

# CONOCIMIENTO



## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL ODIO AL ENEMIGO (COMENTARIO JURISPRUDENCIAL)

### Resumen:

*El concepto y los límites de la libertad de expresión no se entienden sin la aportación de la jurisprudencia, que suele aportar la lógica a cualquier sistema de libertades públicas en las democracias funcionales. Este artículo pretende analizar, a través de la jurisprudencia, cómo las limitaciones a la libertad de expresión resultan ser, en ocasiones, manifestaciones del llamado Derecho penal del enemigo. Limitar las libertades tiene consecuencias y es oportuno atender y corregir las agendas político criminales que excluyen ciertos sujetos de la ciudadanía y tienden al "derecho penal de autor".*

### Palabras clave:

*Libertad de expresión; derecho al honor; discurso del odio; derecho penal del enemigo.*

### Abstract:

*The concept and limits of freedom of expression cannot be understood without the contribution of jurisprudence, which usually brings logic to any system of public freedoms in functional democracies. This article attempts to analyze, through jurisprudence, how limitations to freedom of expression sometimes turn out to be manifestations of the so-called criminal law of the enemy. Limiting freedoms has consequences and it is opportune to address and correct the criminal political agendas that exclude certain subjects from citizenship and tend towards a sort of "criminal copyright".*

### Keywords:

*Freedom of expression; right to honour; hate speech; criminal law of the enemy.*



Vistas las dificultades que, generalmente, suelen asociarse a los intentos de reflexionar, hablar o escribir, acerca de la libertad expresión, en abstracto e *in genere*, sin una referencia clara al ámbito o la acción a los que tal libertad se contrae, quizá no resulte del todo ocioso acudir a análisis parciales y aproximativos que, como ocurre con la perspectiva jurisprudencial, pueden ayudar en la tarea de reconstrucción inductiva del concepto, alcance y límites de este importante derecho fundamental. Hemos seleccionado, en efecto, un hilo jurisprudencial concreto que nos permitirá cierta concisión y nos servirá, de paso, para aclarar algunos conceptos generales, sin más ambición que la de ofrecer algunos materiales para la reflexión, en un momento de vertiginosa aceleración en el campo de los medios de expresión y comunicación, espectaculares avances en el despliegue de las nuevas tecnologías y, consiguientemente, graves amenazas para las libertades básicas de un sistema democrático.

Me servirá inicialmente de un casi telegráfico relato fáctico -los hechos probados no parecen ser objeto de disputa en el supuesto analizado-, como punto de partida sobre el que asentar estas breves consideraciones. Se trata, en síntesis, de la quema, en una plaza pública por parte de unos jóvenes, identificados como defensores de una determinada ideología, de una fotografía de gran tamaño de los Reyes de España, colocada "*boca abajo*"<sup>1</sup>.

En primera instancia, (Sentencia del Juzgado Central de lo Penal, 2008:2490) se condenó, por estos hechos, a dos personas a la pena 15 meses de prisión -sustituible por multa-, entendiendo que habían cometido un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del Código Penal español, razonando el órgano sentenciador que esta acción era innecesaria y sobrepasaba los límites amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

La Sentencia es confirmada por la Audiencia Nacional y ésta ratifica la lesión del derecho al honor de la institución de la Corona y entiende que prevalece en el caso concreto este derecho al honor frente la libertad de expresión de los acusados. La Audiencia Nacional afirma que "**los acusados escenifican lo que gráficamente podemos definir como un "aquellarre" o un juicio inquisitorial**".(SAN 40/2008 de 5 de diciembre).

La verdad es que el dramatismo verbal y retórico que contienen estas calificaciones/asimilaciones resulta cuando menos sorprendente. En un momento como el actual, en que se sustancian, en sede jurisdiccional internacional, crímenes de genocidio, limpieza étnica y violaciones masivas de derechos, no es fácil encontrar un lenguaje forense que se permita, de algún modo, licencias retórico-dramáticas en la exposición de los razonamientos jurídicos<sup>2</sup>, siendo así que se habla "**de la posición claudicante del rey, dado que la foto se coloca boca abajo**" -y se explica que se trata de "**la expresión simbólica del desprecio y destrucción de la institución, pues el fuego, en el contexto que se usa tiene una carga negativa evidente**".(SAN 40/2008 de 5 de diciembre).

Más allá de la sobreactuación retórica a la que me acabo de referir, cuando los pronunciamientos judiciales llegan al Tribunal Constitucional y este aborda el correspondiente recurso de amparo (STS 177/2015 de 22 de julio) nos encontramos con un elemento nuevo, llamativo y, desde luego, jurídicamente más complejo: la invocación del discurso del odio.

Separándose de los razonamientos de las instancias previas y olvidando que su autonomía está limitada por la naturaleza de la resolución judicial que dio lugar al recurso de amparo (art. 44.1 b) LOTC, 2/1979 de 5 de octubre), en este caso una condena penal por injurias al rey y a sus familiares, el Tribunal Constitucional español habla de "**un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca**" (STS 177/2015 de 22 de julio, 76013), introduciendo en su razonamiento la idea de que "**la acción puede suscitar**

consúltense los hechos probados en la Sentencia (España) de la Audiencia Nacional 40/2008 (Sala de lo Penal) de 5 de diciembre de 2008.

2 Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso Lukić Milan & Lukić Sredoje (IT-98-32/1) "Višegrad", cuyos detalles están disponibles en: [http://www.icty.org/case/milan\\_lukic\\_sredoje\\_lukic/4](http://www.icty.org/case/milan_lukic_sredoje_lukic/4)

1 Preferiblemente, dado que en primera instancia quedan explicados de modo un tanto confuso,

*reacciones violentas exponiendo a los reyes a un posible riesgo de violencia puesto que quemar en público la fotografía de una persona comporta una incitación a la violencia* -dice el Tribunal- *contra esa persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza, trasladando a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los monarcas merecen ser ajusticiados*".(STS 177/2015 de 22 de julio, 76014).

Es aquí, cuando aparece el elemento del discurso del odio, donde el derecho se torna incierto y no sabemos bien qué está prohibido y qué está permitido. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) corrige lo que dictó el Tribunal Constitucional español, centrándose en lo que a todas luces parece ser el fondo del asunto (STEDH de 13 de marzo de 2018), que es si la condena de 15 meses de cárcel constituía una injerencia en el derecho de los demandantes a la libertad de expresión y si esta injerencia era necesaria en una sociedad democrática. El TEDH habla también en su decisión de la proporcionalidad de las penas, que es un tema excepcionalmente importante en este caso.

En lo que concierne a la libertad de expresión en general, no conviene olvidar que la libertad de expresión está especialmente habilitada para garantizar *"la crítica malsonante, la manifestación políticamente*

*incorrecta, los gestos o actos desabridos, de mal gusto, o la impactante exageración"*<sup>3</sup>. La Sentencia del Tribunal Europeo habla de *"ideas que hieren, ofenden o importunan"* (STEDH de 13 de marzo de 2018, parr 30). Porque es precisamente en estos casos cuando es preciso afianzar el alcance del derecho fundamental, dado que, por lo general, para converger con la opinión generalmente compartida, para ser agradable o correcto, para halagar, etc., no suele ser necesario reclamar el ejercicio de ninguna libertad.

---

No cabe duda de que hay categorías de expresión –y crítica política- que no están protegidas por la libertad: la publicidad engañosa, la pornografía infantil, el discurso del odio.

---

Cuando, además, hablamos de libertad de expresión en el ámbito político, no está de más recordar que el grado de amplitud en estas libertades es indicador de la solidez del sistema democrático, dado que la legitimidad política del sistema está garantizada en gran medida por la crítica y la expresión de la disidencia. En este sentido, la Sentencia Morice C. Francia establece que *"en términos generales, si bien es legítimo que las instituciones del Estado, como garantes del orden público institucional, sean protegidas por las autoridades competentes, la posición dominante ocupada por esas instituciones requiere que las autoridades muestren una moderación en recurrir a procesos penales"*.(STEDH de 23 de abril de 2015, parr 22).

El Tribunal Europeo insiste en que *"los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un hombre político, (...) que se expone inevitablemente y conscientemente a un control minucioso de sus movimientos tanto por parte de los periodistas como por los ciudadanos de a pie; debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia"*.(STEDH de 13 de marzo de 2018, parr 32).

Por lo tanto, se entiende que las peculiaridades del acto que se ha descrito, incluyendo la quema de una foto institucional de los Reyes, su colocación boca abajo, el carácter público de la acción, y todo el resto del lenguaje simbólico empleado por los acusados *"no necesariamente excluyen la acción del ámbito de lo permitido en una sociedad democrática que necesita respetar y proteger la crítica a las instituciones para garantizar la libertad y el pluralismo"*<sup>4</sup>. Prender fuego a banderas, fotografías, miniaturas, figuritas,

<sup>3</sup> Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado por el Pleno, núm. 956-2009, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Sentencia (España) del Tribunal Constitucional 177/2015.

<sup>4</sup> Voto particular que formula el magistrado Ramón Sáez Valcárcel a la Sentencia (España) de la Audiencia Nacional 40/2008. Se menciona en la decisión de la Audiencia Nacional la sentencia del Tribunal Supremo (España) en



caricaturas o representaciones iconográficas del poder está cargado de sentido simbólico, es decir, expresa, refleja, no sólo en España, en todo el mundo y de una forma que atrae a los medios y provoca a los susceptibles, disconformidad y crítica política.

No cabe duda de que hay categorías de expresión —y crítica política— que no están protegidas por la libertad: la publicidad engañosa, la pornografía infantil, el discurso del odio. Sin embargo, mientras que las dos primeras categorías están más o menos claras, no es fácil trazar la frontera entre expresar puntos de vista ofensivos o intolerantes y el discurso del odio. Por ello, la doctrina sugiere que se debe identificar como discurso de odio aquel mensaje que:

1. Individualiza a una persona o a un grupo, en razón de alguna de sus características.
2. Fijado el objetivo, se estigmatiza a ese colectivo asignándole algunos estereotipos denigratorios.
3. Conectado a estas características estereotipadas, el grupo no debe poder ser merecedor más que de desprecio y hostilidad, y no debe poder integrarse socialmente. (Parekh, 2006, 214).

De estos tres caracteres, se concluye fundamentalmente que **“los delitos de odio se dirigen en contra uno o más miembros de un grupo o contra los bienes asociados al mismo que comparten una característica común”**. (OSCE-ODIHR-IAP, 2014, 33). A estas características comunes de todo el grupo se las denomina **características protegidas**. Las características protegidas crean una identidad colectiva común reflejan un aspecto profundo y fundamental de la identidad personal.

En España, con la modificación en 2015, del artículo 510 del Código Penal, se ha extendido la cantidad de opiniones que se prohíben. Inicialmente se prohibía provocar violencia, luego odio y ahora hostilidad o discriminación. Tampoco es necesario en la actualidad que se incite, **directamente**, al discurso del odio; ahora basta con fomentarlo o promoverlo **incluso indirectamente**.

Esta nueva prohibición, referente, por tanto, a expresar doctrinas que indirectamente creen hostilidad, permite pensar que se está tratando de prohibir opiniones políticas disidentes, lo cual resulta una limitación desproporcionada a la libertad de expresión, y produce un efecto desalentador para los

ciudadanos. Debe tenerse en cuenta que el peligro debe ser real para la integridad del bien jurídico; si no hay certeza o inminencia, el juicio de peligrosidad abre la puerta a la arbitrariedad, que podrá castigar un discurso porque **parezca** peligroso.

La definición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y del Consejo de Europa) es más o menos concisa entendiendo que el discurso del odio abarca **“todas las formas de expresión que propagan, incitan, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”**. (STEDH de 4 de diciembre de 2003, parr 22). Y en la decisión que nos ocupa, el Tribunal Europeo añade **“la inclusión en el discurso de odio de un acto que es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión que se deriva del ámbito de protección garantizado por la libertad de expresión conllevaría una interpretación demasiado amplia de la excepción del discurso del odio lo que probablemente perjudicaría al pluralismo a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática”**. (STEDH de 13 de marzo de 2018, parr 41).

Es decir, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está recordando al Tribunal Constitucional español que su uso del discurso de odio para este caso concreto pone en riesgo los valores democráticos.

el caso por injurias al rey en la casa de juntas de Guernica en la cual se dice que “frente a la magistratura suprema electiva periódicamente, la institución monárquica es ejercicio de un plebiscito implícito cotidiano y por ello en manera alguna debe estimarse existente un delito de injurias, sino contrariamente un legítimo ejercicio del derecho a la libre expresión, cuando se trate de comunicar al monarca un estado de insatisfacción pública de un sector ciudadano más o menos minoritario” (28 de septiembre de 1993).

Para conectar nuestro hilo argumental al llamado "derecho penal del enemigo" solo necesitamos aportar otro dato: en todas las instancias se insiste en que **"los acusados son de ideología nacionalista/independentista"** y toman parte en una manifestación anti monárquica, encabezada por una pancarta que dice **"300 años de Borbones 300 años combatiendo la ocupación española"**. (STS 177/2015 de 22 de julio, 76006).

Tal y como explica el profesor Cancio, en el momento en que el clima punitivista que existe en el discurso político-criminal se combina con las características del Derecho penal simbólico, surge lo que Jakobs ha denominado '**Derecho penal del enemigo**': un tipo de Derecho Penal que trata de procesar los hechos de una determinada clase de autores (los '**enemigos**') con unas reglas especiales. (Cancio Meliá, 2003, 65).

Siguiendo a Jakobs, **"el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido)"**. (Cancio Meliá, 2006, 16-17).

En el ámbito del discurso del odio es claro que, por ejemplo, **la incitación** es una acción **ex ante**, que presuntamente implica el riesgo de que se

produzca una conducta violenta. La afectación no es, por así decirlo, real, el peligro es abstracto, la lesión es imaginaria. Se trata de control de riesgos, el hecho que llevaría a la lesión del bien jurídico no se produce.

En segundo lugar, **"las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada"**. (Cancio Meliá, 2006, 17). Es decir, se rompe el principio de proporcionalidad, tal y como dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ocurre con la Sentencia constitucional española, que califica de desproporcionada la finalidad legítima perseguida e innecesaria en una sociedad democrática. El principio de proporcionalidad es un principio exigente: la norma penal ha de ser no sólo ventajosa, sino la más ventajosa de las alternativas posibles para la protección de un bien legítimo. (Lascurain, 2014, 290).

En tercer lugar, en el derecho penal del enemigo, determinadas garantías procesales son relativizadas o suprimidas (Cancio Meliá, 2006, 17). La esencia del concepto de Derecho penal del enemigo está en que este **"constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa en términos de comunicación con el infractor, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan solo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas"** (Cancio Meliá, 2006, 21). Con este instrumento, entonces, **"el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos"**, según Jakobs (Cancio Meliá, 2006, 22).

No cabe duda de que tal "Derecho Penal" del enemigo existe, en mayor o menor medida –se trata de un concepto gradual– en muchos puntos del Derecho Penal securitario. Sin embargo, con esto no queda dicho, claro está, que sea legítimo.

La descripción del "Derecho Penal" del enemigo como reacción de combate, como prevención de los riesgos que emanan de determinados autores, no es completa: **"es cierto que este suele ser el discurso político-criminal expreso, pero ello no refleja adecuadamente que, en realidad, aunque domina las expresiones públicas en materia de política criminal como si fuera una evidencia, la idea de la peligrosidad no explica el verdadero fundamento, las bases reales de la nueva política criminal. Bajo la apariencia de la toma de medidas dolorosas, pero) eficaces, del discurso preventivista, en realidad aparece el motor de la demonización"**. (Cancio Meliá, 2007, 79).

Parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo no tiene lugar un tratamiento frío y racional, desapasionado, de un problema de gestión de riesgos sociales, sino que realmente es un derecho



que se apoya en una verdadera hoguera de sentimientos colectivos hacia ellos, hacia los agresores (Cancio Meliá y Pérez Manzano, 2015, 163). El "***Derecho penal del enemigo está dedicado esencialmente a definir categorías de sujetos, es de modo estructural un Derecho Penal de autor***". (Cancio Meliá, 2006, 35).

Visto desde esta concreta perspectiva el proceso simbólico, el elemento decisivo es que se produce la exclusión de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos, por lo que puede afirmarse que en este ámbito, las cuestiones en torno a la defensa frente a riesgos son lo de menos. En este sentido, la carga genética del punitivismo, es decir, la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad, se recombina con la del Derecho Penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social –excluyente–), dando lugar al código del Derecho penal del enemigo. (Cancio Meliá, 2006, 23-24).

Ante esta evolución, sólo cabe confiar en las posibilidades de racionalización de los discursos político-criminales que coloquen la capacidad de resolución de conflictos sociales del Derecho Penal –y, muy particularmente, su potencial preventivo– en márgenes más modestos: sea cual sea la teoría de la pena, la función del ordenamiento penal que se postule, el

ordenamiento penal carece de efectos taumatúrgicos y no puede resolver todo conflicto social ni evitar todos los daños producidos por comportamientos humanos.

Sentencias como la aquí comentada del Tribunal Constitucional español, además de su calculada incoherencia y su frágil articulación conceptual del discurso del odio, favorecen la exclusión y contribuyen a la definición de un **otro**, de un enemigo, un enemigo del Rey y un enemigo de la patria, que ya no es un joven descontento que se expresa a su manera y que tiene ideas diferentes de las nuestras, es repentinamente un riesgo social, la persona que odia y quiere destruir todos aquellos valores buenos y valiosos que nosotros, **los buenos**, representamos.

Como atinadamente dice el profesor Lascuráin, "***conviene recordar qué es lo que puede hacer el Derecho Penal y a qué coste social; conviene plantear que no siempre la respuesta penal es la mejor respuesta desde los valores compartidos de partida; conviene rescatar de su altura constitucional una concepción tendencialmente mínima del Derecho Penal, porque sólo esa concepción es una concepción justa desde los valores democráticos que compartimos***" (Lascuráin, 2014, 322).

---

Tal y como explica el profesor Cancio, en el momento en que el clima punitivista que existe en el discurso político-criminal se combina con las características del Derecho penal simbólico, surge lo que Jakobs ha denominado 'Derecho penal del enemigo': un tipo de Derecho Penal que trata de procesar los hechos de una determinada clase de autores (los 'enemigos') con unas reglas especiales.

---

## Referencias

- Cancio Meliá, M. y Pérez Manzano, M. (2015). "Principios del Derecho Penal (III)", en Lascuráin, J. A. (coord.) *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Civitas.
- Cancio Meliá, M. (2003). "¿"Derecho penal" del enemigo?", en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas.
- Cancio Meliá, M. (2006). "De nuevo: ¿"Derecho Penal" del enemigo?", en Cancio Meliá, M. y Gómez Jara, C. (coord.) *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Edisofer, Madrid. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_26.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_26.pdf).Ibid.
- Cancio Meliá, M. (2007) "Pena de muerte: paroxismo del "Derecho penal" del enemigo", *Anuario de Derecho Penal*.
- Lascuráin, J. A. (2014). "Cuándo penar, cuánto penar", en Juan Antonio Lascuráin J. A. y Rusconi, M. *Proporcionalidad penal: fundamento, límites, consecuencias*, Ad Hoc, Buenos Aires.
- Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional (España), de 3 de octubre. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 239, de 5 de octubre de 1979.
- OSCE-ODIHR-IAP. (2014). *Prosecuting Hate Crimes. A Practical Guide*, Varsovia. Disponible en <https://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide?download=true>
- Parekh, B. (2006). "Hate speech. Is there a case for banning?", *Public Policy Research*, vol. 12, Issue 4.
- Sentencia (España) de la Audiencia Nacional 40/2008 (Sala de lo Penal) de 5 de diciembre de 2008.
- Sentencia (España) del Tribunal Constitucional 177/2015 de 22 de julio.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Gündüz v. Turkey (Application no. 35071/97)*, de 4 de diciembre de 2003.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Morice v. Francia (Application no. 29369/10)*, de 23 de abril de 2015.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain (application no. 51168/15)*, de 13 de marzo de 2018.