consecuencia, toda interacción humana en el futuro no podrá prescindir del uso de las tecnologías digitales, la posibilidad de controlar, es decir, de manipular el comportamiento de los ciudadanos-usuarios representa el principal peligro para las democracias que se llaman liberales.

III. LEYES CONTRA LAS NOTICIAS FALSAS Y DERECHO DEL CIBERESPACIO EN LAS DEMOCRACIAS AUTORITARIAS Y LAS REPÚBLICAS POPULARES ASIÁTICAS

Si dibujáramos un mapa ideal de las jurisdicciones que han adoptado leyes penales para reprimir el fenómeno de la difusión de *noticias falsas*, el cuadrante asiático sería abrumadoramente mayoritario.

Por razones geopolíticas obvias, es útil comenzar con un examen del sistema penal chino, considerado uno de los más estrictos del mundo, no sólo por el amplio e indiscriminado uso de la pena de muerte.

A partir de 2015, después de que a principios de la década de 2000 ya se produjeran varios casos llamativos de difusión de noticias falsas³⁷ –que se califican como verdaderos precursores de las *noticias falsas*

uomo, 10-2019, 1 y ss.; C. Burchard, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sobre la transformación algorítmica de la sociedad*, en *Riv. it. dir. pen.*, 4-2019, 1909 y ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, en *Rivista AIC*, 3-2018, 872 y ss.; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, en U. RUFFOLO (ed.), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 547 ss.; C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato*, en *Riv. it. dir. pen.*, 4-2020, 1745 ss.; I. SALVADORI, *Agentes artificiales, opacidad tecnológica y distribución de la responsabilidad penal*, en *Riv. it. dir. pen.*, 1-2021, 83 y ss. Así como, para algunas reflexiones sobre el "sistema", las nuestras: T. GUERINI, *Il formante algoritmico all'alba della Justice digital*, en *DisCrimen*, 29 de octubre de 2021.

37. Por ejemplo, en 2008, la difusión de falsos rumores sobre el hallazgo de gusanos en las mandarinas cultivadas en la región de Sichuan perjudicó gravemente a los agricultores de la zona; asimismo, en 2011, tras el accidente nuclear de Fukushima, se difundieron rumores en la *red social* QQ sobre el poder de la sal para proteger contra la radiación, lo que desencadenó una auténtica *caza del mineral* por parte de grandes

modernas— se introdujo un delito penal en el segundo párrafo del art. 291 del Código Penal se introdujo un delito en el segundo párrafo del artículo 291 del Código Penal, que castiga con prisión de hasta tres años a quien produzca información falsa que se refiera a situaciones peligrosas, epidemias o catástrofes, o a quien difunda intencionadamente esas noticias, a sabiendas de que son falsas, de manera que se produzca un grave peligro para el orden público; si esa conducta provoca consecuencias graves, la pena es de prisión de tres a siete años.

La norma —que según los criterios de la clasificación occidental debe ser considerada como un delito de presunta peligrosidad, colocado para proteger el orden público *en forma de* tranquilidad pública, que debe ser garantizada contra aquellos que pretenden despertar el pánico en la población mediante la difusión de noticias falsas sobre hechos susceptibles de exponer a la comunidad a un peligro— Creemos que se caracteriza por un tipo legal extremadamente amplio —es difícil atribuir una connotación precisa a la noción de *situación de peligro*, a la que se refiere— pero no como para poder abarcar las *fake news* de contenido difamatorio o incluso sin efectos perjudiciales, que en todo caso serían incapaces de alterar el orden público. Por eso, en China, según el informe “*Initiatives to Counter Fake News*”, elaborado por la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, a pesar de la estricta regulación de los *medios de comunicación* y de Internet, *las noticias falsas* —que los *medios* locales llaman *rumores en línea*— siguen estando muy extendidas³⁸; como lo demuestra, entre otras cosas, la decisión del gobierno chino de difundir, a partir de agosto de 2018³⁹, a través de su propia plataforma —llamada *Piyao*, palabra que en mandarín significa “*refutación de rumores*”⁴⁰— las noticias *reales*, ya que provienen de los *medios de comunicación* estatales o, en todo caso, de los periódicos locales controlados por el Partido Comunista o los organismos gubernamentales.

Consideremos, por último, que según la ley de *ciberseguridad* aprobada por la República Popular China en 2016, no sólo se prohíben numerosas actividades *en línea*, entre ellas la producción o difusión de noticias falsas que perturben el orden económico y social, sino también para los operadores de sitios que ofrecen servicios de publicación y difusión de noticias

masas de ciudadanos chinos. véase M. REPNIKOVA, *China’s Lessons for Fighting Fake News*, en www.foreignpolicy.com, 6 de septiembre de 2018.

38. Según un informe publicado por la plataforma *Wechat*, en 2019 se difundieron en ella más de ochenta y cuatro mil *noticias falsas*, leídas por doscientos noventa y cuatro millones de usuarios. véase *Informe de 2018 sobre la gestión de los rumores en línea publicados, 774 instituciones refutaron los rumores en Wechat*, en www.people.cn, 18 de enero de 2019.
39. *V. China lanza una plataforma para acabar con los “rumores online”*, en www.reuters.com, 29 de agosto de 2018.
40. www.piyao.org.cn.

o de mensajería instantánea, la obligación de registrar a sus usuarios con nombres reales, y de proporcionar dichos datos a la administración si se les solicita, previendo, en caso de incumplimiento, sanciones administrativas de hasta setenta y cinco mil dólares⁴¹.

Más recientemente, el gobierno chino ha anunciado su intención de introducir nuevos requisitos de supervisión para los proveedores de tecnología *deepfake*. En concreto, quieren regular *los servicios de información en Internet de síntesis profunda*, una noción que incluye cualquier tecnología que genere texto, imágenes, audio, vídeo o escenas virtuales basada en el aprendizaje profundo⁴².

Según este proyecto de reglamento, los proveedores de servicios *de deepfake* estarían obligados a verificar la identidad de cada usuario y a supervisar activamente los resultados de sus servicios para detectar posibles infracciones. Los proveedores también tendrían que “colocar marcas que no interfieran con la experiencia del usuario” para que todos los contenidos *deepfake* sean identificables y rastreables⁴³.

Así reconstruida brevemente, la experiencia china revela muchos aspectos interesantes. Aunque no renuncia a la influencia del derecho penal –típica de los sistemas no democráticos–, el gobierno chino es plenamente consciente del papel de *los guardianes* en la regulación de la red y prevé formas de *aplicación de la ley* dirigidas a los proveedores de servicios. Al mismo tiempo, las formas de represión de las conductas manipuladoras –ya sean basadas en la difusión de *fake news* o *deepfakes*– se inscriben en un proyecto más amplio de regulación *del ciberespacio*.

Para ver cómo el modelo chino está marcando el camino, basta con viajar a Malasia, donde en 2018 se había aprobado una *ley contra las noticias falsas*⁴⁴, que estipulaba una pena de hasta seis años de prisión y una multa de quinientos mil *ringgit*⁴⁵ para quien publicara o compartiera *noticias falsas*. La ley –extremadamente controvertida– fue finalmente derogada en octubre de 2019⁴⁶, tras la derrota en las elecciones parlamentarias⁴⁷ de la

41. *Ley de Ciberseguridad de la RPC* (aprobada el 7 de noviembre de 2016 y en vigor desde el 1 de junio de 2017), en: www.npc.gov.cn.

42. <https://www.openaccessgovernment.org/chinas-deepfake/128860/>.

43. <https://www.protocol.com/bulletins/china-deepfake-regulation>.

44. El texto completo puede encontrarse en: www.federalgazette.agc.gov.

45. Lo que equivale aproximadamente a ciento quince mil euros.

46. v. *El parlamento de Malasia elimina la ley que criminaliza las noticias falsas*, en www.aljazeera.com, 10 de octubre de 2019.

47. Véase sobre este punto el artículo de M. MONTI, *Crónica de la promulgación y derogación de la Ley Anti-Fake News de Malasia*, en *MediaLaws – Journal dir. media*, 3-2018, 435 y ss.

mayoría que había apoyado su introducción, y después de que la combinación de la severidad de la respuesta sancionadora y la absoluta falta de taxatividad y precisión de la causa incriminatoria –como para ahogar cualquier forma de disidencia del gobierno y de otras autoridades estatales⁴⁸– hubiera provocado una fuerte oposición por parte de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos, que señalaron que a través de esta ley se conseguiría una especie de censura estatal⁴⁹.

Las intenciones censuradoras de la norma eran bastante evidentes por la definición de *fake news* adoptada en ella, que incluía “*noticias, informaciones, datos y reportajes, que sean o sean total o parcialmente falsos, en forma de contenidos, imágenes o grabaciones sonoras o en cualquier otra forma capaz de insinuar palabras o ideas*”⁵⁰; tanto es así que la definición de la *mordaza malaya*, elaborada en la doctrina, parecía dar en el clavo⁵¹.

Desde hace un tiempo, Malasia está considerada como uno de los países donde la libertad de pensamiento y la libertad de prensa están menos garantizadas, hasta el punto de que la *Clasificación Mundial de la Libertad de Prensa* la situó en el puesto 123/180⁵² en 2019, mientras que los compiladores del *informe Freedom House Freedom of the Press* la calificaron como *no libre* en 2017⁵³ y esto no es sólo por la reciente ley *Anti-fake news*, sino por el ya estricto arsenal normativo que, empezando por la *Ley de Sedición* de 1948, pasando por la *Ley de Secretos Oficiales* de 1972, y finalmente la *Ley de*

48. La ampliación del ámbito de aplicación de la norma queda demostrada con el primer caso documentado de aplicación de la *Ley Anti-fake news de 2018*, que afectó a un ciudadano danés, Salah Salem Saleh Sulaiman, que fue acusado de difundir noticias falsas mediante la publicación de un vídeo en la plataforma *YouTube*, en el que acusaba a la policía malaya de tardar más de cincuenta minutos en intervenir tras un supuesto tiroteo en el que murió un profesor palestino. La policía afirmó haber intervenido después de sólo ocho minutos y Sulaiman fue condenado a una multa de diez mil ringgit (aproximadamente dos mil quinientos euros), convertida en un mes de prisión debido a su incapacidad para pagar. v. *Un danés es el primer condenado por la ley de noticias falsas de Malasia*, en www.reuters.com, 28 de julio de 2018.

49. *Acusan a Malasia de amordazar a los críticos con penas de cárcel por noticias falsas*, en www.theguardian.com, 26 de marzo de 2018.

50. La traducción es nuestra. Este es el texto original de la norma, recogido en el artículo 2, c. 1 de la *ley Anti-fake news 2018*: “*cualquier noticia, información, dato y reportaje total o parcialmente falso, ya sea en forma de reportajes, visuales o grabaciones de audio o en cualquier otra forma capaz de sugerir palabras o ideas*”.

51. A. MAZZIOTTI DI CELSO, *From the First Amendment to the Malaysian Gag. Fake news, libertad de expresión y la inversión de las categorías políticas tradicionales*, en *MediaLaws – Revista dir. media*, 3-2018, 90 y ss.

52. Sin embargo, en 2018, año en que se aprobó la ley que nos ocupa, Malasia ocupaba el puesto 145/180.

53. *Libertad de prensa 2017: Malasia*, *Freedom House*, en www.freedomhouse.org.

Comunicaciones y Multimedia de 1998, dibuja un contexto extremadamente problemático tanto para el ejercicio de la profesión periodística como para ese pluralismo en la circulación de ideas que es la base de cualquier sistema verdaderamente democrático.

Igualmente radical fue el planteamiento de la República Socialista de Vietnam, que en junio de 2018 aprobó la ley⁵⁴ –que entró en vigor el 1 de enero de 2019– sobre *ciberseguridad*, introduciendo una serie de limitaciones y obligaciones a los *proveedores de servicios de internet*, que están obligados a revelar los datos de los usuarios al gobierno, lo que permite identificar a quienes han publicado determinados contenidos.

Aunque no se trata de una ley específica sobre *noticias falsas*, existen numerosas referencias normativas al fenómeno que estamos examinando.

En primer lugar, en el Art. 8 de la ley, donde se enumeran las conductas para las que está prohibido el uso del *ciberespacio*: la *distorsión de la historia* (*distorsión de la historia*); la *negación de los logros revolucionarios* (*negación de los logros revolucionarios*); la *destrucción del bloque de solidaridad nacional* (*destrucción del bloque de solidaridad nacional*); la ofensa a la religión, la discriminación de género y la comisión de actos racistas; la difusión de informaciones falsas que provoquen malestar en la ciudadanía, perjuicios a las actividades socioeconómicas, dificulten el funcionamiento de los organismos estatales o de las personas que gestionan bienes públicos, o perjudiquen los derechos e intereses legítimos de otras entidades, organizaciones o particulares⁵⁵.

Aún más analítica es la lista de conductas prohibidas en el artículo 16, titulado “*Prevención y tratamiento de la información en el ciberespacio cuyo contenido sea propaganda contra la República Socialista de Vietnam; contenidos informativos que inciten a los disturbios, perturben la seguridad o provoquen desórdenes públicos; que causen vergüenza o sean calumniosos; o que violen el orden de la gestión económica*”.

En este segundo caso, nos encontramos ante una crisis entre los paradigmas de protección típicos de los regímenes autoritarios del siglo XX⁵⁶ y

54. El texto completo está disponible en: www.economica.vn.

55. La traducción es Nostra, este es el texto original: “*Proporcionar información falsa, causar confusión entre los ciudadanos, perjudicar las actividades socioeconómicas, causar dificultades para el funcionamiento de los organismos del Estado o de las personas que desempeñan funciones públicas, o infringir los derechos e intereses legítimos de otros organismos, organizaciones y particulares*”.

56. Se sancionan las conductas de *distorsión o difamación de las autoridades administrativas del pueblo*, es decir, el *insulto al pueblo [vietnamita]*, a la *bandera nacional*, al *emblema nacional*, al *himno nacional*, a los *grandes hombres*, a los *líderes*, a los *personajes famosos* o a los *héroes nacionales*, así como la prohibición de utilizar el *ciberespacio para convocar*,

la protección de la libertad de mercado⁵⁷, en deferencia al paradigma de la *economía socialista de mercado* (EMS)⁵⁸ adoptado en China desde principios de los años 90 y extendido ahora a muchos de los países de su esfera de influencia. Sin embargo, la preocupación por extender las leyes vigentes en el mundo de los átomos al mundo de *los bits* no es una prerrogativa de los países influenciados por la economía china.

En mayo de 2019, Singapur, antigua colonia británica, en la que la adhesión convencida al sistema capitalista va acompañada de un régimen político adscrito a la democracia autoritaria⁵⁹, también aprobó una ley que penaliza la difusión de información falsa *en línea*. La ley, que entró en vigor el 2 de octubre de ese mismo año, introdujo una de las leyes de información más estrictas del mundo, tanto por la amplitud de las conductas punibles como por el tratamiento punitivo.

Según el Art. 7 de la *Ley de Protección contra la Falsedad y la Manipulación en Línea de 2019*, se castigará a toda persona que, en cualquier parte del mundo, difunda información objetivamente falsa (*declaraciones de hecho falsas*) relativa a Singapur, que pueda perjudicar la seguridad del país o de una región del mismo, la salud o la seguridad públicas, la tranquilidad pública o la hacienda pública, o que pueda perjudicar las relaciones amistosas entre Singapur y otros países del mundo, o influir en el resultado de unas elecciones presidenciales o parlamentarias, o incitar a sentimientos de enemistad u odio entre grupos de personas, o de tal manera que disminuya la confianza pública en las actividades de cualquier órgano o poder del Estado (*cualquier deber o función de, o en el ejercicio de cualquier poder por parte del Gobierno, un órgano del Estado, una junta estatutaria, o una parte del Gobierno, un órgano del Estado o una junta estatutaria*).

movilizar, incitar, amenazar o involucrar a una masa/una multitud de personas para perturbar u oponerse a las personas [funcionarios] que desempeñan sus funciones oficiales, o para obstruir las actividades de los organismos u organizaciones que causan inestabilidad a la seguridad y al orden.

57. La conducta prohibida también incluye “*Información inventada o falsa sobre productos, bienes, dinero, bonos, billetes, cheques y otros documentos de valor*”; “*Información inventada o falsa en los sectores de las finanzas, la banca, el comercio electrónico, el pago electrónico, el comercio de divisas, la movilización de capitales, el comercio multinivel y los valores*”. Evidentemente, se trata de conductas que no ofenden los intereses del Estado –como hubiera sido lógico esperar en el contexto de un Estado que todavía se remite– formalmente –a los principios del socialismo real– sino los intereses económicos de los particulares, que se consideran prevalentes sobre la libertad de expresar libremente el pensamiento.
58. Ver X. DING, *La economía socialista de mercado: China y el mundo* Science & Society, Vol. 73, No. 2, *China: socialismo, capitalismo, mercado: ¿por qué no?*, abril de 2009, 235 y ss.
59. Para un estudio en profundidad, véase el estudio de P. KHANNA, *La rinascita delle città-state*, Roma, 2017, 36 ss.

Las penas, enumeradas en el apartado 2 del artículo 7, son tanto de carácter pecuniario como de privación de libertad y pueden llegar, en el caso de actos cometidos por personas físicas, hasta diez años de prisión y, en el caso de personas jurídicas, hasta un millón de dólares de multa.

La severidad de la legislación de Singapur también queda patente al examinar las disposiciones de *aplicación de la ley* (artículos 10, 11 y 12), que facultan al gobierno para emitir una *orden de corrección* o *de cese* de la comunicación a los operadores de *redes sociales*, respectivamente, para que corrijan una supuesta falsedad o la retiren sin demora “*aunque el receptor no tenga motivos para creer que la información es falsa*”.

Por lo tanto, corresponderá al Gobierno –aunque la facultad de actuar también se le otorga a un ministro individual– decidir qué noticias –ontológicamente verdaderas– pueden ser conocidas por los ciudadanos de Singapur (votantes) y qué noticias –que se considerarán *fake news* sin posibilidad de recurso– no deben ser difundidas⁶⁰.

IV. LEGISLACIÓN RUSA, ENTRE DESINFORMACIÓN, FÁBRICAS DE TROLLS Y REPRESIÓN PENAL DE LA DISIDENCIA

Ninguna investigación sobre las *noticias falsas* puede considerarse completa sin tener en cuenta la experiencia rusa. No se trata sólo de una cuestión de *tradición*, aunque sigue siendo cierto que la propaganda ha sido un elemento esencial del poder soviético desde la Revolución de Octubre, aunque se utilizó especialmente en la época de Stalin.

En la Unión Soviética, la propaganda del régimen se basaba con frecuencia en teorías conspirativas: como observó Hannah Arendt: “*durante la era de Stalin, hubo una verdadera acumulación de supuestas conspiraciones; el descubrimiento de una nueva conspiración no hizo que la anterior quedara de lado*”⁶¹.

Brevemente, la manipulación de las masas siempre ha sido un rasgo característico de los sucesivos regímenes de Rusia, como demuestran

60. La ley está teniendo sus primeros efectos: el 30 de noviembre de 2019, Facebook anunció que había añadido, en cumplimiento de la *Protection from online falsehoods and manipulation act 2019*, en su versión de Singapur, una nota a pie de página a un post del 23 de noviembre de Alex Tan, autor del *State Times Review*, un blog a menudo crítico con el gobierno. El texto de la indicación dice: “*Facebook está legalmente obligado a decirle que el gobierno de Singapur dice que este post tiene información falsa*”. v. M. BUTCHER, *Facebook bowed to a Singapore government order to brand a news post as false*, en www.techcrunch.com, 30 de noviembre de 2019.

61. H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, cit., 485, nt. 29.

también las últimas noticias del frente ucraniano. Al fin y al cabo, toda la experiencia de gobierno de Vladimir Putin está entrelazada con el tema de las *noticias falsas*, de las que Rusia es un gran exportador. En particular, tras la publicación del *Informe Mueller*, se ha demostrado cómo el gobierno ruso interfirió de diversas maneras en las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos, no solo mediante la preparación masiva de campañas de *desinformación* a través de grupos y perfiles *falsos*, sino también mediante ataques de *hacking a raíz de los cuales se robaron documentos confidenciales del Comité Nacional Demócrata* que luego se difundieron a través de diversas plataformas *web*, entre ellas *WikiLeaks*⁶². Y no sólo eso.

Rusia es el hogar de la *Agencia de Investigación de Internet (IRA)*, una empresa con sede en San Petersburgo conocida por ser una de las principales *granjas de trolls del mundo*⁶³, que ha estado realizando campañas mediáticas a gran escala en *las redes sociales* desde mediados de 2014 utilizando perfiles falsos, aparentemente propiedad de ciudadanos estadounidenses, para difundir mensajes de propaganda y *noticias falsas*⁶⁴. Para lograrlo, el IRA había contratado a decenas de empleados –denominados *especialistas*– para gestionar perfiles falsos y páginas creadas *ad hoc* para aparentar que se referían a entidades o instituciones estadounidenses⁶⁵.

Más recientemente, las actividades de las agencias rusas en el contexto de la campaña del referéndum *del Brexit* y, en general, destinadas a influir en el sistema político británico, han sido objeto de una investigación realizada por el *Comité de Inteligencia y Seguridad (ISC)* –el órgano parlamentario de supervisión de los servicios de inteligencia en el Reino Unido– cuyos resultados aún no se han hecho públicos⁶⁶.

Sin embargo, a la espera de estos resultados adicionales de la investigación, no parece haber ninguna duda de que en el territorio de la Federación Rusa han operado y siguen operando en los últimos años entidades dedicadas a la producción y difusión de campañas masivas de

62. *El Informe Mueller. El informe final del abogado especial sobre Donald Trump, Rusia y la colusión*, Nueva York, 2019, 38.

63. Cf. I. LAPOWSKY, *Facebook podría tener más granjas de trolls rusos de las que preocuparse*, en www.wired.com, 8 de septiembre de 2017.

64. *El Informe Mueller*, citado, 53.

65. Ninguna de las principales *redes sociales* permaneció inmune a esta actividad de desinformación, aunque la actividad de *los trolls rusos* se concentró principalmente en *Facebook*, donde –además de la acción combinada de perfiles falsos y páginas búho– se invirtieron más de cien mil dólares en anuncios. *Ibid.* 56-57.

66. *Ministros preguntados por la publicación del informe del Comité de Inteligencia y Seguridad sobre Rusia*, 5 de noviembre de 2019, en: <https://www.parliament.uk/business/news/2019/november/ministers-questioned-on-the-publication-of-the-intelligence-and-security-committees-report-into-russia/>.

desinformación, con numerosos *creadores de contenidos*, cuyo trabajo es crear y gestionar el mayor número posible de *cuentas falsas*, con el objetivo de influir en el debate y afectar a la creación de consenso en otros países del mundo, durante las competiciones electorales⁶⁷.

No obstante, en marzo de 2019, Rusia aprobó dos leyes *contra las noticias falsas*, que modifican la legislación anterior sobre la exactitud de la información y prevén multas administrativas para quien difunda este tipo de noticias⁶⁸. Formalmente, en Rusia, la Ley de Información⁶⁹ contempla la libertad de pensamiento, salvo que tenga por objeto la propaganda de la guerra, la incitación al odio o la enemistad nacional, racial o religiosa, así como cualquier otra información de cuya difusión se derive responsabilidad penal o administrativa.

Sin embargo, el sistema de control sobre la difusión de la información por parte del gobierno siempre ha sido muy penetrante, como demuestra el hecho de que si las noticias se distribuyen a través de un agregador de noticias, el propietario del agregador –y sólo pueden serlo las personas físicas o jurídicas rusas– es considerado responsable de verificar la veracidad de los hechos de relevancia social publicados por ellos. En cualquier caso, los organismos estatales tienen derecho a solicitar al órgano ejecutivo federal que ejerce funciones de control y supervisión en el ámbito de los medios de comunicación, las comunicaciones de masas, la tecnología de la información (*Roskomnadzor*), que tome las medidas necesarias para detener la distribución de dicha información, mientras que, en el caso de una difusión de noticias en violación de la ley, el Fiscal General de la Federación de Rusia o sus adjuntos pueden solicitar al *Roskomnadzor*, con una solicitud para detener la distribución de dicha información.

67. Según el informe desclasificado de la *Oficina del Director de Inteligencia Nacional de los Estados Unidos*, titulado *Antecedentes de "Evaluación de las actividades e intenciones rusas en las recientes elecciones estadounidenses"*, con fecha 6 de enero de 2017, "*la maquinaria propagandística de Rusia, compuesta por su aparato mediático nacional, herramientas dirigidas a una audiencia global –como RT y Sputnik– y una red de trolls paraguernamentales, contribuyó a la campaña de desinformación al servir de plataforma para los mensajes del Kremlin dirigidos a Rusia y al público internacional"*. (Ibid., 3). El texto completo del informe está disponible en: https://www.dni.gov/files/documents/ICA_2017_01.pdf.

68. Se trata, respectivamente, de la Ley Federal n.º 31-FZ de 18 de marzo de 2019, que modifica el artículo 15-3 de la Ley Federal de Información, Tecnologías de la Información y Protección de la Información (disponible en: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201903180031>) y de la Ley Federal n.º 27-FZ de 18 de marzo de 2019, que modifica el Código de Infracciones Administrativas (disponible en: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201903180021?index=1&rangeSize=1>).

69. Ley Federal n.º 149-FZ sobre información, tecnología de la información y protección de la información, de 27 de julio de 2006 (disponible en: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody&nd=102108264>).

Con la introducción de la legislación *contra las noticias falsas* de marzo de 2019, los poderes de control sobre los medios de comunicación se han vuelto aún más penetrantes: se han previsto multas por la difusión consciente de noticias falsas, definidas como “*información falsa socialmente significativa distribuida en forma de mensajes veraces, de tal manera que suponga una amenaza para la vida, la salud o la propiedad, o pueda crear posibles violaciones masivas del orden público o la seguridad, o que pueda obstaculizar el transporte, el funcionamiento de las infraestructuras, las entidades de crédito, las líneas de comunicación, la industria y las empresas energéticas*”⁷⁰.

Al haber sido modificada la anterior ley de información, el mecanismo de denuncia y retirada de dicha información es similar al que acabamos de mencionar: el nivel de fiabilidad de la información debe ser evaluado por la Fiscalía General, que se encarga de remitir la solicitud al *Roskomnadzor para que* tome medidas de restricción de acceso. En cuanto a las sanciones, la legislación *contra las noticias falsas remite* al Código de Infracciones Administrativas, que prevé multas de hasta 1,5 millones de rublos (algo más de 21.000 euros) en los casos más graves, es decir, aquellos en los que los autores son entidades colectivas.

La aprobación de la normativa contra la difusión de noticias falsas a través de Internet se produjo a pesar de las numerosas observaciones críticas de las instituciones implicadas –entre ellas el *Roskomnadzor*–, preocupadas por los aspectos económicos y organizativos que habría supuesto la reforma, en relación con la posible comprensión de derechos subjetivos no especialmente arraigados en la tradición jurídica de ese país⁷¹.

No puede pasarse por alto, además, cómo la opción perseguida por el legislador ruso guarda grandes similitudes con el modelo alemán⁷², con

70. Ley que modifica el artículo 15-3 de la Ley de Información, § 1 (nuestra traducción).

71. Esta preocupación fue expresada por varias ONG, como la *Asociación para la Libertad de Expresión*, el *PEN de San Petersburgo* y el *PEN de Moscú*, que señalaron que mediante las leyes de *noticias falsas* el gobierno había introducido instrumentos para controlar la libertad de expresión a través de Internet. v. Rusia: *Nuevas leyes amenazan la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación*, en www.peninternational.org, 1 de abril de 2019.

72. En Alemania está en vigor desde 2018 la llamada Ley de Ejecución de la *Red* o *NetzDG* (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*), que impone a las principales plataformas digitales –en concreto, a las plataformas con más de dos millones de usuarios– la obligación de retirar rápidamente, tras una denuncia, cualquier contenido calificado como ilícito por el Código Penal alemán. Los delitos contemplados en la legislación incluyen, en particular, la incitación al odio y determinados delitos de difamación, así como los casos en los que se publican contenidos que pueden constituir un peligro para el orden constitucional o la seguridad nacional. Sobre este punto, véase, más recientemente: M. GALIMBERTI, *La desinformazione: profili regolatori e policy*, en *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 4/2021, 272.

el que comparte el uso de multas administrativas, diferenciándose, sin embargo, en que se aplican directamente al autor de la difusión de las *fake news*, en lugar de prever la responsabilidad del operador de la plataforma de *la red social* a través de la cual se produce la difusión.

Sin embargo, si se examina más de cerca, las similitudes con la disciplina alemana, caracterizada por un cuidadoso equilibrio de los intereses en juego, son muy pocas. Lo que hace que el modelo ruso se asemeje mucho más a los adoptados en las democracias autoritarias o en los regímenes autoritarios *tout court* del cuadrante asiático, frente a los adoptados en los sistemas que son extremadamente cuidadosos a la hora de encontrar un equilibrio adecuado entre los diferentes derechos fundamentales que entran en juego a la hora de tratar el problema de la *desinformación*, es el contexto en el que se enmarca esta legislación, aparentemente coherente con el principio de proporcionalidad. De hecho, Rusia lleva mucho tiempo siendo considerada *no libre por* los informes elaborados por la ONG *Freedom House*, con una puntuación de 5/40 en lo que respecta al respeto de los derechos políticos y de 3/16 en lo que se refiere a la protección de la libertad de expresión⁷³. Por otra parte, las desapariciones sospechosas o los asesinatos de periodistas independientes no han sido infrecuentes en los últimos años, incluso después del clamor de la comunidad internacional tras el asesinato de la periodista de investigación Anna Politkovskaya, que llevaba tiempo realizando investigaciones muy críticas y contrarias a las verdades oficiales difundidas por el gobierno de Putin⁷⁴.

La actitud fuertemente represiva con respecto a las posibilidades de ampliar las libertades civiles mediante el uso de los medios de comunicación digitales queda demostrada, más recientemente, por una reciente y muy debatida ley llamada "*ley de Internet soberana*" por los *medios de comunicación* occidentales, por la que el gobierno, en caso de emergencia puede desconectar la conexión a la red, impidiendo el acceso a los sitios de Internet situados fuera de Rusia, con el objetivo declarado de limitar los posibles efectos de un *ciberataque*, aunque no es difícil creer que se

73. En el capítulo dedicado a la Federación Rusa en el *Informe sobre la Libertad 2019*, leemos: "Aunque la Constitución establece la libertad de expresión, algunas leyes muy vagas sobre la represión de las actividades extremistas conceden a las autoridades una gran discrecionalidad para reprimir cualquier discurso, organización o actividad que carezca de apoyo oficial. El gobierno controla, directamente o a través de empresas estatales o de confianza, todas las cadenas de televisión nacionales y muchos medios de comunicación de radio y prensa escrita, así como la mayor parte del mercado publicitario" (nuestra traducción). *Libertad en el mundo 2019*.

74. A. POLITKOVSKAYA, *Proibito parlare*, Milán, 2007; ID. *La Rusia de Putin*, Milán, 2015.

trata de una herramienta más de censura, confiada a la absoluta discreción de quienes ostentan el poder ejecutivo⁷⁵.

Un examen del sistema preventivo-represivo de Rusia sobre las *noticias falsas* no estaría completo sin considerar lo que ocurrió en relación con la invasión de Ucrania en febrero de 2022. Inmediatamente después del inicio de lo que en Moscú y Pekín se denomina “operación militar especial”, la Duma aprobó una nueva *ley de noticias falsas* que prevé penas de prisión de hasta quince años –además de severas multas– para quienes difundan *a sabiendas* información falsa sobre todos los agentes estatales rusos que operan en el extranjero.

Al mismo tiempo que este nuevo endurecimiento del marco de sanciones, el gobierno ruso anunció –pero, en el momento de escribir este artículo, aún no lo había aplicado– la desconexión de la red global con un cambio a la RuNet autárquica, en ejecución de la ley de Internet soberana antes mencionada.

V. DESPEDIDA

Creemos que hemos reunido suficientes elementos para intentar hacer algunas observaciones concluyentes. Dado que las *fake news* son ya un problema global, hemos observado cómo la opción de utilizar directamente el instrumento penal para castigar la difusión de *noticias falsas* ha sido elegida por países con gobiernos autoritarios o, en todo caso, caracterizados como democracias imperfectas, que han aprovechado la oportunidad de un fenómeno *global* para adaptar su arsenal de herramientas de censura a la era digital.

Muy diferentes son las opciones adoptadas en Europa, donde tanto en Alemania como en Francia –hasta la fecha el único país de la UE que ha optado por utilizar el instrumento penal para reprimir la difusión de noticias falsas, aunque limitado al periodo preelectoral– la introducción de la *NetzDG* y de las dos *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information* ha suscitado un ferviente debate, en el que también se ha pronunciado el *Conseil constitutionnel*, sancionando el cumplimiento constitucional de la legislación de 2018⁷⁶.

75. La ley, que según algunos introducía un *telón de acero digital*, se justificaba por la necesidad de defender a Rusia de los *ciberataques*. véase E. SCHULZE, *Rusia acaba de introducir una ley para intentar desconectar su internet del resto del mundo*, 1 de noviembre de 2019, en www.cnn.com, 1 de noviembre de 2019.

76. Una vez más, nos remitimos a nuestro T. GUERINI, *Fake news and criminal law*, cit., 75 y ss.

Un breve examen de estas medidas puede ayudar a comprender plenamente el diferente enfoque. A partir de 2018, el ordenamiento jurídico francés incluye la *Loi organique n° 2018-1201 du 22 décembre 2018* y la *Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018*, ambas relativas a la lucha contra la manipulación de la información⁷⁷. Se trata, formalmente⁷⁸, de la única ley penal sobre desinformación en un país de la UE, que castiga con hasta un año de prisión y una multa de 75.000 euros la violación de las obligaciones de transparencia impuestas a los operadores de plataformas informáticas.

El aspecto más interesante de esta legislación –más allá de la elección de limitar el funcionamiento de la ley al periodo electoral⁷⁹, que se considera un momento especialmente *sensible* para la vida democrática del país– se refiere a las obligaciones introducidas contra los operadores de las plataformas informáticas⁸⁰. Entre ellas destaca la obligación de proporcionar al usuario “información leal, clara y transparente” sobre la identidad de la persona física o la razón social, el domicilio social y el objeto social de las personas jurídicas que pagan una cuota a la plataforma a cambio de la promoción de contenidos relacionados con un tema de interés general (*débat d'intérêt général*)⁸¹.

77. El texto completo está disponible en: www.legifrance.gouv.fr.

78. Hay que decir de paso que la severidad de la ley alemana plantea más de una duda sobre si es realmente de naturaleza *administrativa*, ya que puede entrar más bien en la noción de *matière pénale* tal y como la define el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia de la Gran Sala, de 8 de junio de 1976, *Engel contra los Países Bajos* (una definición posteriormente afinada por las sentencias *Öztürk contra Alemania*, de 21 de febrero de 1984, *Jussila contra Finlandia*, de 23 de noviembre de 2006; *A. y B. contra Noruega*, de 15 de noviembre de 2016). Noruega, 15 de noviembre de 2016) Sobre el punto, F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea, le garanzie oltre delle apparenze*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4-2013, 1899 y siguientes; ID., *Le pene nascoste*, Turín, 2018; F. PALAZZO, *Il limite della questione politica fra Corte costituzionale e Corti europee. Qué es “sustancialmente delictivo”*, en M. Donini-L. Foffani (ed.), *La ‘materia penale’ tra diritto nazionale ed europeo*, Turín, 2018, 7 ss.; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Turín, 2018, 25 ss.

79. El periodo electoral se identifica como “*Pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d’élections générales et jusqu’à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises*”.

80. Los operadores a los que se dirige la ley están expresamente identificados por referencia al artículo L. 111-7 del *Code de la consommation*, que establece que “*I.– Está calificada como operadora de plataforma en línea toda persona física o moral que proponga, con carácter profesional, de forma remunerada o no, un servicio de comunicación al público en línea que se apoye en: 1° La clasificación o la referencia, por medio de algoritmos informáticos, de contenidos, bienes o servicios propuestos o puestos en línea por los comerciantes; 2° O la puesta en relación de varias partes con vistas a la venta de un bien, la prestación de un servicio o el intercambio o el reparto de un contenido, de un bien o de un servicio*”. Por lo tanto, la disposición se aplicará a todos los motores de búsqueda (por ejemplo, Google), sitios de reseñas en línea (por ejemplo, TripAdvisor), sitios de intercambio de bienes o servicios (por ejemplo, Amazon o Airbnb) y redes sociales (por ejemplo, Facebook o Twitter).

81. Párrafo 1 del artículo 163-1 del *Código electoral*, modificado por la *Ley n° 2018-1202*.

Un enfoque diferente se adoptó en la República Federal de Alemania, donde se introdujo la *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*⁸², más conocida como *Netz DG* o *Ley de Facebook*.

Desde un punto de vista subjetivo, la ley se aplica (§1.1) a los prestadores de servicios de telecomunicaciones que, con ánimo de lucro, exploten plataformas de Internet destinadas a permitir a los usuarios compartir cualquier tipo de contenido o hacerlo accesible al público (redes sociales), con la exclusión expresa de su ámbito de aplicación de aquellas plataformas que ofrezcan contenidos periodísticos o editoriales, que no se consideran, así como de aquellas plataformas que estén destinadas a la comunicación individual o a la difusión de contenidos específicos. Además de los requisitos cualitativos, la ley incluye un requisito cuantitativo, que se aplica (artículo 1.2) sólo a las redes sociales con más de dos millones de usuarios registrados en Alemania.

Las obligaciones que la ley impone a los operadores de redes sociales son dobles: por un lado, se introduce el deber de comunicar las denuncias recibidas sobre la publicación de contenidos ilícitos (§ 2); por otro, el deber de tramitar dichas denuncias (§ 3), de forma que se garantice la retirada o el bloqueo del acceso a los contenidos manifiestamente ilícitos en las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la denuncia. 2); por otro lado, se prevé el deber de atender dichas denuncias (§3), de forma que se garantice la retirada o el bloqueo del acceso a los contenidos manifiestamente ilícitos en las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la denuncia, salvo que la red social haya acordado con la autoridad judicial competente un plazo mayor para la retirada o el bloqueo de los contenidos manifiestamente ilícitos (§3.2.2), o la retirada o el bloqueo sin demora de todos los contenidos ilícitos, en los siete días siguientes a la recepción de la denuncia (§3.2.3)⁸³.

Como se ha mencionado anteriormente, las sanciones por el incumplimiento de estos deberes son extremadamente severas: se podrá imponer una multa de hasta 500.000 euros al operador que, infringiendo el artículo 3, apartado (4), segunda frase, no corrija una deficiencia organizativa o

82. El texto completo de la ley está disponible en: www.bmjv.de. Para una traducción al italiano, véase *MediaLaws – Rivista dir. media*, 1-2017, 185 y ss. En el resto de la discusión, nos referiremos a este texto.

83. Según la ley, el plazo de siete días puede superarse si: a) la decisión sobre la ilegalidad del contenido depende de la falta de veracidad de una declaración o depende claramente de las circunstancias de hecho; en estos casos, el operador de la red social puede dar al usuario la oportunidad de responder a la denuncia antes de tomar una decisión; b) la red social remite la decisión sobre la ilegalidad a un organismo de autorregulación reconocido de conformidad con los apartados (6) y (8) en los siete días siguientes a la recepción de la denuncia, comprometiéndose a cumplir la decisión de dicho organismo.

no la subsane a tiempo en caso de incumplimiento de la obligación de elaborar un informe con arreglo al apartado 2, subapartado (1), o de su elaboración incorrecta, incompleta o tardía, así como en caso de incumplimiento de la obligación de retirar los contenidos ilícitos con arreglo al apartado 3, subapartados (1) y (4), se impondrá una multa de hasta cinco millones de euros.

Por último, se prevé una forma de extraterritorialidad de la jurisdicción alemana, ya que las sanciones previstas en la *Netz DG* son también aplicables a los actos no cometidos en la *RFA*. En el caso de la *NetzDG*, la censura no se establece directamente para el pensamiento ajeno, sino que sanciona una conducta omisiva –o incluso sólo un retraso injustificado– del operador de una red social, contra el que se establece el deber de retirar los contenidos ilícitos. Así, se ha observado⁸⁴ cómo este sistema induce a los intermediarios a adoptar un criterio de evaluación prudencial, eliminando cualquier contenido dudoso; un criterio de evaluación que también se ve favorecido por la ausencia de previsión de sanciones para quienes eliminen indebidamente contenidos lícitos, de acuerdo con el espíritu de una ley cuya finalidad no es evitar decisiones ilícitas, sino impedir la difusión de contenidos ilícitos⁸⁵.

También se han planteado dudas sobre el requisito de *proporcionalidad*, al que se refiere el apartado 2 del artículo 5 de la *GG*, interpretado por el *Bundesverfassungsgericht* en el sentido de que las excepciones al principio de plena libertad de pensamiento sólo son admisibles si persiguen un objetivo legítimo y son adecuadas, necesarias y, en sentido estricto, proporcionadas a dicho objetivo⁸⁶.

Por último, la localización transnacional de los distintos agentes que intervienen en el mecanismo de aplicación de la *NetzDG* obliga también a evaluar la coherencia de sus disposiciones con la Directiva sobre el comercio electrónico⁸⁷, cuyo artículo 3.2 establece que los Estados

84. M. LIESCHING, *Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG – Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte*, en *MultiMedia und Recht*, 1-2018, 27.

85. K.-H. LADEUR-T. GOSTOMZYK, *Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken*, en www.bitkom.org, 2017, 81.

86. Véase sobre este punto V. CLAUSSEN, *Combatiendo el discurso del odio y las noticias falsas. La Ley de Aplicación de la Red (NetzDG) en Alemania en el contexto de la legislación europea*, en *MediaLaw* – *Journal dir. media*, 3-2018, 122.

87. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (“Directiva sobre el comercio electrónico”), cuyo texto completo, en italiano, está disponible en: www.eur-lex.europa.eu.

miembros *no podrán restringir, por motivos relacionados con el ámbito regulado, la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información procedentes de otro Estado miembro, sin perjuicio* (artículo 3.4.i) de la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan excepciones por motivos de orden público, en particular para la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales: como la protección de los menores y la protección de los derechos del niño, y la protección de los derechos del niño. a(i) la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan excepciones por razones de orden público, en particular para la prevención, la investigación, la detección y la persecución de delitos: como la protección de los menores y la lucha contra la incitación al odio racial, sexual, religioso o étnico, o (Art. 3(4)(a)(ii) en relación con un determinado servicio de la sociedad de la información que perjudique los objetivos mencionados en el inciso i) o que presente un riesgo serio y grave de perjudicar dichos objetivos.

El panorama que se desprende del estudio de la legislación de las democracias autoritarias exige, por tanto, una cuidadosa reflexión. Sería simplista –y epistemológicamente incorrecto– recurrir al modelo *post hoc ergo propter hoc*, juzgando negativamente una legislación únicamente por referencia al contexto político en el que fue promulgada.

No obstante, no podemos dejar de observar cómo la introducción de sanciones penales destinadas a castigar la conducta de difundir noticias falsas a través de la red, incluso mediante la previsión de penas draconianas para los gestores de las redes sociales o sitios de información, atribuyendo a los órganos de gobierno la tarea de establecer lo verdadero y lo falso –i.e. lo que puede ser conocido y debatido por los ciudadanos y lo que se les debe ocultar– es totalmente incompatible con el paradigma democrático, que considera la libertad de expresar libremente el pensamiento como uno de los pilares fundamentales de su edificio conceptual.

Brevemente: castigar a quienes producen y difunden *noticias falsas* no es en sí mismo ilegítimo, pero es necesario tener en cuenta la extrema dificultad de lograr un equilibrio preciso entre los intereses en juego, también por la centralidad que asume la libertad de expresión en el sistema jurídico europeo.

Esto nos lleva a reiterar lo que ya hemos observado en el pasado. El problema de la manipulación digital del consenso, aunque afecta a los intereses *privados*⁸⁸ se caracteriza por una dimensión política

88. Véase sobre este punto el amplio estudio de A. VISCONTI, *Reputación, dignidad, honor*, Turín, 2018, así como las consideraciones más recientemente expresadas por S. DE

predominante. Por ello, es necesaria una intervención legislativa, posiblemente a nivel de la UE, donde parece que algo va a cambiar con la propuesta de reglamento “sobre un mercado único de servicios digitales (*Ley de Servicios Digitales*)”, con la que la Comisión Europea propone actualizar –veinte años después de la Directiva sobre comercio electrónico⁸⁹– para crear un entorno digital seguro, un entorno digital predecible y fiable, que garantice el respeto de los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, el derecho a expresar el propio pensamiento, a la información, a ejercer libremente su actividad y a no ser discriminado.

Para ello, la DSA identifica una serie de obligaciones –acompañadas de un severo aparato sancionador– dirigidas a los proveedores de servicios de intermediación, previendo obligaciones proporcionales a su papel, tamaño e impacto en el ecosistema digital⁹⁰. Se trata de un primer paso que, sin embargo, debería ir seguido de iniciativas a nivel de cada uno de los Estados miembros de la UE.

Iniciativas que, en nuestra opinión, deberían excluir la introducción del derecho penal, reafirmando también en la *infosfera* el valor fundamental del principio de *extrema ratio*⁹¹.

Precisamente porque el actual temperamento político-criminal empuja a la panpenalización, siempre que sea posible hay que evitar la tentación de implantar un sistema punitivo ya pletórico, prefiriendo podar algunas ramas secas o menores –según una eficaz metáfora de Francesco Palazzo⁹²– antes que estudiar nuevos injertos en el laboratorio.

FLAMMINEIS, *Diritto penale, beni giuridici collettivi nella sfida delle fake news: principio di offensività ed emergenze*, en *Sist. pen.*, 6/2020, 139-140.

89. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).
90. Para un examen más profundo de la DSA, véase: L. D’AGOSTINO, *Desinformación y responsabilidad de la plataforma. Obblighi di attivazione e misure di compliance*, en *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 4/2021, 291 y ss.
91. Véase, entre otros: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, V Ed., Padua, 2007, XL y ss.; F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, en *Studi in onore di Delitala*, Vol. I, Milán, 1984., 99; T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114; P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milán, 1953; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966, M. ROMANO, “*Meritvolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/1992, 39.
92. F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Derecho Penal. Una conversación*, cit., 222.

Otra vez. En una fase histórica en la que se discute abiertamente la crisis del paradigma liberal⁹³ –y constitucionalmente orientado⁹⁴– del derecho penal, y en la que, como observa Filippo Sgubbi, “*la ética pública se transforma en derecho penal*”⁹⁵, es necesario evitar el reflujó de elementos preilustrados, entre los que ciertamente puede incluirse la presunción de protección de la *verdad*⁹⁶.

Un concepto absoluto, sin duda conocido desde la religión⁹⁷ y la filosofía⁹⁸, pero *filtrado desde hace siglos* en el derecho penal positivo, que no se ocupa de castigar *la mendacidad* en sí misma, sino de proteger bienes o intereses concretos de formas individuales de agresión que se llevan a cabo mediante conductas engañosas o mediante la formación de documentos o escrituras falsas, alteradas o en las que se hacen declaraciones falsas⁹⁹.

93. Véase más recientemente la colección de escritos de G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, cit. Sobre este punto, véase también: E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, cit.; M. DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il “diritto” penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell’Unione delle Camere Penali Italiane*, en *Cass. pen.*, 9-2019, 3132 y ss. Sobre este punto, véase también el volumen AA.VV. (editado por F. GIUNTA, R. GUERRINI, V. MAIELLO, S. SEMINARA, F. SGUBBI), *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuções en la contemporaneidad*, Siena, 2020.
94. Gaetano Insolera ha observado recientemente cómo “*el fermento liberal, como pensamiento alejado de las promesas emancipadoras salvadoras y de los finalismos, proporciona en nuestro ámbito los bancos para oponerse al fácil sometimiento de la aflicción penal a la búsqueda de ideologías o atajos demagógicos, que a veces recuerdan el esplendor de la tortura*”. G. INSOLERA, *Por qué no podemos dejar de llamarnos liberales*, en *Ind. pen.*, 1-2017, 5.
95. Así, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 28. Opuesta, aunque referida a un núcleo de consideraciones comunes, es la tesis sostenida por M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Módena, 2014.
96. Véase sobre este punto la contribución de O. DI GIOVINE, *A proposito di un recente dibattito su ‘verità’ e ‘diritto penale’*, en *Criminalia*, 2014, 539 ss.
97. Véase el volumen de T. PADOVANI-V. VITIELLO, *Non dire falsa testimonianza*, Bologna, 2011, en el que Tullio Padovani observa que la dimensión judicial del octavo mandamiento no es la única, ni, quizás, la más importante. El alcance del mandamiento, según una hermenéutica establecida, introduce de hecho la prohibición de cualquier afirmación falsa: la prohibición de mentir. *Ibid*, 119-120.
98. Aunque, como es bien sabido, este es un concepto sobre el que la disputa filosófica se ha desatado desde los tiempos de Sócrates. Ciertamente, no es este el lugar para dar cuenta de los términos de un debate tan amplio, por lo que nos remitimos a la lectura de algunos textos esenciales, a los que también hemos acudido para obtener una visión general del problema y su tradición en la historia del pensamiento: F. AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Turín, 2011; S. CAPUTO, *Verità*, Roma-Bari, 2015; H-G. GADAMER, *Verità e metodo*, Florencia, 2019; D. MARCONI, *Per la verità*, Turín, 2007; G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Milán, 2009.
99. Para todos: T. PADOVANI, *Menzogna e diritto penale*, Pisa, 2014. Para un examen profundo y agudo del tema, véase también el reciente estudio monográfico de A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*, Milán, 2020.

Se trata de una concepción que está siendo cuestionada por el debate filosófico más reciente, en el que se discute la existencia de los *derechos aléuticos*¹⁰⁰, pero que, en nuestra opinión, debe ser reafirmada, sobre todo ante el doble riesgo de construir una forma de *censura digital* de las opiniones no deseadas y de castigar también la difusión –de buena fe– de noticias no veraces.

En efecto, nos parece que el recurso a conceptos *absolutos*, como hemos visto tan caro a los sistemas autoritarios, es poco compatible con los postulados de una sociedad *abierta* y más coherente con la visión de quienes son históricamente sus *enemigos*¹⁰¹.

III ARANZADI

100. F. D'AGOSTINI-M. FERRARA, *La verità al potere*, Turín, 2019.

101. K. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, London, 1945.

PARTE 5
Censura de las empresas

III ARANZADI

III ARANZADI

Slapps (denuncias abusivas o mordaza). La soga de las empresas sobre la libertad de expresión

ALEJANDRO L. DE PABLO SERRANO¹

*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. UN PROBLEMA CRECIENTE Y DE INTERÉS INTERNACIONAL. II. CONCEPTO DE SLAPP. III. LEADING CASES. 1. *Daphne Caruana Galizia y la corrupción política y financiera maltesa*. 2. *McLibel Case, un proceso decisivo en Reino Unido*. 3. *SLAPPs contra activistas medioambientales. Una SLAPP en la campaña gallega*. IV. UNIÓN EUROPEA: DE LA LUCHA DE LA SOCIEDAD CIVIL HASTA LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA ANTI-SLAPP.

1. alejandro.pablo@uva.es Actualmente, investigador postdoctoral en la Universidad Autónoma de Madrid, en el marco del Programa de Recualificación del Profesorado Universitario Español para el periodo 2021-2023. Miembro del "Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas" (SEJ-047) del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación, de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Miembro del Grupo de Investigación Reconocida "Derecho de familia y derechos humanos", de la Universidad de Valladolid.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación UPO-1255802 "Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?", del que son Investigadoras Principales las profesoras Dra. Del-Carpio-Delgado y la profesora Dra. Holgado González. Programa Operativo FEDER Andalucía 2014/2020.

Este trabajo se ha enviado también para su publicación en la obra colectiva: DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., MUÑOR DE MORALES, M. Y NIETO MARTÍN, A. (dirs.) / VIOQUE GALIANA, L. M. (coord.), *La responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Boletín Oficial del Estado (próxima publicación).

1. Llamamientos de las instituciones comunitarias. 2. Propuesta de las organizaciones civiles de una Directiva Anti-SLAPP. 3. Propuesta de Directiva Anti-SLAPP del Parlamento y del Consejo. 3.1. Concepto y ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva. 3.2. Garantías procesales: caución y desestimación temprana. 3.3. Reprobación del demandante. V. TRES VÍAS PARA IMPLEMENTAR LA OBLIGACIÓN Y EL COMPROMISO ANTI-SLAPPS DE LAS EMPRESAS: LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, LEY DE DILIGENCIA DEBIDA Y COMPLIANCE PROGRAM. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Aunque han existido siempre, las denuncias millonarias de las empresas contra activistas, periodistas, informadores en redes sociales por la publicación de sus investigaciones y revelaciones, se han convertido en un problema de primer orden para la libertad de expresión e información en el contexto internacional. Las grandes corporaciones silencian así a sus críticos: con la amenaza de indemnizaciones millonarias que llevarían a la quiebra a cualquier trabajador o medio de comunicación. Para frenar estas SALPPs (*strategic lawsuits against public participation*), que no buscan la protección de la reputación comercial u otros intereses legítimos, sino intimidar a los periodistas y disuadirles de continuar con su trabajo, hay legislaciones específicas en Estados Unidos y Canadá. La Unión Europea trabaja en una propuesta de Directiva Anti-SLAPPs que examinamos aquí y cuya aprobación conllevaría reformas procesales en España.

PALABRAS CLAVE: Denuncias abusivas; SLAPP; libertad de expresión; periodistas; empresas.

I. UN PROBLEMA CRECIENTE Y DE INTERÉS INTERNACIONAL

La historia de las SLAPPS es tan antigua como el hombre mismo: el fuerte contra el débil. Y la necesidad de regulación que aflora en los últimos tiempos responde a otra idea clásica: emplear el Derecho para tutelar al débil; la ley como una barrera de protección frente al poderoso. En el caso de las SLAPPs es sencillo identificar a cada una de estas partes. Las denuncias estratégicas contra los participantes públicos (traducción al español del acrónimo inglés SLAPP, "*strategic lawsuits against public participation*") son demandas interpuestas por destacadas personas físicas o jurídicas contra periodistas, informadores, activistas, académicos, asociaciones ciudadanas, que informan sobre asuntos de interés públicos de un modo crítico. Cuando una gran corporación o un personaje influyente

interpone una de estas denuncias no busca legítimamente proteger su reputación y denunciar difamaciones, sino que, mediante la amenaza de indemnizaciones millonarias sobre los demandados por supuestas invasiones de su reputación, pretende intimidar, amedrentar al periodista, a fin de, en última instancia, silenciarlo y disuadirlo de seguir trabajando, investigando y publicando sobre ese asunto de interés público. No se trata de usar el Derecho para poner fin a una invasión de derechos, sino de abusar de él para fines espurios, de ahí su denominación como denuncias abusivas. Callarse y parar es entonces la única salida para el activista o periodista, “participante público”, si pretende evitar la persecución procesal y el ahogamiento económico que le esperaría en caso de continuar con el proceso. El mensaje disuasorio (“*chilling effect*”) de estas demandas se proyecta, además, al resto de la población que participa en los debates de interés públicos: todos pueden ser víctimas de una denuncia millonaria que tuerza por completo sus vidas. De ahí el adjetivo “estratégicas” que caracteriza a las SLAPPs porque con una sola denuncia, eligiendo con tino al demandado, se logran objetivos estratégicos de disuasión general. En el apartado II de este trabajo ofreceremos una definición más precisa de las SLAPPs, recurriendo a las aportaciones doctrinales servidas por el derecho comparado y por instituciones o asociaciones expertas en la materia.

Estas denuncias son peligrosas porque representan un uso desviado del proceso judicial que no aspira a alcanzar la verdad procesal, sino a silenciar a informadores, investigadores y activistas. Se instrumentaliza el derecho al servicio de personas influyentes o empresas poderosas, esto es, el Derecho al servicio del fuerte. Y se amenaza el legítimo ejercicio de las libertades de expresión e información, pilar esencial de las sociedades democráticas, pues el riesgo de enfrentarse en un proceso judicial a grandes empresas y a sus equipos de abogados atenaza a cualquier persona, por valiente que sea. Entonces, la mejor protección es guardar silencio y no informar. El hostigamiento a los periodistas y activistas ha adoptado en la actualidad métodos brutales y extremos, por desgracia, hasta el punto de recurrir al asesinato, como sucede impunemente con los activistas por el medioambiente en Hispanoamérica.

La libertad de expresión e información es un derecho humano central en nuestra sociedad. En los tiempos actuales de reforzamiento del compromiso de las corporaciones de respetar los derechos humanos, cualquier empresa debe comprometerse firmemente a no recurrir a este método de intimidación y acoso contra informadores.

El problema ha adquirido ya dimensión internacional. En el informe conjunto del Relator Especial sobre la libertad de reunión y asociación

y del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, aprobado por el Consejo de Derechos Humanos en abril de 2016 (A/HRC/31/66)², se advertía que “Las entidades comerciales comúnmente buscan medidas cautelares y otros recursos civiles contra los organizadores y participantes de asambleas sobre la base, por ejemplo, de las leyes contra el acoso, el allanamiento de morada o la difamación, a veces denominadas demandas estratégicas contra la participación pública. Los Estados tienen la obligación de garantizar el debido proceso y proteger a las personas de acciones civiles que carezcan de mérito”. Y por ello, se establecía como recomendación que “Los Estados deberían introducir protección para los organizadores y participantes de las asambleas frente a demandas civiles iniciadas con frivolidad o con el propósito de inhibir la participación pública”.

Las normativas anti-SLAPPs han proliferado en los Estados Unidos, de forma que cada Estado ha desarrollado su propio régimen con diversas particularidades, aunque todas pivotan en torno a la incorporación de una moción dentro del proceso civil que permitiría al juez cerrar de forma temprana el proceso si entiende que el demandante ha actuado de mala fe interponiendo una demanda abusiva³. En futuros trabajos examinaremos el marco normativo actual en Estados Unidos, pero es importante dejar apuntado aquí que recientemente, en el mes de septiembre de 2022, el Congreso de los Estados Unidos ha aprobado la “*Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) Protection Act*”⁴ que introduce un

2. Online: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cxyPp_9wD9sJ:https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A.HRC.31.66_E.docx&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es (última consulta: 26/10/2022).

3. Para consultar estudios comparados entre estas legislaciones estatales dentro de los Estados Unidos, entre otros, RASMUSSEN, K., “Fighting frivolous lawsuits against journalists. A state-by-state guide to anti-SLAPP laws”, The Reporters Committee for Freedom of the Press, Summer 2011, p. 2 (online: <https://www.rcfp.org/slapp-stick-fighting-frivolous-lawsuits-against-journalists>; última consulta: 25/10/2022); BEVIN, A. y NORMAN, C., “Measuring the Impact of Anti-SLAPP Legislation on Monitoring and Enforcement”, *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, 2011, vol. 11, issue 1, pp. 1-19.

En aquellos Estados donde no se han introducido regulaciones específicas anti-SLAPPs se barajan otras opciones, como la imposición de sanciones (monetarias y no monetarias) a los abogados que defiendan a clientes que suelen recurrir a las denuncias abusivas, como sucede en Virginia Occidental: TU, S. y STUMP, N., “Free Speech in the Balance: Judicial Sanctions and Frivolous SLAPP Suits”, *Loyola Los Angeles Law Review*, Volume 54(2), pp. 623-674.

4. Online: https://urldefense.com/v3/__https://u7061146.ct.sendgrid.net/ls/click?upn=4tNED-2FM8iDZJQyQ53jATUfM-2BE2kBLfvuhJP11BaF0gxqz7oSfFp-2F9cWgF29-2FAInZ6YaG4LXEshdEsipR2QTVLkd9Tx13DfG5EAPEyt9FV2E-2B349n-2BsHTysInqUfA1HzFXNcgmpu5r1t8rdnVOI

capítulo en el Código de los Estados Unidos (“*U.S. Code*”) para regular el procedimiento para desestimar, sancionar y disuadir frente a las demandas estratégicas contra los participantes públicos. Con esta ley federal se ofrece cobertura frente a las SLAPPs en aquellos Estados que aún no contaban con normas contra las denuncias abusivas. En esta norma, la definición de SLAPP es la siguiente: “uso del sistema judicial para silenciar o intimidar a una parte procesal que ejerce legítimamente el derecho constitucional de petición, de libertad de prensa, de reunión pacífica, la libertad de expresión sobre un asunto de interés público, u otra conducta expresiva sobre un asunto de interés público, sometiendo a esta parte a acciones judiciales sin fundamento”⁵. Por supuesto, la clave de la regulación de estas normas federales anti-SLAPPs reside en el adecuado balance o equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión e información del activista o periodista, de la Primera Enmienda, y el derecho a un juicio con jurado para que el demandante defienda sus legítimas pretensiones, de la Séptima Enmienda⁶.

Canadá cuenta con varios ejemplos de normativas anti-SLAPPs ya en vigor. Quebec fue pionera en esta corriente regulatoria: en 2009, se probaba la norma para reformar el Código de Procedimiento Civil para prevenir el uso inadecuado de los tribunales y promover la libertad de expresión y la participación ciudadana en el debate público⁷. Aunque el título y la exposición de motivos están pensando claramente en el fenómeno de las SLAPPs, la reforma introducía los arts. 51 a 54 del capítulo 25 en el Código procesal

pa36864YiqCjjSYgQKHGbUCSSaEtq4cSQyJdTsgc6rEljxnYs7PVyy7foYXzX7NPdbhQ-3D-3D8dTq_5OardgRdNi9b5Nj97DK0ryi4hIYRYzLcrxMTtkO3nEgbVMt88JNmuIq-2FYr-2BMzURovQU5fmIoTFNMgLYzEKaTrMO4fDStN4QhXgkndcxG-2FE5TDtucPcUfLaQf-2F3Y8zUHPVQy-2FmkoHKCm51X2ArHH-2Bf7GuzIfjmkanEQrfpRB7Kb2kqOYj5cxTRvQtPUY4wa6Lut9ZZ3bf-2FZO913OORj3qWWWmknXJ0BBtVpqJ2esJCTG-2F3qumtGvVy dD-2F61qIZF9JCAyhcyEJOERv5rTapIoX-2FvsBPcbjNpsxjggsxTFa9GCTESJeGj6imqfRlzOAmb-2BEEp53wYxIB1OzS1I7iGjuzjuOJfRz8e1sQfG4A8ezX4-3D_!!Bg5easoyC-OII2vIEqY8mTBrtW-N4OJKAQ!cLX53E7d_Zx_eH1VEJ3vwbmABf8gpUe6XorNXU8vvpv8IuGj9ye24yOvxuQcAQImLQLMfz_U\$ (última consulta: 26/10/2022).

5. “Use of the court system to silence or intimidate a party who is engaged in the lawful exercise of the constitutional right of petition, freedom of the press, peaceful assembly, free speech on a matter of public concern, or other expressive conduct on a matter of public concern, by subjecting that party to meritless litigation”.
6. Sobre soluciones al problema de las SLAPPs en Estados Unidos, que logran un equilibrio entre ambos derechos fundamentales, SIMPSON, E., “Slapp-ing down the Right to a Jury Trial: Anti-Strategic Lawsuits against Public Participation and the Seventh Amendment”, 48 *University of Toledo Law Review* (2016-2017), pp. 169-187.
7. *Bill 9 (2009, chapter 12). An Act to amend the Code of Civil Procedure to prevent improper use of the courts and promote freedom of expression and citizen participation in public debate*: online: <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2009C12A.PDF> (última consulta: 27/10/2022).

estableciendo sanciones en caso de abuso de procedimiento; es decir, se trata de una figura genérica de abuso, de aplicación para las denuncias estratégicas contra participantes públicos, pero también para otros casos de mala fe procesal. El abuso de procedimiento queda definido en términos bastante amplios como “una solicitud o alegato judicial manifiestamente infundado, frívolo o con la intención de dilatar, una conducta vejatoria o penderciera. También puede consistir en un uso excesivo o irrazonable del procedimiento o que cause perjuicio a otra persona, o intente frustrar los fines de la justicia, particularmente si opera para restringir la libertad de expresión de otra persona en el debate público”⁸. Después de Quebec, las provincias de Ontario (*Protection of Public Participation Act*, S.O. 2015, c. 23 – Bill 52)⁹ y de Columbia británica (*Protection of Public Participation Act*, SBC 2019)¹⁰ aprobaron sendas leyes para regular específicamente el procedimiento de desestimación temprana de las denuncias abusivas. En ambos casos, el demandado puede interponer la moción de desestimación alegando que ha sido demandado por declaraciones realizadas al amparo de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público; si el juez confirma estos extremos, le corresponde a continuación al demandante demostrar que su demanda tiene fundamento, que el demandando carece de defensas y que las alegaciones vertidas contra él son de suficiente entidad e impacto como para que sean examinadas de fondo en el marco del proceso judicial¹¹.

En el Reino Unido este asunto ha atraído también la atención del legislador. Si bien las organizaciones internacionales que investigan este fenómeno no indican que haya numerosos casos en este país (se habla de varias decenas cada año de la última década), el Gobierno lanzó en marzo de 2021 una consulta pública (“*call for evidence*”)¹² dirigida a abogados,

-
8. Sobre los efectos de la regulación de Quebec, LANDRY, N., “From the Streets to the Courtroom: The Legacies of Quebec’s anti-SLAPP Movement”, *Review of European Community & International Environmental Law*, Volume 19, Issue 1, April 2010, pp. 58-69.
 9. Online: <https://www.ontario.ca/laws/statute/s15023> (última consulta: 27/10/2022).
 10. Online: <https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/19003#section1> (última consulta 27/20/2022). La Columbia británica tuvo la primera legislación anti-SLAPP en 2001 pero tras unas elecciones legislativas, la norma fue derogada sin completar siquiera un año de vigencia. Sobre esta norma, sus efectos y los desarrollos posteriores en esa provincia canadiense del movimiento anti-SLAPP, SCOTT, M. y TOLLEFSON, C., “Strategic Lawsuits Against Public Participation: The British Columbia Experience”, *Review of European Community & International Environmental Law*, Volume 19, Issue 1, April 2010, pp. 45-57.
 11. YOUNG, H., “Canadian anti-SLAPP laws in action”, *The Canadian Bar Review*, Vol. 100 No. 2 (2022), pp. 187-222.
 12. Online: https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/strategic-lawsuits-against-public-participation/supporting_documents/slappscallforevidencweb.pdf (última consulta: 26/10/2022).

asociaciones expertas y colegios profesionales, para que respondan un cuestionario ofreciendo su opinión en torno a la posibilidad de introducir un estatuto específico anti-SLAPPs o afrontar este problema a través de otras reformas legislativas (de la Ley contra la Difamación de 2013 o del Código Procesal). Los casos reales de SLAPPs, así como otras tantas denuncias abusivas que no hayan quedado registradas como tales por haber conseguido el objetivo de amedrentar al periodista o activista, han movido al Gobierno británico a tomar parte en este asunto, preocupado por la amenaza que las SLAPPs representan “contra la libertad de expresión en el marco del estado de Derecho, parte fundamental de la tradición democrática” inglesa.

En las páginas que siguen circunscribiremos nuestra atención al marco jurídico de la Unión Europea. Algunos casos repudiables de SLAPPs removieron la conciencia de la sociedad europea, singularmente el asesinato de una periodista que investigaba sobre tramas de corrupción entre miembros del Gobierno maltés y un grupo empresarial financiero. Examinaremos los *leading cases* en el apartado III del trabajo. Las instituciones comunitarias han prestado atención a este fenómeno en los últimos años y ya existe un borrador o propuesta de Directiva anti-SLAPPs que se está debatiendo entre los grupos parlamentarios europeos (apartado IV). De aprobarse, dicha norma obligaría a introducir modificaciones en la legislación procesal civil de los Estados miembros, también en la española. No obstante, en este trabajo nos interesa más poner el foco en las obligaciones de las empresas de respetar y proteger los derechos humanos, en el marco de las políticas actuales de *compliance programs*, y por ello formularemos una propuesta de cómo debería ser un compromiso de una empresa de no recurrir a denuncias abusivas contra participantes públicos dentro de un programa de cumplimiento normativo de derechos humanos (apartado V).

II. CONCEPTO DE SLAPP

El estudio teórico y empírico del fenómeno de las denuncias estratégicas contra participantes públicos comenzó en Estados Unidos en los 80. A finales de esa década los profesores Pring y Canon publicaron una serie de artículos académicos en los que denunciaban el recurso a demandas millonarias por difamación (*defamation suits*) por parte de grandes empresas para silenciar, intimidar y amedrentar a activistas y periodistas que ejercían su libertad de información comunicando noticias, desvelando escándalos, que afectaban a la reputación y al volumen de negocios de esas empresas. Como abogados, habían observado en los años 70 cómo

en reclamaciones y denuncias de contaminación ambiental hechas públicas por activistas individuales o asociaciones, se producía un cambio de roles de tal forma que la empresa denunciada socialmente emprendía una estrategia agresiva contra estos activistas interponiendo demandas millonarias contra ellos, que los asustaban, atemorizan, y les dejaban sin financiación para sus iniciativas comunitarias hasta el punto de llevarlos al colapso¹³.

Tales demandas, como advertían, no eran simples disputas judiciales por la reputación de la empresa, sino que eran un intento verdadero de privatizar los tribunales para contener los agravios que sufrían las corporaciones en la esfera pública a raíz de las publicaciones; en definitiva, se empleaba el Derecho torticeramente como un instrumento de poder para recortar la participación pública de los ciudadanos y vaciar la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. De ahí que denominaran a estas demandas como SLAPPs, en inglés, *strategic lawsuits against public participation*. Una SLAPP se caracterizaba, en el análisis de Pring y Canan, por cuatro rasgos: una demanda civil por daños monetarios, presentada contra personas y organizaciones no gubernamentales, por sus declaraciones/denuncias/investigaciones dirigidas a la comunidad/electorado o a funcionarios concretos, sobre un asunto destacado de interés público o social¹⁴.

En 1996 publicaron la monografía (cuyo título traducido al español es muy ilustrativo: "SLAPPs: ser demandado por hablar claro")¹⁵ que supuso el verdadero impulso para el estudio de este abuso del derecho, planteando normas que pusieran coto a este problema: *anti-SLAPPs Statutes*. Ese elemento de "arrojo", "valentía", "atrevimiento", de hablar claro, también inspira la definición de SLAPPs que ofrece la prestigiosa *American Civil Liberties Union*, como demandas civiles o contrademandas que presentan empresas, entidades públicas o políticos, contra quienes que se oponen

13. PRING, G. W., "SLAPPs: Strategic Lawsuits Against Public Participation", 7 *Pace Environmental Law Review* 3, 3 (1989), p. 7.
14. CANAN, P. y PRING, G. W., "Studying Strategic Lawsuits against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches", *Law & Society Review*, Vol. 22, No. 2 (1988), pp. 386 y 387. Similares investigaciones fueron publicadas en otro trabajo: CANAN, P. y PRING, G. W., "Strategic Lawsuits against Public Participation", *Social Problems*, Vol. 35, No. 5 (Dec., 1988), pp. 506-519.
15. CANAN, P. y PRING, G. W., *SLAPPs: getting sued for speaking out*, Estados Unidos (Temple University Press), 1996.

Además de esta obra de referencia, hay abundante literatura en la doctrina estadounidense sobre las SLAPPs. Puede consultarse en BEATTY, J. W., "The Legal Literature on SLAPPs: A Look Behind the Smoke Nine Years After Professors Pring and Canan First Yelled "Fire!""", *University of Florida Journal of Law & Public Policy* (1997): Vol. 9: Iss. 1, Article 4, pp. 85-110.

a ellos en los asuntos de interés público que denuncian o sobre los que “hablan claro”¹⁶.

A partir de aquí el fenómeno de la SLAPPs ha sido intensamente estudiado en Estados Unidos, aunque las características definidas por Pring y Canan se mantienen en lo fundamental. Las SLAPPs son demandas sin fundamento, sin mérito (*“meritless suits”*), que pretenden silenciar al oponente y disuadir a otros de continuar con ese mismo camino de denuncia pública de asuntos de interés social, a través de un proceso judicial millonario que, desde ese instante, absorbe todo el tiempo, el esfuerzo, la preocupación e incluso los medios económicos de subsistencia del demandado. Son demandas sin fundamento, hasta el punto de que se llega a afirmar que no obtendrían victoria si el proceso continuara hasta el final (quizá de ahí también su denominación como demandas frívolas, *“frivolous lawsuits”*¹⁷, o exageradas, *“exaggerated claims”*¹⁸), pero ello es secundario porque una vez interpuestas, se fuerza la negociación con el demandado, que, bajo la presión e intimidación, abandona sus investigaciones.

La denuncia oficialmente pretende reparar un ataque a la reputación comercial (de ahí que sean casos de difamación), o la causación de molestias, daños morales o estrés al demandante; incluso puede llegar a denunciar que es víctima de una conspiración de los informadores o activistas, que han emprendido contra la empresa una persecución maliciosa¹⁹. Sin embargo, el fin último de la demanda es acosar al demandado a través de un proceso costoso, complicado y de larga duración, con el objetivo de silenciarlo. Las SLAPPs, por tanto, constituyen una seria amenaza para el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de asociación y el derecho de manifestación²⁰.

Aunque el estudio de las denuncias abusivas es más reciente en el entorno europeo, también a este lado del Atlántico hay reconocidas

16. AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION OF OHIO, “SLAPPed: A tool for activists. Part 1: What is a SLAPP suit?”, <https://www.acluohio.org/sites/default/files/WhatIsSLAPP.pdf>, p. 1 (última consulta: 25/20/2022).

17. RASMUSSEN, K., “Fighting frivolous lawsuits against journalists. A state-by-state guide to anti-SLAPP laws”, The Reporters Committee for Freedom of the Press, Summer 2011, p. 2.

18. AA. VV., “Protecting public watchdogs across the EU: a proposal for an eu anti-slapp law”, p. 7 (online: https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/12/Anti_SLAPP_Model_Directive-2-1.pdf; última consulta: 23/10/2022).

19. BARKER, J. C., “Common-Law and Statutory Solutions to the Problem of SLAPPS”, 26 *Loyola of Los Angeles Law Review* 395 (1993), pp. 397, 402 y 403.

20. AA. VV., “Protecting public watchdogs across the EU: a proposal for an eu anti-slapp law”, p. 8.

asociaciones de defensa de las libertades informativas y del trabajo de investigación de periodistas y activistas, que se han aproximado al problema y han formulado definiciones y caracterizaciones de las denuncias mordaza. En diciembre de 2020, más de 60 organizaciones del entorno de los medios de comunicación, del periodismo, de la abogacía, de la protección del medioambiente, presentaron una propuesta de Directiva anti-SLAPP (con más detenimiento en el apartado IV) que sirviera a la Unión Europea como punto de partida de unos trabajos legislativos orientados a la aprobación de una norma europea vinculante. En ella, se señala que las SLAPPs son una forma de “acoso legal” (“*legal harassment*”) que emprenden poderosas empresas, a través de sus bufetes de abogados, para agotar la resistencia económica y psicológica de los demandados (activistas, periodistas) y expulsarlos así de su labor de escrutinio público. En términos parecidos, la prestigiosa organización Article 19, que ha estudiado intensamente el fenómeno de las SLAPPs en Europa, las define como denuncias presentadas por empresas poderosas contra periodistas, informadores y activistas que denuncian tramas de corrupción, malas prácticas en la gestión de recursos públicos o violaciones de derechos humanos, no con la finalidad tanto de obtener la victoria judicial, cuanto de arrastrar a los demandados por un proceso judicial que los agotará financiera, económica y psicológicamente y, en última instancia, para impedirles ejercer sus derechos fundamentales y sofocar el escrutinio y el debate público²¹.

Y finalmente, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos acudir también al extenso estudio sobre SLAPPs en la Unión Europea realizado por la *Academic Network on European Citizenship Rights*. En la misma dirección que otros expertos y asociaciones, definen las SLAPPs como “demandas infundadas o exageradas y otras formas legales de intimidación iniciadas por órganos estatales, corporaciones comerciales y particulares con poder contra otras partes procesales más débiles –periodistas, organizaciones de la sociedad civil, defensores de los derechos humanos y otros– que expresan críticas o transmiten mensajes incómodos sobre los poderosos, en asuntos de interés público”²². Como advierte esta Red Académica de

21. Article 19, “SLAPPs against journalists across Europe”, 2022, <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2022/03/A19-SLAPPs-against-journalists-across-Europe-Regional-Report.pdf>, p. 5 (última consulta: 25/10/2022). Estudiando el problema de las denuncias abusivas concretamente en el marco jurídico y en la realidad española, Article 19, “State of SLAPPs in Spain. Country Report”, 2021, https://www.article19.org/wp-content/uploads/2021/12/A19_MFRR-Spain-Report_Final_29Nov21.pdf (última consulta: 25/10/2022).
22. BÁRD, P., BAYER, J., CHUN LUK, N Y VOSYLIUTE, L., “SLAPP in the UE context”, *Academic Network on European Citizenship Rights*, 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ad-hoc-literature-review-analysis-key-elements-slapp_en.pdf, p. 4 (última consulta: 26/10/2022).

expertos, en el marco de la Unión Europea el problema de las denuncias abusivas se vuelve más complejo debido a la posibilidad de elección del fórum jurisdiccional donde el demandante puede interponer la denuncia (“forum shopping”). La regulación europea de procedimientos judiciales transfronterizos en materia civil y mercantil, que dimana del Reglamento Bruselas I y del Reglamento Roma II, y la jurisprudencia europea sentada al respecto, ponen a disposición del denunciante un sistema muy flexible de elección del foro judicial²³ que le permite optar por la jurisdicción de cualquier Estado miembro donde alegue que sufrió daños, de tal forma que buscará la legislación más favorable, aquella que le imponga una menor carga de la prueba del daño.

III. LEADING CASES

El crecimiento cuantitativo y cualitativo de las SLAPPs ha impulsado el nacimiento de iniciativas de la sociedad civil que reúnen a organizaciones defensoras de las libertades informativas y que recogen, cuantifican y denuncian públicamente casos que pueden calificarse como denuncias abusivas. Se trata, entre otras, de la Coalición contra las SLAPPs, en Europa (por sus siglas en inglés CASE, “Coalition Against Slapps in Europe”), que cifra en 570 los casos de denuncias mordaza entre 2011 y 2020²⁴, con un aumento significativo en los años 2018 a 2020. Así mismo, la Plataforma para promover la protección del periodismo y la seguridad de los periodistas (“Platform to promote the protection of journalism and safety of journalists”)²⁵, dependiente del Consejo de Europa, recoge de forma actualizada casos de amenazas graves contra la seguridad de los periodistas (desde denuncias abusivas, hasta agresiones, homicidios intentados y

23. BÁRD, P., BAYER, J., CHUN LUK, N Y VOSYLIUTE, L., “SLAPP in the UE context”, *Academic Network on European Citizenship Rights*, 2020, pp. 7 y 8. Apuntando también el problema europeo del forum shopping, BONELLO GHIO, R. Y NASREDDIN, D., “Shutting Out Criticism: How SLAPPs Threaten European Democracy A report by The Coalition Against SLAPPs in Europe (CASE)”, March 2022, <https://www.the-case.eu/s/CASE-report-SLAPPs-Europe.pdf>, p. 12 (última consulta: 25/10/2022).

24. Online: <https://www.the-case.eu/slapps-in-europe> (última consulta: 25/10/2022).

25. Online: <https://fom.coe.int/en/accueil> (última consulta: 25/10/2022). En su último informe de 2022, la Plataforma examina diversas amenazas contra la seguridad de los periodistas, incluyendo entre ellas las SLAPPs, tanto en el orden civil como en el penal: PLATFORM TO PROMOTE THE PROTECTION OF JOURNALISM AND SAFETY OF JOURNALISTS, “Defending Press Freedom in Times of Tension and Conflict. Annual Report 2022 by the partner organisations to the Council of Europe Platform to Promote the Protection of Journalism and Safety of Journalists”, 2022, <https://rm.coe.int/platform-protection-of-journalists-annual-report-2022/1680a64fe1>, pp. 48 y 49 (última consulta: 25/10/2022).

consumados) y hace un seguimiento de los mismos, incluyendo la respuesta de las autoridades estatales.

A través de esas iniciativas se pueden conocer numerosos casos de SLAPPs. En las páginas que siguen centraremos nuestra atención tan solo en algunos de ellos que consideramos representativos bien por suponer un duro golpe a la libertad de la prensa por las consecuencias mortales de la persecución a una periodista (Daphne Caruana), bien por la popularidad de la empresa demandante afectada (McDonald's), bien por el contenido de las investigaciones y denuncias públicas que suscitan las denuncias abusivas de las corporaciones (activismo medioambiental). Así mismo, a modo de ejemplo, recogemos un caso acaecido en España, como muestra de impacto nacional de las SLAPPs también en nuestro país.

1. DAPHNE CARUANA GALIZIA Y LA CORRUPCIÓN POLÍTICA Y FINANCIERA MALTESA

La brutal persecución que sufrió la periodista maltesa Daphne Caruana en forma de acoso judicial y de auténticas amenazas a su integridad física y familiar (incendiaron su casa, degollaron a su perro, recibió llamadas y mensajes amenazantes), culminada con su asesinato por coche bomba, hacen del caso de Caruana el ejemplo paradigmático de SLAPP. Cuando fue asesinada en octubre de 2017 por la explosión de su vehículo, esta periodista tenía que enfrentar 47 demandas interpuestas por importantes grupos empresariales, por el Primer Ministro y por el Ministro de Turismo del Gobierno maltés.

Daphne Caruana era una prestigiosa periodista, reconocida por sus trabajos de investigación sobre tramas de corrupción política y lavado de dinero que involucraban a destacadas personalidades de la isla. Había desvelado la conexión de una empresa involucrada en los *Pánama Papers* con el ejecutivo de Malta, la venta a bajo precio de amplios terrenos a un conocido empresario maltés por parte del Gobierno y prácticas de lavado de dinero por parte de la líder de la oposición²⁶. Sus investigaciones provocaron la dimisión del Primer Ministro y de varios miembros de su gabinete. El último mensaje en redes sociales que había publicado antes de morir decía "Hay delincuentes donde quiera que mires. La situación es desesperada".

Por su asesinato fueron detenidas tres personas: una de ellas se declaró culpable para evitar la cadena perpetua y las otras dos, hermanos, han

26. BÁRD, P., BAYER, J., CHUN LUK, N Y VOSYLIUTE, L., "SLAPP in the UE context", *Academic Network on European Citizenship Rights*, 2020, pp. 46 a 48.

sido recientemente condenados a 40 años de prisión, por haber asesinado a la periodista por encargo. En el juicio reconocieron que habían recibido el cometido de asesinar a la periodista y apuntaron al empresario Yorgen Fenech (aún a la espera de juicio), un importante hombre de negocios relacionado con altos cargos del Gobierno, que en el momento del asesinato estaba siendo investigado por Caruana por haber realizado pagos secretos a miembros del Gobierno.

2. *MCLIBEL CASE*, UN PROCESO DECISIVO EN REINO UNIDO

En 1986, Helen Steel y David Morris, dos activistas medioambientales de la organización London Greenpeace, publicaron y distribuyeron varios centenares de un panfleto, titulado “¿Qué pasa con McDonald’s? Lo que no quieren que sepas”, acusando a la empresa alimenticia de provocar enfermedades, como el cáncer, y de prácticas de maltrato de animales. En 1990, McDonald’s presentaba una denuncia por difamación (“*libel*”), de ahí que se conozca el caso popularmente como *McLibel case*. Comenzaba entonces un célebre proceso judicial en Reino Unido que duró casi un año y que supuso un coste a McDonald’s de 10 millones de libras. Pese a la elevada cuantía de la reclamación, los activistas no retrocedieron ni negociaron y fueron a juicio representándose a sí mismos. Los dos demandados fueron condenados a pagar una indemnización de 60.000 libras, aunque en segunda instancia, después de un recurso interpuesto por ellos, esa cifra bajó a 40.000 libras²⁷.

El caso puso de manifiesto la enorme desigualdad entre una gran empresa multinacional, que aplicaba una agresiva política para disuadir a cualquier informador sobre asuntos de interés público, y dos activistas concienciados, que consiguieron, gracias al proceso, que fueran públicas determinadas malas prácticas de McDonald’s. La sociedad inglesa comprendió que debían introducirse vías procesales para evitar enfrentamientos tan desiguales.

3. SLAPPS CONTRA ACTIVISTAS MEDIOAMBIENTALES. UNA SLAPP EN LA CAMPIÑA GALLEGA

Las reclamaciones medioambientales han sido, desde un principio, las protagonistas de numerosas SLAPPS. Esos casos reúnen destacadamente los rasgos característicos de las denuncias abusivas: suelen enfrentar a

27. DONSON, F., “Libel Cases and Public Debate – Some Reflections on whether Europe Should be Concerned about SLAPPS”, *Review of European Community & International Environmental Law*, 19(1), pp. 85-87.

grandes empresas cuyas actividades extractivas de materias primas (petróleo, minerales, madera, agua) pueden generar un gran impacto ambiental adverso; esas actividades son denunciadas por activistas individuales u organizaciones comprometidas que resisten en ocasiones la presión de un modo popular, que suscita la empatía de la población; y, finalmente, las cuestiones medioambientales cada vez más ocupan el centro debate social.

En Estados Unidos se ha presentado un reciente informe en septiembre de 2022 que denuncia las demandas abusivas de una importante empresa, Energy Transfer Partners, dedicada a la extracción de petróleo en el estado de Dakota del Norte. La empresa obtuvo en 2016 autorización para construir una tubería, cuya construcción y funcionamiento ponía en peligro las aguas de la zona donde residen los miembros de la tribu de los Sioux. Las reivindicaciones de este colectivo recibieron atención prontamente y algunas de las protestas fueron duramente reprimidas por agentes de seguridad privada con armas y perros. En agosto de 2017, la empresa demandó a varias entidades de Greenpeace y otras, alegando que su apoyo a las protestas les hizo parte de una “red de grupos ecoterroristas”, reclamando 900 millones de dólares en daños en virtud de la Ley de organizaciones corruptas e influenciadas por extorsionistas (RICO, por sus siglas en inglés), una ley creada para combatir la mafia. Este es solo un ejemplo; la organización ambientalista EarthRights International ha identificado 152 casos entre 2012 y 2022 en los que la industria de combustibles fósiles ha utilizado SLAPPs y otros hostigamientos judiciales para silenciar o castigar a sus críticos en los Estados Unidos²⁸.

En A Limia, una comarca de Ourense, un pequeño agricultor denunció en un programa de televisión las prácticas contaminantes de una importante cooperativa cárnica agrícola española. Señalaba que la empresa regaba con aguas que contenían antibióticos y muchos productos químicos que se filtraban en las aguas subterráneas y superficiales; del mismo modo, los residuos y excrementos del ganado se vertían incontroladamente en los campos y de ahí a los ríos de la zona, provocando que los acuíferos de la zona tuvieran niveles de nitrato por encima los límites legales. Días después el agricultor recibía un burofax de la empresa en la que le reclamaba una indemnización de 1 millón de euros por daños contra su reputación²⁹. El proceso no ha concluido al tiempo de escribir estas líneas.

28. EARTHRIGHTS INTERNATIONAL, “The fossil fuel industry’s use of SLAPPs and judicial harassment in the United States”, <https://earthrights.org/wp-content/uploads/SLAPP-Policy-Brief-2022.pdf> (última consulta: 25/10/2022), pp. 1-3.

29. GARCÍA DEL VADO, C., “Un caso de SLAPP en la campiña gallega”, *Greenpeace Magazine* 36 (2020), pp. 10 y 11. Más información sobre el caso disponible en <https://>

IV. UNIÓN EUROPEA: DE LA LUCHA DE LA SOCIEDAD CIVIL HASTA LA PROPUESTA DE DIRECTIVA EUROPEA ANTI-SLAPP

1. LLAMAMIENTOS DE LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS

En los últimos años las normativas aprobadas en el contexto internacional a que nos referíamos en el primer apartado (Estados Unidos, Canadá) y el recrudecimiento de las demandas abusivas contra periodistas en Europa y en el mundo, con la amenaza de campañas crecientes de desinformación y *fake news*, han llevado a intensificar las reclamaciones de las instituciones europeas y de las asociaciones de la sociedad civil a favor de una legislación europea anti-SLAPP.

En el Parlamento Europeo puede citarse la iniciativa a título personal de 6 miembros de la cámara legislativa representantes de las principales familias políticas europeas (entre ellos, la española Maite Pagazaurtundúa), que dirigieron en febrero de 2018 una carta al Vicepresidente de la Comisión Europea, Frans Timmermans. En ella, citando el desgraciado caso del asesinato de Daphne Caruana por las investigaciones sobre corrupción que había publicado, reclamaban a la Comisión que iniciara los pasos para adoptar una Directiva Anti-SLAPP (proponían también otras medidas, como la creación de fondos económicos de apoyo a periodistas perseguidos o la elaboración de listas de empresas y personas físicas que recurran a la técnica de las SLAPPs para intimidar a periodistas). Poco después, se aprobaba a nivel institucional la Resolución de del Parlamento Europeo sobre pluralismo y libertad de los medios en Europa, de 3 de mayo de 2018³⁰, en la que se requería a la Comisión Europea para que aprobara una Directiva Anti-SLAPP para proteger a los medios de comunicación frente a “demandas vejatorias destinadas a silenciarlos o intimidarlos en la UE”.

Tras estas llamadas a actuar, la Comisión se pronunciaba por primera vez al respecto en la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea³¹. Se hacía eco de la amenaza que suponen las SLAPPs para “censurar, intimidar y silenciar a las

www.eulixe.com/articulo/foto-del-dia/coren-contra-manuel/20210414191107023095.html (última consulta 24/10/2022).

30. Online: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0204_EN.html (última consulta: 27/10/2022).

31. Online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:790:FIN> (última consulta: 27/10/2022).

personas críticas imponiéndoles la carga económica de una defensa jurídica hasta que abandonen sus críticas u oposición”³². Se comprometía a crear en 2021 un grupo de expertos que elaborara una propuesta de regulación de las denuncias abusivas para poder presentar públicamente el proyecto a finales de 2021.

2. PROPUESTA DE LAS ORGANIZACIONES CIVILES DE UNA DIRECTIVA ANTI-SLAPP

A la espera de la presentación de la propuesta de Directiva europea, más de 60 organizaciones de la sociedad civil comprometidas con la defensa de la libertad de expresión, información y prensa y la protección de los periodistas (entre ellas, Article 19, la Asociación Europea de Periodistas, el Instituto Internacional de la Prensa, Greenpeace Europa, Transparencia Internacional Europa), presentaban a finales de 2020 una completa propuesta de Directiva Anti-SLAPP que, sin duda, influyó notablemente en la que más adelanté elaboró la Comisión Europea. Bajo el título *“Protecting public watchdogs across the EU: a proposal for an EU Anti-SLAPP”*, estas organizaciones realizaban un llamamiento a favor de la regulación de esta cuestión tan urgente para la seguridad de los periodistas.

En esta propuesta se definen las SLAPPs como “reclamación³³ contra un participante público que con ocasión de asuntos de interés público, que carece de méritos legales, es manifiestamente infundada, o se caracteriza por elementos indicativos de abuso de derecho o de leyes procesales, y por lo tanto utiliza el proceso judicial para propósitos distintos a los de hacer valer, reivindicar o ejercer genuinamente un derecho” (art. 3.1). Para luchar contra las denuncias abusivas, la propuesta señala que los Estados adoptarán las medidas necesarias para que los demandados por una SLAPP puedan interponer una moción de desistimiento (*“motion for dismissal”*, art. 5) y para que los jueces puedan proponerlo de oficio en cualquier fase del proceso (art. 5.6).

32. En la Comunicación de la Comisión Europea de 15 de diciembre de 2021 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0814&from=LT> –última consulta 25/10/2022–), advertía del peligro de las denuncias abusiva especialmente en el contexto del activismo ambientalista.

33. Teniendo presente que esa reclamación se contempla en términos amplios, como “cualquier acción ejercitada ante un tribunal nacional, incluidas las acciones para obtener medidas provisionales, cautelares u otras medidas de restricción previas, tipos particulares de recursos disponibles previstos en la legislación sectorial, las acciones accesorias, las contravenciones y las reclamaciones interpuestas en relación con procedimientos administrativos o penales” (art. 3.4).

Acorde con la propia definición de SLAPP, la propuesta establece que el juez acordará el desistimiento del proceso si concurre en la reclamación del demandante alguna de estas circunstancias: (i) no tiene, total o parcialmente, méritos legales; (ii) la demanda, o parte de ella, es manifiestamente infundada; (iii) existen elementos indicativos de un abuso de derecho o de leyes procesales (art. 6.1). La propuesta de Directiva incluye una serie de indicios o parámetros, previsto en el art. 6.2, que deben ser valorados por el Tribunal para calificar la reclamación como abusiva: (i) las perspectivas razonables de éxito de la reclamación; (ii) la naturaleza desproporcionada, excesiva o irrazonable de la reclamación, o parte de ella, incluyendo, pero no limitado a, la cuantía de los daños reclamados por el demandante; (iii) el alcance de la reivindicación, incluso si el objetivo de la reivindicación es una medida de restricción; (iv) la naturaleza y la gravedad del daño que probablemente sufra o haya sufrido el demandante; (v) las tácticas de litigio desplegadas por el demandante, incluida, entre otras, la elección de jurisdicción y el uso de estrategias dilatorias; (vi) las costas procesales previsibles; (vii) la existencia de múltiples reclamaciones formuladas por el demandante contra el mismo demandado en relación con asuntos similares; (viii) el desequilibrio de poder entre el demandante y el demandado; (ix) la financiación del litigio por terceros; (x) si el acusado sufrió alguna forma de intimidación, hostigamiento o amenazas por el demandante antes o durante el procedimiento; (xi) el efecto disuasorio real o potencial sobre la participación pública en el asunto en cuestión de interés público.

Una vez presentada la moción de desistimiento, corresponde al demandante probar que su reclamación sí tiene fundamento o base legal y que no se interpone para abusar del derecho (art. 7). Si el demandante no logra convencer al Tribunal de que la denuncia persigue intereses legítimos, entonces se declarará como abusiva la denuncia, se desestimarán y concluirá tempranamente el proceso (art. 10.1), si bien el desistimiento acordado por el juez debe ser recurrible ante un tribunal superior (art. 16).

El desistimiento temprano del proceso y la consideración como abusiva de la demanda, abrirá a continuación distintas opciones de indemnización para el demandado y sanciones para el demandante:

- el juez puede ordenar que el demandado sea indemnizado por todos las costas y gastos del proceso, que incluye los honorarios del abogado y expertos, las tasas judiciales y todos los demás gastos razonables en los que hayan incurrido las partes (art. 11.1 y 5).
- el juez podrá imponer una sanción pecuniaria al demandante que haya abusado del derecho interponiendo una denuncia abusiva. La determinación de la sanción tendrá en cuenta: (a) la naturaleza

abusiva de las reclamaciones; (b) la naturaleza excesiva o irrazonable de las reclamaciones; (c) los daños sufridos por el demandado; (d) la existencia de decisiones previas de desistimiento de otras reclamaciones del mismo reclamante; e) la situación económica del reclamante. En el caso de que el reclamante sea una persona jurídica, ésta deberá evaluarse teniendo en cuenta su volumen de negocios global del “ejercicio fiscal” anterior (art. 21).

- los Estados deberán adoptar las medidas para el demandado, si lo estima oportuno, inicia a continuación un proceso judicial por daños contra quien interpuso la denuncia abusiva (art. 12).

3. PROPUESTA DE DIRECTIVA ANTI-SLAPP DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO

El recorrido de declaraciones, recomendaciones, pronunciamientos e iniciativas que acabamos de describir finalmente ha culminado en la presentación de una Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la protección de las personas que realizan actos de participación pública frente a las demandas judiciales manifiestamente infundadas o abusivas (“demandas estratégicas contra la participación pública” –de ahí la utilización de la abreviatura DECPP–)³⁴, el 27 de abril de 2022.

El objetivo declarado de la propuesta de Directiva es proteger a las víctimas o destinatarios de estas denuncias abusivas (periodistas, defensores de los derechos humanos, activistas por el medioambiente, medios de comunicación, editoriales y organizaciones de la sociedad civil, investigadores y académicos), ofreciendo un cauce procesal adecuado para que la autoridad jurisdiccional pueda cerrar en una fase temprana el proceso judicial entablado contra el periodista o activista cuando todos los indicios apunten que se trata de un caso de denuncia abusiva o mordaza. A la Unión Europea le interesan especialmente estas denuncias que tienen efectos transfronterizos, algo muy común debido a la ubicuidad de las redes sociales y de los medios tecnológicos de información, que permiten que las empresas practiquen el “turismo de la difamación”, esto es, buscar “el órgano jurisdiccional más ventajoso y obstaculizar el acceso efectivo a la justicia y a la cooperación judicial”, de tal forma que “los demandados pueden verse enfrentados a múltiples procedimientos judiciales al mismo tiempo y en diferentes jurisdicciones”.

34. Online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0177&from=ES> (última consulta: 26/10/2022).

A partir del impulso de armonización normativa que atribuye el art. 81.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las instituciones comunitarias, la propuesta de Directiva pretende crear un mecanismo estandarizado en las legislaciones procesales civiles de los Estados miembros para luchar frente a las denuncias abusivas contra participantes públicos. Concretamente, la letra f) del citado precepto constituye una base suficiente e inmejorable para esta actividad armonizadora toda vez que autoriza al Parlamento Europeo y al Consejo a adoptar “medidas para garantizar: f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”. En efecto, las DECP son un obstáculo toda vez que, como apunta la propuesta, “constituyen una utilización abusiva de los procedimientos civiles, ya que su objetivo no es el acceso a la justicia, sino el acoso y el silenciamiento de los acusados. Al mismo tiempo, los largos procedimientos crean cargas adicionales para los sistemas judiciales nacionales”.

3.1. Concepto y ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva

Como establece el art. 1, “La presente Directiva establece garantías contra los procedimientos judiciales manifiestamente infundados o abusivos en asuntos civiles con repercusiones transfronterizas incoados contra personas físicas y jurídicas, en particular periodistas y defensores de los derechos humanos, con motivo de su realización de actos de participación pública”. Esta afirmación inicial es desarrollada y limitada en los artículos siguientes, pero ya en esta formulación se observa que el objetivo es crear mecanismos procesales (garantías, cauces y recursos) para luchar contra las denuncias abusivas que se interponen en el orden civil y mercantil. Se excluyen, no obstante, las materias fiscal, aduanera y administrativa, así como la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (art. 2). Así mismo, debe apuntarse que la Directiva no propone ninguna armonización en materia penal, sino que, a lo sumo, en la Recomendación anexa a la propuesta de Directiva recomienda a los Estados que garanticen que sus legislaciones penales sancionan las difamaciones (u otra clase de delitos alrededor de la libertad de expresión e información –en el caso del CP español hablaríamos de las injurias y calumnias, arts. 205 y siguientes–) de forma proporcionada y no excesiva, excluyendo, siempre que sea posible, las penas de prisión, tal y como ha recomendado repetidamente el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y entidades de la sociedad civil, como Article 19.

El núcleo de la Directiva pivota, por tanto, en torno al concepto de demanda abusiva por ser total o parcialmente injustificada. Para considerar que una denuncia contra un activista o periodista es abusiva, el art. 3.3 sugiere atender a: “a) el carácter desproporcionado, excesivo o irrazonable de la demanda o de parte de la misma; b) la existencia de procedimientos múltiples incoados por el demandante o partes asociadas en relación con asuntos similares; c) la intimidación, el acoso o las amenazas por parte del demandante o de sus representantes”. Estos criterios son posibles indicios, pero la Directiva no establece que deban concurrir todos simultáneamente, ni descarta que existan otros. Por ejemplo, aunque no se señale nada al respecto, la autoridad jurisdiccional podría valorar también la actitud del demandante en el proceso en caso de haya incurrido en conductas dilatorias que pudieran esconder una estrategia de mala fe procesal. En todo caso, la concurrencia de esos indicios permitiría afirmar al juez que la demanda pretende “impedir, restringir o penalizar la participación pública”.

La denuncia abusiva tiene que interponerse en un contexto de “participación pública”, cláusula que apunta a quienes toman así parte en el debate público y a las materias y asuntos de los que informan. Por lo que se refiere a la primera cuestión, el ámbito subjetivo, son participantes públicos todos aquellos –personas físicas y jurídicas– que ejercen sus libertades de expresión e información sobre asuntos de interés público, en forma de declaraciones o acciones de apoyo y asistencia o preparación de otras acciones informativas sobre tales asuntos (art. 3.1).

En cuanto al ámbito objetivo o material de aplicación de la propuesta de Directiva, la definición de interés público es muy amplia, en línea con lo que generalmente se entiende como asuntos de interés público en la jurisprudencia en controversias sobre libertad de información y ataques al honor (tanto en España como en otros países de nuestro entorno cultural). Son asuntos de interés público, según el art. 3.2, aquellos “que afecte[n] al público de tal manera que este pueda legítimamente tener un interés en él”. En la Directiva se citan materias como “la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, el clima o el disfrute de los derechos fundamentales; asuntos sometidos a consideración pública o a examen por un órgano legislativo, ejecutivo o judicial, o cualquier otro procedimiento oficial público; acusaciones de corrupción, fraude o delincuencia; actividades destinadas a luchar contra la desinformación”. Como puede observarse, se delimita un espacio de asuntos de interés público muy amplio, especialmente si se tiene en consideración que se incluye una cláusula expansiva, en estos términos: “las actividades de personas o entidades de notoriedad o interés público”; y que el citado artículo 3.2 menciona estas

materias solo a modo de ejemplo, al señalar “en ámbitos como”, lo que no excluye otros contextos informativos. Piénsese, por ejemplo, en noticias deportivas: un periodista que publica reportajes sobre los fichajes de un poderoso equipo de fútbol, que le perjudican porque elevan notablemente las exigencias del futbolista en la negociación, ante lo cual se denuncia abusivamente al periodista para que sus exclusivas no entorpezcan más la política de fichajes.

Por último, las denuncias abusivas que preocupan a la Unión Europea en esta Directiva son aquellas con repercusión trasfronteriza. El ámbito espacial de interés, podría decirse así, es muy amplio: alcanza, de conformidad con el art. 4, a cualquier asunto que afecte a partes procesales que no estén domiciliadas en el mismo Estado miembro que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto; e incluso, cuando residan en el mismo Estado, seguirá habiendo esa dimensión transfronteriza si el asunto es relevante para más de un Estado miembro, o cuando “el demandante o entidades asociadas a este hayan incoado procedimientos judiciales simultáneos o anteriores contra el mismo demandado o contra demandados asociados en otro Estado miembro”.

3.2. Garantías procesales: caución y desestimación temprana

En los capítulos II y III de la propuesta de Directiva se introducen ciertas garantías procesales destinadas a reforzar la posición del demandado y, sobre todo, articular cauces para concluir prontamente el proceso si el juez entiende que la demanda interpuesta es infundada y aspira a abusar de la tutela judicial para amedrentar al demandado.

En primer lugar, a fin de introducir requisitos adicionales a cargo del demandante para que no recurra a denuncias contra activistas o periodistas de manera abusiva o poco considerada, los Estados deberán incorporar las medidas necesarias para que las autoridades jurisdiccionales obliguen a la constitución de una caución por parte del demandante para las costas procesales, o para las costas procesales y los daños y perjuicios, si considera necesaria dicha caución en razón de la presencia de elementos que indiquen que la demanda podría ser abusiva (art. 8). Así, el demandado puede tener mayores garantías de que podrá ser indemnizado en caso de haber sido víctima de una denuncia estratégica contra la participación pública. Además, la constitución de esta caución hará también que el demandante “piense dos veces” sobre la oportunidad de recurrir a estas denuncias, dado que deberá afrontar de inicio un pago en forma de caución.

Sin duda, la principal novedad procesal que incorpora la Directiva está regulada en el capítulo III: el cauce para la desestimación temprana de las demandas judiciales infundadas. La idea central de esta fase de desestimación temprana consiste en habilitar al principio del proceso una vía para, antes de entrar en el fondo del asunto, realizar un examen de la viabilidad de la demanda interpuesta y de las circunstancias que la rodean, para el caso de que esta denuncia no pretendiera tanto la tutela judicial efectiva y la defensa de derechos del demandante, sino abusar del procedimiento judicial y amordazar al periodista o activista demandado.

Los demandados podrán ejercer el derecho a solicitar la desestimación temprana del proceso iniciado por una eventual demanda abusiva, en el marco de unos plazos proporcionados (art. 9.2). No obstante, de la lectura conjunta del art. 5.3 y del art. 9.1 puede afirmarse que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para que los jueces, de oficio, puedan también plantearse esta cuestión. La presentación de la petición de desestimación temprana suspende el procedimiento principal hasta que aquella se resuelva definitivamente (art. 10) y su resolución debe sustanciarse en un procedimiento acelerado (art. 11). La decisión judicial de concesión de la desestimación temprana o su denegación, por entenderse que no hay indicios de estar ante una denuncia abusiva, podrá ser recurrida (art. 13). Si la petición de desestimación temprana se ha admitido por la autoridad judicial a la vista de los indicios, cae sobre el demandante la carga de la prueba, esto es, le corresponde probar que la demanda no es manifiestamente infundada (art. 12).

3.3. Reprobación del demandante

En caso de que la autoridad judicial estime la petición de desestimación temprana por entender que efectivamente el demandante había interpuesto una denuncia abusiva, se activan diversas medidas que visualizan o proyectan la reprobación del derecho procesal a esa actitud abusiva:

- el demandante puede ser obligado a “soportar todas las costas procesales, incluida la totalidad de los gastos de representación legal en que haya incurrido el demandado, salvo que dichos gastos sean excesivos” (art. 14);
- la terminación temprana del proceso no solo conlleva para el demandado la tranquilidad de evitar un proceso largo y costoso, que podría terminar en una elevada condena, sino que, además, la Directiva propone que “pueda reclamar y obtener una indemnización plena” por el perjuicio de haber sufrido una demanda abusiva destinada a amedrentarle (art. 15);

- desde la perspectiva del demandante, la desestimación temprana no solo le obliga a descartar la posibilidad de un proceso contra el demandado por sus investigaciones o informaciones difundidas, sino que, además, puede ir aparejada de la imposición de una sanción “efectiva, proporcionada y disuasoria” (art. 16) por haber abusado de la legislación procesal para finalidades espurias de intimidación contra el periodista o activista.

V. TRES VÍAS PARA IMPLEMENTAR LA OBLIGACIÓN Y EL COMPROMISO ANTI-SLAPPS DE LAS EMPRESAS: LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, LEY DE DILIGENCIA DEBIDA Y COMPLIANCE PROGRAM

A la hora de implementar la prohibición de las SLAPPs en nuestro ordenamiento jurídico, conviene ver el problema de las denuncias abusivas desde una doble perspectiva: como un asunto de abuso de las leyes procesales (lo que lleva nuestra mirada hacia la Ley de Enjuiciamiento Civil) y como una conducta típicamente empresarial que debe prohibirse (pensamos ahora en el marco normativo de obligaciones de las empresas: una futura ley española de diligencia debida y los programas de cumplimiento normativo de las empresas).

1. La propuesta de Directiva Anti-SLAPPs de la Unión Europea, en caso de ser aprobada, debe producir cambios normativos en el Derecho español para incluir una legislación específica que combata la práctica de las denuncias abusivas. Concretamente, debería reformarse la *Ley de Enjuiciamiento Civil* para incorporar un título sobre el desistimiento temprano del proceso en caso de demandas abusivas. Es cierto que en el título VII del libro I de la Ley se regula la figura de la buena fe de las partes en un proceso, en cuya virtud (art. 247.1) el juez o tribunal podría rechazar “fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal” (apartado segundo). En tal caso, quien ha conculcado las reglas de la buena fe podría recibir una multa (apartado tercero).

La regulación vigente, sin embargo, resulta insuficiente para el problema de las denuncias infundadas, por varios motivos: a) no se prevé específicamente para procesos contra participantes públicos sobre asuntos de interés público; b) no es propiamente una moción a disposición del demandado para solicitar la valoración del juez a fin de determinar si hay un abuso (por más que el demandado

pueda plantear la mal fe procesal del demandante en su escrito de contestación a la demanda), sino que se trata de una opción que parte solo de oficio del tribunal; c) y, esta es la carencia más importante, aunque el juez considere que una parte procesal ha abusado del derecho e incluso imponga una multa, no se prevé la terminación del procedimiento, que es la clave de la legislación anti-SLAPPs: desistimiento temprano del proceso en caso de denuncia abusiva para evitar, así, que el procedimiento continúe agotando los recursos económicos y psicológicos del demandado y ahogando el escrutinio público. Por tanto, entendemos que la reforma de Ley de Enjuiciamiento Civil para incluir la moción de desistimiento temprano por denuncia abusiva es imprescindible.

Hay que apuntar que la intimidación de periodistas o informadores también puede canalizarse por la vía penal, con querellas de injurias o calumnias, por ejemplo. Sin embargo, recordemos que la propuesta de Directiva deja fuera de su ámbito de aplicación las reclamaciones penales. Por ello, a falta de un cambio expreso impuesto por la futura Directiva, la paralización de una denuncia abusiva en el orden penal tiene que realizarse con los instrumentos que la ley ya ofrece: el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al juez o tribunal a comprobar el hecho denunciado, “salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa” y, según el art. 313 de la misma ley, se desestimaré la querrella en caso de que los hechos denunciados no sean constitutivos de delito. En esta labor judicial de decidir si los hechos son indiciariamente constitutivos de delito, en el marco de infracciones alrededor de la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional ha advertido que el juez o tribunal debe considerar 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”, pues “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” (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). De tal forma que la ausencia de esta previa valoración jurídica que conecta los hechos enjuiciados con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, sería inconstitucional (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3).

2. En los últimos años se han aprobado en varios Estados normas específicas que regulan la responsabilidad de las empresas en la protección de los derechos humanos (y del medioambiente),

especialmente de las grandes corporaciones. Estas normas se enmarcan en una tendencia a juridificar los compromisos de las empresas, que formaban parte de sus deberes de responsabilidad social corporativa, ahora en forma de obligaciones y prohibiciones vinculantes y sancionables en caso de incumplimiento. Se obliga a las empresas matrices a supervisar y vigilar a las empresas filiales con las que contratan, de tal forma que en caso de que la filial haya cometido una violación de derechos humanos, la empresa matriz será responsable si tal violación se hubiera producido por la falta de supervisión de la empresa matriz.

Suele citarse el ejemplo de la Ley de Vigilancia Empresarial francesa como pionera en esta materia en el entorno europeo. Recientemente, en junio de 2021, también Alemania ha aprobado su Ley de diligencia debida en la cadena de suministro. Austria, Holanda, Bélgica preparan normativas similares. En el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para 2022, el Gobierno español se compromete a aprobar una “*Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales*”, cuyo objetivo sería “garantizar de forma efectiva prácticas empresariales respetuosas de la sostenibilidad y los Derechos Humanos a través de una específica obligación de debida diligencia y buenas prácticas en la actividad transnacional de origen español”. Sin duda, la prohibición de recurrir a SLAPPs tendría perfecto encaje en esta norma: las denuncias abusivas constituyen una seria amenaza para el derecho humano a la libertad de información y expresión, y las empresas españolas, tanto en España como en otros países donde actúan a través de filiales, tienen que ser sancionadas si recurren a estos métodos intimidatorios solo aparentemente legales.

3. Finalmente, la última opción para prohibir el uso de SLAPPs en la política de una empresa sería a través de su *programa de cumplimiento normativo*. En ese caso, se abren dos opciones:
 - a. Cabe que la empresa incluya voluntariamente un compromiso anti-SLAPP dentro del *compliance*, que podría formularse en los siguientes términos: “la empresa se compromete a no interponer reclamaciones penales o civiles contra periodistas, informadores, activistas, organizaciones ciudadanas, en general, contra participantes públicos, que informen sobre asuntos de interés público en los que se halle involucrada la empresa. Podrá interponer reclamaciones cuando tengan fundadamente base legal

(salvaguardando así su derecho a la tutela judicial efectiva) y, en todo caso, nunca exigirá una condena o compensación por daños al participante público que sea desproporcionada.

- b. Otra posibilidad sería que ley de diligencia debida que se elaborará próximamente, a la que antes nos referíamos, obligue a las empresas a pronunciarse sobre la práctica de las SLAPPs expresamente en sus programas de cumplimiento incluyendo un compromiso de no recurrir a ellas. Esta vía ofrecería una ventaja adicional: la ley podría prever una sanción para el caso de que la empresa incumpla el compromiso anti-SLAPP.

Si bien la opción de introducir voluntariamente un compromiso anti-SLAPP en los programas de cumplimiento es positiva, entendemos que no debe dejarse esta cuestión solo a la libertad de decisión de la empresa, sino que debe reforzarse la prohibición de las SLAPPs incluyendo expresamente la obligación legal de que el *compliance* contenga una referencia al respecto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., “Protecting public watchdogs across the EU: a proposal for an eu anti-slapp law” (online: https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/12/Anti_SLAPP_Model_Directive-2-1.pdf).

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION OF OHIO, “SLAPPed: A tool for activists. Part 1: What is a SLAPP suit?”, <https://www.acluohio.org/sites/default/files/WhatIsSLAPP.pdf>.

Article 19, “SLAPPs against journalists across Europe”, 2022, <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2022/03/A19-SLAPPs-against-journalists-across-Europe-Regional-Report.pdf>.

Article 19, “State of SLAPPs in Spain Country Report”, 2021, https://www.article19.org/wp-content/uploads/2021/12/A19_MFRR-Spain-Report_Final_29Nov21.pdf.

BÁRD, P., BAYER, J., CHUN LUK, N y VOSYLIUTE, L., “SLAPP in the UE context”, *Academic Network on European Citizenship Rights*, 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/ad-hoc-literature-review-analysis-key-elements-slapp_en.pdf.

BARKER, J. C., “Common-Law and Statutory Solutions to the Problem of SLAPPS”, 26 *Loyola of Los Angeles Law Review* 395 (1993).

- BEATTY, J. W., "The Legal Literature on SLAPPS: A Look Behind the Smoke Nine Years After Professors Pring and Canan First Yelled "Fire!""", *University of Florida Journal of Law & Public Policy* (1997): Vol. 9: Iss. 1, Article 4.
- BEVIN, A. y NORMAN, C., "Measuring the Impact of Anti-SLAPP Legislation on Monitoring and Enforcement", *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, 2011, vol. 11, issue 1.
- BONELLO GHIO, R. y NASREDDIN, D., "Shutting Out Criticism: How SLAPPS Threaten European Democracy A report by The Coalition Against SLAPPS in Europe (CASE)", March 2022, <https://www.the-case.eu/s/CASE-report-SLAPPS-Europe.pdf>.
- CANAN, P. y PRING, G. W., "Strategic Lawsuits against Public Participation", *Social Problems*, Vol. 35, No. 5 (Dec., 1988).
- CANAN, P. y PRING, G. W., "Studying Strategic Lawsuits against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches", *Law & Society Review*, Vol. 22, No. 2 (1988).
- CANAN, P. y PRING, G. W., *SLAPPS: getting sued for speaking out*, Estados Unidos (Temple University Press), 1996.
- DONSON, F., "Libel Cases and Public Debate – Some Reflections on whether Europe Should be Concerned about SLAPPS", *Review of European Community & International Environmental Law*, 19(1).
- EARTHRIGHTS INTERNATIONAL, "The fossil fuel industry's use of SLAPPS and judicial harassment in the United States", <https://earthrights.org/wp-content/uploads/SLAPP-Policy-Brief-2022.pdf>.
- GARCÍA DEL VADO, C., "Un caso de SLAPP en la campiña gallega", *Greenpeace Magazine* 36 (2020).
- PLATFORM TO PROMOTE THE PROTECTION OF JOURNALISM AND SAFETY OF JOURNALISTS, "Defending Press Freedom in Times of Tension and Conflict. Annual Report 2022 by the partner organisations to the Council of Europe Platform to Promote the Protection of Journalism and Safety of Journalists", 2022, <https://rm.coe.int/platform-protection-of-journalists-annual-report-2022/1680a64fe1>.
- PRING, G. W., "SLAPPS: Strategic Lawsuits Against Public Participation", *7 Pace Environmental Law Review* 3, 3 (1989).
- RASMUSSEN, K., "Fighting frivolous lawsuits against journalists. A state-by-state guide to anti-SLAPP laws", The Reporters Committee for Freedom of the Press, Summer 2011, (online: <https://www.rcfp.org/slapp-stick-fighting-frivolous-lawsuits-against-journalists>).

SIMPSON, E., "Slapp-ing down the Right to a Jury Trial: Anti-Strategic Lawsuits against Public Participation and the Seventh Amendment", 48 *University of Toledo Law Review* (2016-2017).

TU, S. y STUMP, N., "Free Speech in the Balance: Judicial Sanctions and Frivolous SLAPP Suits", *Loyola Los Angeles Law Review*, Volume 54(2).

LANDRY, N., "From the Streets to the Courtroom: The Legacies of Quebec's anti-SLAPP Movement", *Review of European Community & International Environmental Law*, Volume 19, Issue 1, April 2010.

SCOTT, M. y TOLLEFSON, C., "Strategic Lawsuits Against Public Participation: The British Columbia Experience", *Review of European Community & International Environmental Law*, Volume 19, Issue 1, April 2010.

YOUNG, H., "Canadian anti-SLAPP laws in action", *The Canadian Bar Review*, Vol. 100 No. 2 (2022).

III ARANZADI

Autonomía privada, libertad de empresa y libertad ideológica. Encuentros y desencuentros

JAVIER PAZOS HAYASHIDA¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: AUTONOMÍA PRIVADA Y LIBERTAD. II. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA. III. LIBERTAD DE EMPRESA Y MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA. ENCUENTROS. IV. IDEOLOGÍA, OBJETO SOCIAL Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS. CONTINGENCIAS Y PERSPECTIVAS. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El propósito de este trabajo es reflexionar acerca del rol de la autonomía privada y la libertad de empresa en el desarrollo de otras libertades y evaluar cómo, a partir de estas, puede hacerse presente la libertad ideológica sobre todo a través del propio objeto para el cual es creada una organización empresarial de corte ideológico. Para ello, buscamos hacer referencia a algunas contingencias que se presentan en la actividad económica del ente y las perspectivas que ello puede traer consigo.

PALABRAS CLAVE: Autonomía privada, libertad de empresa, libertad de expresión, libertad ideológica, objeto social, empresas de tendencia.

-
1. Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide. Máster en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla – La Mancha. Magíster en Gerencia Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma casa de estudios. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador del Grupo de Investigación de Derecho Privado y Mercado. Código ORCID: 0000-0002-3516-2603. Correo electrónico: japazos@pucp.edu.pe.

I. INTRODUCCIÓN: AUTONOMÍA PRIVADA Y LIBERTAD

En ejercicio de la libertad que todos los individuos de un ordenamiento jurídico poseen, es posible autodeterminar la propia esfera de actuación (Chamié, 2018, p. 209). Es importante subrayarlo, ello parte de la intención de definir un conjunto de reglas que serán vinculantes para el sujeto por propia iniciativa, siendo que la libertad de determinación termina siendo no solo la causa – fuente del marco regulatorio efectivamente establecido sino, además, del conjunto de consecuencias jurídicas y fácticas que se generarían en consecuencia.

La actuación en libertad determina entonces no solo la búsqueda por alcanzar la satisfacción de un interés digno de tutela. Típicamente entendemos que el referido marco regulatorio conlleva el surgimiento de diversas titularidades a favor del sujeto, como los derechos subjetivos que surgen a partir de un negocio jurídico. Pero además de ello, hay que entender que también se generan reglas de responsabilidad propias de la detentación de la prerrogativa misma o de su ejercicio. El surgimiento del derecho subjetivo trae como contrapartida la concurrencia de efectos complementarios pero antagónicos, propios de la asunción de la prerrogativa y su ejercicio en un contexto social y, más allá, propios de la condición del ser.

Es la voluntad individual la causa que determina la generación de un marco base de reglas a partir de las cuales surgen prerrogativas jurídicas, todo en el ámbito de esa autorregulación (como se indica, por ejemplo, en el Pleno Jurisdiccional resultante del Expediente N.º 047-2004-AI/TC del Tribunal Constitucional peruano). Pero esa voluntad individual debe mensurarse en el escenario en que los efectos prácticos se van a manifestar, esto es, en la actuación en sociedad (De Castro, 1985). Ciertamente, se parte de un primer ámbito de libertad que se hace tangible con la pertenencia a un grupo social, con la delegación de atribuciones al colectivo o a la representación correspondiente. Ese marco, por supuesto, no implica una renuncia sino una delegación que, finalmente, moldeará el plano de la propia actuación.

Entra a tallar, conforme a lo anterior, la importancia del orden público económico, esto es, el conjunto de reglas de derecho necesario, sustentadas en el interés público, que determinan las líneas directrices de la actuación no solo del Estado sino de los privados en el ejercicio de determinadas prerrogativas de índole patrimonial. Así, si bien la voluntad individual es el presupuesto para la determinación de consecuencias jurídicas, no se basta a sí misma (como acto concreto, específico y aislado) sino que se hace necesario que la misma se condiga con el conjunto de normas

imperativas que, a fin de cuentas, la propia delegación en el marco del derrotero de la sociedad determinó con antelación.

Tal es el escenario que trae consigo la idea de autonomía privada: una prerrogativa que permite que los propios sujetos regulen sus particulares intereses jurídicamente tutelables, en concordancia con las normas del ordenamiento, con el fin de generar una diversidad de efectos, entre los cuales se encuentra la creación de relaciones jurídicas (De la Puente, 1991, T.1, p. 262). De este modo, la autonomía privada se constituye en un medio generador de reglas, de situaciones, de vínculos entre diversos agentes económicos, por lo que su incidencia no solo se limita a la mera esfera individual, sino que tiene un claro potencial de forjar efectos vinculantes a nivel relacional.

Típicamente vinculada al plano de los negocios jurídico patrimoniales y más concretamente al plano de los contratos (como se aprecia en la resolución recaída en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC), la incidencia de la autonomía privada se ha hecho evidente en escenarios en donde confluyen la libertad de contratar y la libertad contractual, siendo que se entiende que la primera se remite a la oportunidad y contenido de la declaración de voluntad, al hacer posible el efecto relacional entre dos o más actores sociales; y, la segunda, remarcando la posibilidad de configurar el marco regulatorio mismo, lo que determinará los linderos de la actuación de los individuos.

Vista de ese modo, la autonomía privada se hará tangible en la libertad de decidir sobre la oportunidad de contratación, de si ello conviene o no a la satisfacción de los intereses del sujeto. Como consecuencia de ello concurrirá la libertad de identificar a los actores sociales con quienes este desea vincularse y la puntual forma en que lo hará, lo que no se limita a optar por una categoría contractual específica (un contrato típico o atípico –típico social o típico legal–, nominado o innominado, etc.) sino que incluye el establecimiento de las particulares reglas que en el marco de ese específico contrato establecen las condiciones de contratación aplicables al caso concreto, sin desmedro de las medidas imperativas del sistema (Hinestrosa, 2014, p. 9).

II. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Una de las concretas manifestaciones de la autonomía privada se presenta en el marco de la actividad empresarial. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad que tienen los individuos de integrarse para la realización

de diversas actividades a través de distintos mecanismos económicos: desde la realización de actividad individual (entiéndase, como personas naturales), hasta la determinación de sendos contratos que conllevará en algunos casos la generación de personas jurídicas o de otros medios de hacer empresa.

Y es que, en el marco de la libertad de empresa, los individuos pueden ingresar al mercado y participar del mismo, concurrir y competir, mantenerse el tiempo que crean conveniente y, en su caso, optar por la salida del ámbito concurrencial. Visto el tema desde la perspectiva del propio sujeto, tal libertad se hace evidente cuando en el contexto de la provisión de bienes y servicios se hace necesario organizar los diversos factores de producción (Alvear, 2015, pp. 333-334). En la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC (y antes en el Expediente N° 0001-2005-PI/TC), se hace mención de las prerrogativas que se decantarían de la libertad de empresa: libertad de fundación, libertad de acceso, libertad de organización, libertad de dirección y libertad de cesación o de salida de mercado.

Los variopintos actores sociales, siempre teniendo en consideración el orden público económico, tienen la posibilidad de proyectar su acceso al mercado. Así, podrán mesurar el objeto al que su capacidad productiva se encaminará, determinando las actividades económicas concretas que realizarán, ya sea que estas se remitan a la fabricación, comercialización o distribución de bienes o servicios, y teniendo absoluta autonomía sobre la oferta que efectuarán, en concordancia con el ordenamiento jurídico. Los agentes económicos podrán definir las cualidades particulares de la oferta que efectúen, no siendo posible que se imponga a un actor la obligación de ingresar al mercado para que ofrezca un producto o servicio concreto. Lo dicho se plantea sin perjuicio del caso de los mercados regulados, en donde no es que ello ocurra respecto de la decisión sobre lo que se va a ofertar sino, dicho *grosso modo*, en relación con las particularidades de dicha oferta.

La libertad de empresa se hace palpable no solo en la decisión de proveer de determinados productos o servicios al mercado (lo que incluye la fabricación, distribución y, en su caso, comercialización de recursos). Además, y de ahí el paralelismo con la libertad de contratar, concurre la multiplicidad de mecanismos negociales de los que puede valerse el agente económico para competir. Así se desprende de la resolución del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0001-2005-PI/TC.

De conformidad con lo anterior, los actores sociales podrán recurrir a diversos actos de autonomía privada en aras de ingresar al mercado y concurrir de la forma más adecuada a sus intereses. Alcanzar los fines

concurrentiales puede estar determinado por la decisión del actor de, unilateralmente, hacer actividad empresarial sin constituir un centro de atribución regulatoria, con el potencial efecto que esto traería en ámbito de las relaciones frente a terceros con los que se vincule y que se concentran en la configuración de una responsabilidad patrimonial universal e ilimitada. Por supuesto, puede generar un centro regulatorio, una persona jurídica unipersonal, lo que impactaría en el plano antes indicado al limitar la referida responsabilidad del constituyente.

El acto de autonomía privada podría también ser plurilateral. En este caso, nos encontraríamos ante declaraciones conjuntas de voluntad encaminadas a establecer mecanismos concurrentiales colectivos. Así, podríamos encontrar negocios encaminados a generar entidades o simplemente dirigidos a la regulación de la participación de diversos actores en un objetivo empresarial común. Sobre esto último se puede mencionar la participación a través de asociaciones en participación o consorcios. Sobre lo otro, nos encontramos ante la cuestión relativa a la constitución de personas jurídicas, con la consecuente generación de un fuero especial de regulación de consecuencias jurídicas sustentado en la escisión de responsabilidad de la entidad frente a los constituyentes.

En términos latos, por lo menos, se hace importante precisar que hacer referencia a la actividad económica de una entidad o incluso a la palabra empresa, no trae como condición necesaria que se hable de organizaciones con fines de lucro, esto es, entidades que en virtud de su acto constitutivo se orienten a la realización de actividad concurrential que genere excedentes (rendimientos de capital) que puedan ser distribuidos entre sus miembros. Hablar de empresa trasciende a ello, como ciertamente la libertad de empresa no se limitaría a la concurrencia de escenarios donde participan agentes económicos que se orienten a la distribución de rendimientos.

De la misma forma que se planteó en relación con la autonomía privada, la libertad de empresa debe entenderse no solo en atención a la esfera del sujeto o del conjunto de sujetos concurrentes. Se hace necesario mensurar el conjunto de normas de interés público que determinan el ámbito de tal libertad. De esta manera se integra el interés individual con aquél que corresponde a la multiplicidad de actores que participan en el mercado. Confluyen de este modo la libertad de empresa del individuo (o de los individuos) con la libertad de terceros (Alvear, 2015, p. 335). Esto se hace manifiesto al percibir, por ejemplo, reglas vinculadas a las relaciones tanto al interior de la empresa como al exterior, incluyendo marcos específicos como el de la protección al consumidor, la publicidad o la libre competencia, por mencionar algunos casos.

Nótese entonces que la libertad de empresa tampoco es absoluta, siendo que ello no se contrapone con la propia idea de libertad. En los términos antes planteados, el interés público se presenta también en aras de la consecución de la salvaguarda de intereses sociales. De ello se colige que el marco regulatorio de derecho necesario que se presente, pequeño o de mayor envergadura según el ordenamiento jurídico o, en su caso, según el particular mercado ante el cual nos encontremos, establece los parámetros de la actuación del empresario (Alvear, 2015, p. 325). El establecimiento de mercados regulados, la existencia de barreras de acceso al mismo (barreras burocráticas legales y razonables) y otros mecanismos, no se constituyen en un detrimento para la libertad de empresa sino en un marco que surge, como indicamos antes, a partir de actos propios de libertad y representación en el ámbito de la sociedad organizada.

Se integran de esta manera, como ocurre con otras titularidades (sobre todo de orden económico), el contenido mismo de la prerrogativa a favor del individuo (dicho en términos coloquiales, una vertiente de libertad) y un ámbito normativo irrenunciable, que permite incorporar al interés público como variable determinante, lo que trae como resultado la adhesión al acto de autonomía de un conjunto de normas imperativas de derecho necesario en aras de adosar las diversas situaciones jurídicas de los distintos actores que puedan verse involucrados en una circunstancia concreta. Hablamos así de una dimensión objetiva que se hace evidente en las bases de la actividad económica de una sociedad (lo dicho se puede percibir, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 01405-2010-PA/TC).

Al hablar de libertad de empresa nos encontramos ante una fuente generadora de imperativos oponibles a los distintos miembros de la sociedad y al Estado mismo, ello como un medio necesario para la satisfacción del interés individual o individualizable. Este marco determina los linderos de la actuación de los diversos actores sociales articulando el ejercicio de las titularidades individuales que pudiesen confluir. Así, se pueden tomar medidas, *ex ante* y *ex post*, ante la realización de actos por parte de terceros que pretendan afectar dichas titularidades. En concordancia con ello se define el propio marco de actuación del propio individuo frente a terceros.

III. LIBERTAD DE EMPRESA Y MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA. ENCUENTROS

¿Cómo confluyen dichas titularidades? Es el ejercicio de la libertad de empresa, lo que puede traer consigo la creación de una entidad cuyo objeto

remita a una actividad económica vinculada directa o indirectamente a la expresión de las ideas de los concurrentes o, incluso a una perspectiva ideológica (o religiosa) concreta. De esta manera, el posicionamiento en el mercado de la entidad en cuestión, o la búsqueda por alcanzar tal posicionamiento, está sustentado en la expresión del pensamiento, de la plasmación de una ideología o pensamiento a través de la actividad económica de la organización. Ello podrá tener consecuencias en las actividades que se realizarán, en la oferta de productos o servicios (sobre todo teniendo en cuenta a los potenciales destinatarios de estos) y, por supuesto, podrá incidir en la cuota de mercado a alcanzar.

Es en este punto en que se puede manifestar el encuentro entre la autonomía privada, la libertad de empresa y la libertad de expresión (como se infiere de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01708-2019-PA/TC), así como la libertad de conciencia o, incluso, la libertad religiosa.

Cada sujeto es libre de manifestar sus propias convicciones sobre distintos aspectos de la vida. El trasfondo de la libertad ideológica está vinculado a la posibilidad de asumir y hacer manifiesta cualquier ideología a la que se adscribe un sujeto o un colectivo y que, de suyo, trae consigo una particular forma de apreciar, interpretar y valorar los fenómenos sociales, determinando, en consecuencia, la actuación del propio sujeto, o de un colectivo particular, en el ámbito de la sociedad (Nogueira, 2006). Esto último, aun cuando no directamente, se percibe en la sentencia del Expediente N° 05258-2016-PA/TC.

Debe notarse que comúnmente encontraremos este conjunto de libertades vinculadas con el individuo, entiéndase la persona natural, como un reflejo necesario de su condición del ser y la integración de ello en un contexto social determinado, a partir de su particular percepción de la realidad. Pero ello también puede verse reflejado a través de cualquier colectivo o constructo social como la persona jurídica.

No es reciente la discusión sobre si las personas jurídicas tienen derechos fundamentales. Tampoco lo es la respuesta positiva ante tal cuestión (Beaumont, 2012). Ciertamente, es a través de estas entidades que se puede hacer manifiesta la libertad de expresión individual y, más allá, la libertad ideológica o de conciencia que vincula a los constituyentes. Es claro que la actividad económica a la cual se va a dedicar la entidad explica, en cada caso concreto, la constitución del ente (y la forma en que se plasma la libertad de asociarse, de la *affectio societatis*, de la libertad contractual). El tema se hace más complejo cuando detrás de dicha actividad concurre una ideología.

El pensamiento, las ideas o la fe pueden manifestarse como causa de la constitución y existencia de la entidad. La libertad de conciencia concurre como justificante y garantía de la decisión de los constituyentes de crear una organización y hacer empresa a través de ella. Asimismo, es la razón de que los miembros decidan mantenerse incorporados al ente y no opten por la separación. No es solo un tema de inversión o una cuestión simplificada desde una perspectiva reduccionista al ámbito patrimonial. La ideología se constituye en la razón de integrarse, de mantenerse vigente como organización, de seguir siendo un colectivo.

La libertad de conciencia, motor de su constitución, se consolida como fundamento para la propia existencia de la organización, determinando el conjunto de actividades que esta vaya a desarrollar. En ejercicio de esa libertad es que se justifica el régimen de capacidad del ente, proyectándose la generación de relaciones jurídicas con terceros bajo tal premisa. Así, si la organización ha sido constituida en aras de promover o hacer manifiesta una ideología específica, una forma particular de ver las cosas, ello determina los linderos de la actuación de la empresa: quedará vinculada frente a terceros típicamente a partir de actos relativos a su objeto y a todo aquello que es ínsito a este.

Lo dicho no desconoce la posibilidad de una actuación mayor, menos aún en un régimen de capacidad general de las organizaciones, en donde la regla es que el ente quede vinculado frente a terceros por los actos de sus representantes realizados dentro de los límites de las facultades otorgadas a estos, aun cuando dichos actos eventualmente excedan el objeto para el cual la entidad haya sido creada. Precisamente, y en atención a ello, es que debe entenderse que las facultades de representación que coadyuvarán a la creación de relaciones jurídicas que liguen a la organización con terceros, están vinculadas con el objeto social que, en su momento, justificó la creación de la entidad y con la ideología subyacente. Así, si bien es posible otorgar facultades de actuación más allá del objeto social, en tanto el ordenamiento lo permite, ello de ninguna manera debe interpretarse como una licencia que habilite a realizar cualquier actividad más aún si esta termina siendo contraria a la ideología que justificó la creación de la entidad. De ahí que esa posibilidad de actuación tiene tras de sí el régimen de responsabilidad de los miembros de la organización que hubieren participado en la creación de acuerdos que excedan el objeto social o que lo contravengan, en tanto se haya generado con ello daños y perjuicios a la empresa. La responsabilidad de los miembros de la organización (civil, penal o administrativa, según el caso), ya sea que se determine a partir de su actuación como socios, administradores o similares, es parte del régimen de incentivos, o desincentivos, para la actuación dentro de la entidad.

La actividad de los miembros de la organización y la estricta adscripción a su particular objeto debe analizarse caso por caso. Asimismo, debe precisarse que la cuestión se plantea sin desmedro de las prerrogativas de los trabajadores y funcionarios en general, específicamente relacionadas con su propia libertad de expresión y conciencia, que es un tema que se aleja del objeto del presente estudio.

IV. IDEOLOGÍA, OBJETO SOCIAL Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS. CONTINGENCIAS Y PERSPECTIVAS

Todo lo dicho reafirma que el objeto de la entidad se constituye en garantía para ella misma, reafirmandose que la empresa ha sido creada para la realización de objetivos específicos y no de otros. La ideología subyacente a la organización no se presenta como una mera referencia o una marca, sino como una línea de base que determina su actuación. Ello explica el porqué del necesario vínculo con las actividades que desarrolla, dado que la capacidad operativa de la organización y todo lo que ella significa se aplican a la razón misma de su creación. El tema entonces trasciende a un asunto patrimonial que ya de por sí tiene su complejidad al entenderse que los recursos de la empresa se destinan a concretas actividades y no a otras.

Como consecuencia de lo dicho, en tanto el objeto social determina las actividades de la organización, también determinará el ámbito de lo que esta ofrece a la colectividad. El objeto de la organización termina siendo una salvaguarda para los distintos actores sociales que se relacionan con dicha entidad, ya que a través de este estarán informados sobre el potencial alcance de las actividades de la empresa pudiendo tomar decisiones en consecuencia y en atención a sus propios intereses jurídicamente tutelables. El que se haga manifiesta una ideología a través de las actividades económicas de la empresa es determinante al momento en que los destinatarios de los productos o servicios que se pretende posicionar efectúan su opción de consumo. El que sea una ideología y no otra invita a querer contratar o a no hacerlo. La opción entre lo uno y lo otro estará determinada por los intereses de los diversos agentes económicos, siendo que en el caso de entidades cuyo objeto refleja una ideología particular se proyecta al mercado una propuesta concreta vinculada con una concreta forma de pensar y una específica forma de percibir determinados fenómenos sociales.

Desde la perspectiva de la protección al consumidor, importará subrayar la idea de idoneidad, esto es, la equivalencia que debe haber entre aquello que es ofrecido y lo que finalmente es otorgado por parte de la

empresa. Este tema no es coyuntural: es sobre la base de esta garantía que el derecho del consumo se sustenta. El que el objeto de la empresa termine siendo una expresión de la libertad ideológica de los constituyentes y los posteriores afiliados, así como un propio fundamento institucional, va a incidir en lo que los consumidores esperan de ella. Lo ofrecido no es solo un producto o un servicio, ni una actividad económica aisladamente considerada. Cada uno de los recursos referidos importará en la medida que se vincule a la ideología, al pensamiento que se ha informado a la colectividad que está detrás de la actividad económica de la entidad o, más aún, que está totalmente incorporada a la propia actividad, haciéndose una con ella. Al destinatario de la oferta le importa ello, siendo que su interés solo se verá satisfecho si es que la provisión de productos o servicios se manifiesta de esa manera. Es en consideración de todo ello que se medirá la equivalencia entre lo ofrecido y lo efectivamente otorgado.

El tema también importará a propósito del posicionamiento de la organización. El que la empresa se presente como entidad a través de la cual se hace manifiesta una ideología determina que, en función a ello, se posicionará y ganará un estrato de mercado. Garantizar el normal desarrollo del proceso competitivo implica cuidar que este no se vea afectado por prácticas contrarias a la buena fe concurrencial, lo que conlleva el repudio a las prácticas que afecten la transparencia en el mercado, como los actos de engaño o los actos de confusión, a lo que se suma el aprovechamiento indebido de la reputación ajena, entre otros casos. El que una organización se origine como una empresa de tendencia determina que, en consideración al acto de autonomía que le dio origen, media una decisión de los actores incorporados de presentarse al mercado de una forma y de promocionar su actividad de manera acorde con la particular perspectiva que le dio origen. Lo contrario podría lindar con la generación de actos de publicidad engañosa o con otros supuestos de competencia desleal.

Haciendo una revisión de las resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual peruano no hemos identificado un caso específico sobre el tema, aun cuando la problemática es posible. De hecho, la cuestión sobre el conflicto entre la libertad de empresa y la libertad de expresión en materia publicitaria es analizada, por ejemplo, en la Resolución N° 0761-2011/SC1-INDECOPI recaída en el Expediente N° 286-2009/CCD. La particular ideología del agente económico también se aprecia en casos de propiedad industrial como el que se presenta en la Resolución N° 1319-2005/TPI-INDECOPI recaída en el Expediente N° 206940-2004, donde un derecho sobre un signo distintivo es discutido en el marco de la actividad de una organización adscrita a un particular pensamiento.

Por su parte, en materia de protección al consumidor, las resoluciones de Indecopi halladas, como la Resolución N° 1439-2019/SPC-INDECOPI (recaída en el Expediente N° 0039-2017/CPC-INDECOPI-CUS-SIA) o la Resolución N° 2631-2012/SC2-INDECOPI (del Expediente N° 736-2010/CPC) refieren, más bien, a potenciales conflictos con la libertad religiosa (en materias ligadas a competencias funcionales y al libro de reclamaciones).

La necesaria vinculación entre el objeto de la organización y la ideología que le dio origen no solo importará como una salvaguarda para todos los miembros del colectivo social. El interés público que se busca proteger detrás del tema determina la posibilidad de actuación de las instancias correspondientes del Estado en cuando resulten competentes, ello en atención a las particularidades del conjunto de actividades económicas para las que ha sido creada la empresa. De este modo, la vinculación ideológica al objeto del ente puede incidir en la reducción de los costos de transacción asociados a la supervisión y fiscalización de determinados sectores regulados.

Reiterando que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, se puede someter a consideración la inclusión de la libertad de expresión y la libertad ideológica dentro del ámbito de titularidades atribuibles directamente al ente. Así, muchas de las cuestiones referidas en relación con el objeto de la organización y la plasmación de un vínculo directo con una ideología, son transferibles al caso de las personas jurídicas. Entendemos que más allá de ser un vehículo que permite que se haga tangible la libertad de expresión o la libertad ideológica de los miembros, es posible remitir a un constructo que trascienda a ello y se perennice como un concreto actor social que impacte en la sociedad a través del ejercicio de sus propias prerrogativas.

Sea cual fuere la perspectiva, reiteramos que desde el ingreso hasta la salida del mercado de la entidad de tendencia, el objeto social será la línea de base de su actuación. Que la actividad que típicamente se desarrolle se empiece a apartar de la ideología que le es propia podría dar pie al inicio de los mecanismos negociales de disolución, liquidación y extinción de la empresa.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALVEAR, J. (2015). Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica un paradigma a desarrollar. *Estudios constitucionales*, 13(1), 321-372. En: <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v13n1/art10.pdf>.
- BEAUMONT, R. (2012). El Tribunal Constitucional Peruano y los derechos fundamentales de las personas jurídicas. *Anuario de Derecho*

- Constitucional Latinoamericano, 117-137. En: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29671.pdf>.
- CHAMIÉ, J. (2018). Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídica colombiana. *Derecho PUCP*, (80), 187-237. En: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/19956>.
- DE CASTRO, F. (1985) *El negocio jurídico*, Madrid: Editorial Civitas.
- DE LA PUENTE, M. (1991) *El contrato en general*, Biblioteca para leer el Código Civil, vol. XI, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HINESTROSA, F. (2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada. *Revista de Derecho Privado*, (26), 5-39. En: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3794>.
- IRURETA, P. (2013). El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa. *Estudios constitucionales*, 11(2), 369-424. En: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200010&script=sci_arttext&tlng=pt.
- NOGUEIRA, H. (2006). La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et praxis*, 12(2), 13-41. En: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=es&nrm=iso&tlng=es.
- SOTO, C. (2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Vniversitas*, 52(106), 519-562. En: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14830>.
- VARGAS, A. (2018). Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad en el individuo. *Revista Iusta*, (49), 91-114. En: <https://www.redalyc.org/journal/5603/560360439005/560360439005.pdf>.

III ARANZADI

III ARANZADI

III ARANZADI

III ARANZADI

Guía de uso

¡ENHORABUENA!

ACABAS DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

APROVÉCHATE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES.



**ACCESO INTERACTIVO A LOS MEJORES
LIBROS JURÍDICOS**

ARANZADI

FUNCIONALIDADES



SELECCIONA Y DESTACA TEXTOS

Creas anotaciones y escoges los colores para organizar tus notas y subrayados.



USA EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN

Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado.



HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN

Vuelve a las páginas por las que ya has navegado.



ORDENAR

Ordena tu biblioteca por: Título (orden alfabético), tipo (libros y revistas), editorial, jurisdicción o área del Derecho.



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS

Escoge la apariencia de tus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores.



MARCADORES DE PÁGINA

Creas un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página.



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA

Busca en todos tus libros y obtén resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra.



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN

Transfiere todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad.



SUMARIO NAVEGABLE

Sumario con accesos directos al contenido.

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si has recibido previamente un correo electrónico deberás seguir los pasos que en él se detallan.

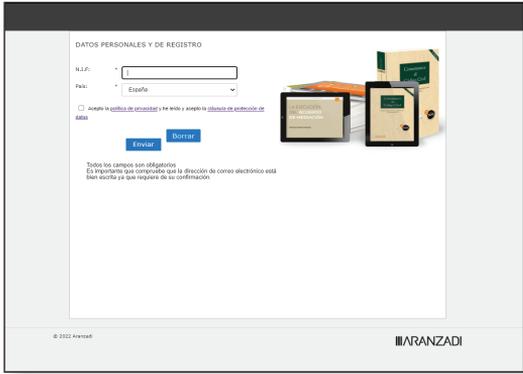
Estimado/a cliente/a,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, accede a <http://onepass.aranzadi.es>. Tras acceder a la página citada, introduce tu dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrarás en el interior de la cubierta del libro.

A continuación pulsa enviar.

Si te has registrado anteriormente en OnePass, en la siguiente pantalla se te pedirá que introduzcas el NIF asociado al correo electrónico.

Finalmente, te aparecerá un mensaje de confirmación y recibirás un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en tu biblioteca.



The screenshot shows a registration form titled "DATOS PERSONALES Y DE REGISTRO". It includes fields for "N.I.F.:" and "País:" (set to "España"). There is a checkbox for "Acepto la política de privacidad y he leído y acepto la política de cookies de ARANZADI". Below the fields are "Enviar" and "Cancelar" buttons. To the right, there is an image of a book and its digital version. At the bottom, it says "© 2012 Aranzadi" and "ARANZADI".

Si es la primera vez que te registras en **OnePass**, deberás cumplimentar los datos para crear tu cuenta y poder acceder a tu libro electrónico.

- Los campos **"Nombre de usuario"** y **"Contraseña"** son los datos que utilizarás para acceder a las obras que tienes disponibles a través del navegador en la ruta www.proview.thomsonreuters.com



The screenshot shows a confirmation message titled "CORRECTO". The text reads: "Estimado/a cliente/a: el proceso de registro se ha llevado a cabo con éxito. Ya tienes tus eBooks disponibles en Aranzadi Biblioteca Digital, a la cual podrás acceder desde tu navegador (www.proview.thomsonreuters.com). Para cualquier consulta o solicitud de asistencia, no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello, pulsa aquí para contactar por chat con un agente o creamos un ticket que atenderemos a la mayor brevedad." Below the text is a "Volver a página de inicio" button. To the right, there is an image of a book and its digital version. At the bottom, it says "© 2012 Aranzadi" and "ARANZADI".

Servicio de Atención al Cliente

Ante cualquier incidencia en el proceso de registro de la obra no dudes en ponerte en contacto con nuestro Servicio de Atención al Cliente. Para ello accede a nuestro Portal Corporativo y una vez allí en el apartado del Centro de Atención al Cliente selecciona la opción de Acceso a Soporte para no Suscriptores (compra de Publicaciones).

III ARANZADI