

55

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRATIQUE ET PRO

Revista

Enero 2025

55

Revista Penal

Penal



Enero 2025



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 55

Sumario

Doctrina:

– Noticias falsas y amnistía, por <i>Miguel Abel Souto</i>	5
– La bipolaridad del Código Penal, por <i>María Acale Sánchez</i>	14
– Los retos del Derecho penal posmoderno: los coches autónomos y el sistema de faltas en el ordenamiento jurídico italiano, por <i>Maristella Amisano</i>	31
– La libertad de expresión. Algunas reflexiones desde el Derecho penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> ..	45
– La <i>desaparición</i> de la delincuencia infantil en España, la consiguiente ausencia de debate y, de nuevo, un espejo en el que mirarse: Alemania, por <i>Miguel Ángel Cano Paños</i>	66
– Inaplicación del principio de no punición a víctimas de trata de seres humanos (comentario de la STS 960/2023, de 21 de diciembre), por <i>Marcos Chaves-Carou</i>	83
– Personas jurídicas instrumentales como sujetos inimputables a efectos del régimen legal del art. 31 bis CP: posibilidades de respuesta penal, por <i>Javier G. Fernández Teruelo</i>	96
– Manipulaciones bursátiles, redes sociales y desinformación. El “Caso Gamestop” como piedra de toque del delito del art. 284.1.2º del Código Penal, por <i>Alfonso Galán Muñoz</i>	112
– Mentiras e ilusiones. Acerca de las ultrafalsificaciones, por <i>Mª del Carmen Gómez Rivero</i>	128
– La amnistía como (nueva) causa de extinción de la responsabilidad penal: aspectos problemáticos de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, por <i>José León Alapont</i>	155
– Las objetables y escasamente atendidas “defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”: ¿castigo penal de la pobreza energética e ilícitos civiles criminalizados?, por <i>Félix Mª. Pedreira González</i>	181
– Entidades pantalla y proceso penal, por <i>Pedro Pablo Pulido Manuz</i>	209

Sistemas Penales Comparados:

– Delitos de malversación o peculado (<i>Crimes of embezzlement</i>)	235
--	-----

Bibliografía:

– Abadías Selma, Alfredo: <i>Violencia de Género: Una exégesis sobre su tipología delictiva</i> , Editorial Dykinson, Madrid, 2023, 204 páginas, por <i>Núria Fernández Albesa</i>	307
– Ferré Olivé, Juan Carlos: <i>El delito de blanqueo de dinero</i> . Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 412 páginas, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i>	313
– Muñoz Conde, Francisco: <i>El antiliberalismo en el Derecho penal</i> , por <i>Jaime Couso Salas</i>	317
– Muñoz Conde, Francisco: <i>El antiliberalismo en el Derecho penal</i> , por <i>José Luis Guzmán Dalbora</i>	320

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>.

Pueden consultarse números posteriores en <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/index>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Consuelo Murillo Ávalos (Chile)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Luigi Foffani (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Baris Erman y Saba Üzaltürk (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



La libertad de expresión. Algunas reflexiones desde el Derecho penal

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Revista Penal, n.º 55 - Enero 2025

Ficha Técnica

Autor: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Adscripción institucional: Catedrático Emérito de Derecho Penal, Universidad de Salamanca

ORCID: 0000-0002-9532-8628

Title: Freedom of expression. Some reflections from criminal law

Sumario: I. Introducción. II. Sobre el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión. II.1. Un poco de historia. II.2. La libertad de expresión hoy. La evolución de los dos modelos. III. La libertad de expresión en el Derecho español. Alguno de sus problemas penales. III.1. Sobre el doble componente de la libertad de expresión. IV. Sobre el conflicto de la libertad de expresión con el honor y la intimidad. IV.1. Primer paso: la existencia del conflicto. IV.2. Acerca de la posición preferente de la libertad de expresión y del “efecto desaliento”. V. Delitos de odio y discurso del odio. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Summary: I. Introduction. II. About the constitutional recognition of freedom of expression. II.1. A little history. II.2. Freedom of expression today. The evolution of the two models. III. Freedom of expression in Spanish Law. Some of his criminal problems. III.1. About the double component of freedom of expression. IV. About the conflict between freedom of expression and honor and privacy. IV.1. First step: the existence of the conflict. IV.2. About the preferential position of freedom of expression and the “discouragement effect”. V. Hate crimes and hate speech. VI. Conclusions; Literature.

Resumen: En un trabajo anterior se ha estudiado la relación entre honor y libertad de expresión. Aquí se profundiza la libertad de expresión y sus connotaciones para el derecho penal.

Palabras clave: Libertad de expresión. Constitución. Derecho Penal. Penas.

Abstract: In a previous work, the relationship between honor and freedom of expression was studied. Here, freedom of expression and its implications for criminal law are explored in greater depth.

Key words: Freedom of expression. Constitution. Criminal law. Penalties.

Rec.: 7-10-2024 **Fav.:** 12-10-2024

En los últimos tiempos dramáticamente hemos asistido a como el ejercicio de la libertad de expresión puede llevar en Irán a ser objeto de una sanción penal e in-

cluso a ser condenado a muerte y finalmente ejecutado¹. Paralelamente en otros países, México es un buen ejemplo, el ser periodista, el informar es una profesión

1 Según mis datos al menos cuatro personas han sido ejecutadas en Irán al hilo de las protestas por la denominada “revolución del velo.” Dos de estas ejecuciones por la horca fueron públicas. Sobre el tema puede consultarse <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/12/iran-public-execution-of-majidreza-rahnavaard-exposes-authorities-revenge-killings/>

de alto riesgo, que puede llegar a costar la vida a quien le ejerce².

Situaciones límite como las dos a las que me he referido, también en mayor o menor medida están en otros países. En otros, España entre ellos, la doctrina penal constata un retroceso de la libertad de expresión con aumento, tanto en el contenido de las leyes como en su aplicación, del recurso a la sanción penal frente a situaciones que creíamos superadas por el actual modelo de Estado. Parece que nos introducimos en un túnel del tiempo que nos conduce a tiempos pasados en que se criminalizaba el pensamiento diferente en la política o en la religión³.

A estas viejas/nuevas situaciones hay que agregar las complicaciones que genera la explosión de las redes sociales, rasgo de nuestro tiempo, con consecuencias sobre la intimidad y el honor y con potenciales efectos sobre las bases de nuestro modelo de Estado, así como sobre las relaciones internacionales.

Ante esta situación, el contenido de la posición, que hemos de asumir los que hemos hecho de nuestra profesión el estudio del derecho, hay que vincularla a la mayor responsabilidad que tenemos de cara a nuestros conciudadanos y a la que como demócratas y defensores de los derechos humanos, de su reconocimiento y de su aplicación estamos obligados a demostrar. Este es el sentido de las reflexiones que he pretendido plasmar en las páginas que siguen y que tienen como último objetivo la pretensión de contribuir a un Derecho penal que responda a las exigencias de un modelo de Estado construido sobre la dignidad del hombre y los derechos que le son inherentes.

1. INTRODUCCIÓN

Hace bastante tiempo tuve ya ocasión de aproximarme a algunas de las consecuencias que en el Derecho penal planteaba el reconocimiento constitucional, entonces reciente, de la libertad de expresión. Lo hice desde el examen de los problemas que generaba su conflicto con otros derechos también de carácter constitucional, que se plasmaban en bienes jurídicos de naturaleza individual, en especial el honor y la intimidad⁴. Entonces llevé a cabo la investigación tomando como punto de partida el estudio del honor, hoy llevaré a cabo estas reflexiones desde la profundización en la libertad de expresión, en el convencimiento de

que su actual contenido hace que la problemática a abordar no sea hoy la que presentaba hace ya más de treinta años.

La libertad de expresión desde su primer reconocimiento como derecho presenta rasgos que hacen de ella un baremo para constatar y confirmar la naturaleza democrática de un Estado, pues, como se expondrá, su contenido y su ejercicio no se limita al derecho individual de poder exteriorizar ideas y opiniones de cualquier naturaleza, sino también posee otra dimensión, que no está presente en otros derechos, el ser un medio para contribuir a la formación de la opinión pública, lo que implica el derecho a informar y a ser informado y su proyección para poder garantizar la vigencia de otros derechos.

Por otro lado, es difícil encontrar un derecho como la libertad de expresión cuyo contenido aparezca tan condicionado por el soporte en que se plasme. En un principio se plasmó en reconocer a cada ciudadano el derecho a exteriorizar su pensamiento mediante la palabra, de ahí se pasó al libro y a la prensa escrita, de esta al sonido, luego a la imagen y ahora a las redes sociales. Pero además la evolución no es de sustitución de un medio por otro sino de agregación. Es decir, hoy, la libertad de expresión puede plasmarse, en la voz, en un escrito, en la radio, en la imagen o en las redes sociales.

Además, y como se acaba de apuntar, su reconocimiento y su ejercicio tiene una directa vinculación con la naturaleza democrática de un Estado, al contribuir a dar contenido a la opinión pública, clave de otros muchos derechos civiles, todo ello además condicionado por el pluralismo no solo político, consustancial con el carácter democrático, que además se torna más complejo con la realidad de los movimientos migratorios. Estamos por tanto ante un derecho que es individual, pero también colectivo, dualidad esta que se complica aún más si tiene en cuenta otra dualidad la que divide la libertad de expresión entre información y opinión, es decir entre comunicar hechos y valorarlos.

Muchas son las interrogantes que hoy plantea este derecho, tanto en el establecimiento de sus límites como en sus conflictos con otros derechos. La respuesta en ambos casos no es simple, al estar su contenido en gran medida directamente vinculado al modelo de Estado recogido en nuestra Constitución. La lectura del reciente número de Teoría y Derecho Revista

2 En México fueron asesinados a lo largo de 2022 un total de 17 periodistas fueron asesinados <https://es.statista.com/grafico/28964/lugares-del-mundo-en-los-que-mas-periodistas-fueron-asesinados>

3 Tiene mucho interés por la contundencia y claridad de la argumentación de los estudios en el contenido, el *Boletín de Jueces y jueces para la Democracia de mayo 2018 monográficamente dedicado a "Límites a la libertad de expresión"*

4 Ver BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, i., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid 1987.

de Pensamiento Jurídico⁵, pone de relieve muchas de las interrogantes que hoy plantea la libertad de expresión. Más modestamente en las páginas que siguen, inevitablemente desde el Derecho penal, se pretende abordar alguno de estos problemas.

II. SOBRE EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

II.1. Un poco de historia

1. El reconocimiento de la libertad de expresión como derecho individual aparece como una de las consecuencias más relevantes del cambio del origen de la soberanía, de la divinidad al pueblo, lo que, como es sabido, supone adoptar como base un teórico pacto social sobre el que se va a edificar el modelo de Estado, del que es evolución el actualmente vigente en los países de nuestro entorno político y cultural⁶.

En 1776, la Declaración de Derechos aprobada por la Asamblea General de Virginia incluía esta contundente afirmación: “*La libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad, y nunca puede ser restringido sino por gobiernos despóticos*”. Sobre ella años más tarde, en 1791⁷, se va a plasmar en el contenido de la trascendental primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que establece: “*El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios.*”

El contenido de esta primera enmienda no contempla límites, “ni a la libertad de expresión, ni de prensa”, plasma un pensamiento liberal asentado sobre el individuo, hay que garantizar que cada uno pueda exteriorizar sus ideas, sea cual fuere su contenido, y asegurar la neutralidad del Estado en relación con las mismas⁸. Con ello se establecen las bases de un camino que llega hasta nuestros días, la clave radica en determinar cuando estamos ante una acción que plasme la libertad de expresión o de prensa y si es así,

estos derechos de la Primera enmienda, no pueden ser limitados.

2. También los últimos años del siglo XVIII, en 1789, La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en sus artículos 10 y 11, reconoce la libertad de opinión y de comunicación, pero, a diferencia de los textos estadounidenses, abre un nuevo camino al contemplar posibles limitaciones a este derecho, al establecer en su art. 10 que: *Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aún por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley*, y añadir en el art. 11. *Puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, excepto cuando tenga que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley*. Es decir, a diferencia del texto estadounidense esta declaración contempla la posibilidad de que la ley establezca límites fundados en el “orden público” o en el “abuso de esta libertad”. Aquí están las bases de la posición seguida por gran parte de las legislaciones europeas y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de un Estado que debe jugar un papel activo en el contenido de los Derechos Humanos, que asume el dar forma a lo que se ha denominado una “democracia militante”⁹.

3. En España el primer antecedente es el de la Constitución de 1812 que, en su art. 371, consagra la libertad, por otro lado, de efímera vigencia, de exponer sus ideas políticas, al establecer que: “*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*”. Pero obsérvese que la afirmación final contempla una posible vía para, en la práctica, poder llegar a dejar vacía de contenido a esta libertad.

El contenido del texto de la Constitución gaditana es consecuencia de un largo y complejo debate, con importante papel de los diputados liberales muy especial-

5 Me remito globalmente a su contenido y especialmente a las páginas introductorias del coordinador del número, ver DOPICO RODRIGUEZ-ALLER, J., “Introducción. Interrogantes sobre la libertad de expresión a la altura de 2022”, *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, junio 2022, p. 10 y ss.

Lo sintetiza espléndidamente alguno de los problemas que hoy presenta la libertad de expresión.

6 Sobre la evolución del modelo de Estado desde el Estado de Derecho, para mi generación siempre fue clave la monografía de ELIAS DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática, Cuadernos para el Dialogo*, Madrid 1973.

7 Sobre la primera enmienda y la evolución de su alcance puede consultarse GASCÓN CUENCA, A., “La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 2013, p. 163 y ss.

8 El tema es expuesto con amplitud en nuestra doctrina por ALCACER GUIRAO, R., *La libertad del odio Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid 2020, p. 86 y ss., recientemente, con amplitud, NUÑEZ CASTAÑO, E., *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos.*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 52 y ss.

9 Vid. con amplitud NUÑEZ CASTAÑO, E., *Libertad de expresión y Derecho penal...*, cit., p. 59 y ss.

mente de Muñoz Torrero, antiguo rector de la Universidad de Salamanca¹⁰.

Los planteamientos de los liberales ya había quedado plasmados en un primer texto, el Decreto IX, “Libertad política de la Imprenta” de 10 de noviembre de 1810¹¹, considerado el punto de partida de sus posiciones sobre la libertad de prensa. El texto del Decreto parte en su primer artículo de la solemne afirmación de que, *Todos los cuerpos y personas particulares, de cualquiera condición y estado que sea, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que se expresarán en el presente decreto*. Aunque más adelante, y siguiendo la vía consagrada el Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano, contiene, en el art. 3 limitaciones por abuso de esta libertad y en el art. 4 establece *el castigo de Los libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la Monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres serán castigados con la pena de la ley, y las que aquí se señalarán*.

Por otro lado, tanto en el contenido del Decreto, como más tarde en la propia Constitución el peso y el poder de la religión católica, va a suponer un límite a la libertad de prensa, así, el decreto en su art. 6, establecía que, *Todos los escritos sobre materias de religión quedan sujetos a la previa censura de los Ordinarios eclesiásticos, según lo establecido en el Concilio de Trento*. Su lectura y la referencia final hacen que no sea preciso cualquier otro comentario. Aunque se puede recordar que la Inquisición aún existía cuando se publica el Decreto. El Santo Oficio fue abolido, primero por José I, y más tarde en 1813 por las Cortes de Cádiz, reaparece con el retorno al absolutismo, suprimido en el trienio liberal, ya decadente se reinstaura en algunas diócesis

con el nombre de Juntas de Fe y, finalmente, fue suprimida de forma definitiva el 15 de julio de 1834, en el gobierno liberal de Martínez de la Rosa¹².

4. Importa tener presente como el reconocimiento de la libertad de expresión aparece vinculado al modelo de Estado que entonces se construye y que es la base del actual. Era inconcebible un Estado consecuencia de un teórico pacto social que no tomara como uno de sus fundamentos básicos la libertad de expresión plasmada en la libertad de prensa, aunque, como ha podido constatarse de la lectura de los textos europeos, se contemplaba una vía que hacían posibles importantes limitaciones.

II.2. La libertad de expresión hoy. La evolución de los dos modelos

1. Sobre este punto de partida decimonónico se ha construido la actual regulación constitucional de la libertad de expresión, consecuencia de una evolución condicionada por los ya señalados cambios en el soporte en que se plasma su ejercicio, también por hechos históricos de particular trascendencia y, sin duda, por la evolución del modelo de Estado en el que esté situada.

Los dos modelos de reconocimiento de la libertad de expresión, cuyos orígenes ya se han apuntado, tienen una evolución que llega hasta el momento actual.

2. En el caso de Estados Unidos, el contenido que hoy se da a la primera enmienda está condicionado por distintos factores como son, las enmiendas que abolían la esclavitud¹³, las consecuencias de la Guerra de Secesión o el contenido de las leyes de reconocimiento de los derechos civiles, reflejados todos ellos en la evolución de la jurisprudencia de su Corte Suprema¹⁴.

Finalizada la guerra y abolida la esclavitud, que había sido plasmada en 1865 en el contenido de la decimotercera enmienda, la aprobación en 1868 de la

10 Sobre la libertad de prensa, su reconocimiento y debate en las Cortes de Cádiz puede consultarse la monografía de LA PARRA LOPEZ, E., *La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz*, ver texto en.

<https://www.cervantesvirtual.com › obra-visor › html>., en ella subraya las decisivas intervenciones de los diputados Diego Muñoz Torrero y Luis Argüelles.

Sobre la figura de Muñoz Torrero puede consultarse RAMOS RUBIO, J.A./PÉREZ MENA, J.L., *Diego Muñoz Torreo. Cura liberal y padre de la Constitución española de 1812*, Tau editores, Cáceres 2020.

11 El texto del Decreto puede consultarse en <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/prensa/1810.htm>

12 El último ejecutado por la Inquisición fue el maestro valenciano Cayetano Ripoll. Sobre su proceso y ejecución puede consultarse el excelente artículo de CERVELLÓ DONDERIS, V., *La ejecución de herejes y perversos en la plaza del Mercado de Valencia*, en DE VICENTE, R./ VIZUETE, C./GARCÍA MORENO, B., (Edit.), *Geografía de la crueldad. Lugares de ejecución 1*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 321 y ss.

13 La decimotercera enmienda aprobada en 1865 establece: *Sección 1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto. Sección 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas.*

14 Ver el interesante artículo de LEVIN, B., *La legislación sobre delitos de odio en Estados Unidos: un análisis histórico y contemporáneo*, en LANDA GOROSTIZA, JM. /GARRO CARRERA, E., *“Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española”*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 153 y ss. También el de GASCÓN CUENCA, A., *“La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista”*, cit., en especial p. 165 y ss.

decimocuarta buscaba garantizar los derechos civiles de los antiguos esclavos, aunque su texto omitía una referencia expresa a la raza¹⁵. Pese a ello, la realidad de las legislaciones estatales y el contenido de la primera jurisprudencia de la Corte Suprema ratificaba esta discriminación, con lo que quedaban sin aplicación las primeras leyes antidiscriminatorias¹⁶.

La violencia por motivos étnicos genera como respuesta todo el movimiento en pro de la búsqueda de la vigencia de los Derechos civiles y, en el campo penal, la construcción de los conocidos como “delitos de odio”, al tomar en consideración en la respuesta penal la motivación en principio racial, pero no solo, que lleva a la realización del delito.

Desde la libertad de expresión la mayor importancia para nuestro análisis la tiene el debate sobre el denominado discurso del odio, un denominador común a toda ella es la no criminalización de la exposición de ideas por muy aventuradas que fueran, plasma esta idea de modo acertado ALCACER GUIRAO¹⁷, cuando recuerda que la interpretación de la Primera Enmienda “*permite a todo ciudadano estadounidense que mar su bandera, insultar a su presidente o denigrar al Islam o a la Iglesia Católica, pero también justificar el Holocausto, declarar a los negros o los asiáticos seres inferiores o sugerir que los homosexuales, los inmigrantes ilegales o los dentistas deberían ser colgados por los tobillos*”. Es decir, no puede criminalizarse el contenido del discurso, a este hay que combatirle con otro discurso, con la fuerza de la razón. El discurso ofensivo, como puede ser la defensa de la discriminación por la pertenencia a una determinada raza, en principio está amparado

por la primera enmienda, pues la sociedad no puede prohibirla solo porque entienda que es ofensiva a los planteamientos mayoritarios.

Pero este principio general puede estar limitado cuando lleve directamente a la incitación a la violencia, el “discurso del odio”. En la construcción de los criterios que llevan a situar un discurso fuera de la primera enmienda no hay que buscarlo en lo que se trasmite, en su contenido, sino en las consecuencias que genera. Tras los antecedentes de los votos particulares del juez Holmes en 1919 y con el juez Brandeis en 1927¹⁸, hay que acudir al test propuesto en la sentencia Brandenburg versus Ohio de 1969, que aunque ratificó la absolución de los miembros del Ku Klus Klan, que habían sido imputados estableció los requisitos que podía llevar a que una conducta quedara fuera de la primera enmienda, el incitar directamente a la comisión de un hecho delictivo y el que sea idóneo, por su inmediatez¹⁹, para alcanzar ese objetivo. En sucesivas sentencias la Supreme Court ha ido depurando el contenido tanto de los delitos de odio aquellos que se realizan con una motivación fundada en una discriminación²⁰ y el discurso del odio en los que se va a depurar los dos principios señalados en el test de Brandenburg²¹.

Ciertamente la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense sobre la primera enmienda ha pasado por distintas épocas, con cambios en las posiciones sobre su contenido, como se señalaba, históricamente condicionados, la necesidad de la presencia de un peligro inminente²² plasmado en la directa incitación a la violencia religiosa, antisemita, racial

15 La amplia decimocuarta enmienda en su Sección 1, establece: Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que reside. Ningún estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.

16 Ver con amplitud LEVIN, B., *La legislación sobre delitos de odio en Estados Unidos: un análisis histórico y contemporáneo*, cit. p. 155 y ss.

17 ALCACER GUIRAO, R., *La libertad del odio Discurso intolerante y protección penal de minorías*, p. 56.

18 Ver el análisis de ROIG TORRES, M., *Delimitación de libertad de expresión y “discurso de odio”*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 36 y ss.

19 Sobre el test de Brandenburg y su antecedente el Bad Tendency Test, en la aplicación por la Supreme Court de Espionage Act y la Sediton Act normas dictadas frente a la disidencia comunista y frente a los que se oponían a la Primera Guerra ver ALCACER GUIRAO, R., “Ideas execrables”, en QUERALT, JIMÉNEZ, J., /CARDENAL MONTRAVETA, S., *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona 2021, p. 58-59, en estos últimos casos bastaba con probar que los actos poseían una tendencia general a incitación a la violencia y a alterar la paz social.

20 Tiene particular importancia en este punto la sentencia Wisconsin v. Mitchell, de 1993, que con el voto unánime de la Corte determinó la constitucionalidad de los delitos de odio, ver LEVIN, B., *La legislación sobre delitos de odio en Estados Unidos: un análisis histórico y contemporáneo*, cit. p. 166 y ss.

21 En general sobre la evolución de la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, ver ALCACER GUIRAO, R., *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal*, cit., p. 57 y ss. *Sobre la evolución más reciente de la jurisprudencia estadounidense*, ver LEVIN, B., *La legislación sobre delitos de odio en Estados Unidos: un análisis histórico y contemporáneo*, cit. p. 168 y ss.

22 Ver el interesante análisis de su evolución en GASCÓN CUENCA, A., “La primera enmienda de la Constitución, cit., p. 166 y ss. en las que analiza las primeras sentencias limitadoras del alcance de la primera enmienda en el marco de la primera guerra mundial.

está en la raíz del reconocimiento actual de los “delitos de odio.

3. En el caso europeo la segunda Guerra mundial y en especial la dramática plasmación del antisemitismo, ha llevado a una evolución diferente de los límites, ya plasmados en la Declaración de 1789 y reiterados en el reconocimiento que de la libertad de expresión efectúa el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el desarrollo del mismo que ha sido realizado por la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos.

El art. 10 del Convenio establece: *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 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 de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*

A este reconocimiento y límites hay que añadir el contenido del art. 17, que se pronuncia sobre el abuso del derecho al establecer que: *Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar 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.*

Es importante en el marco del progresivo avance político y jurídico de la Unión Europea el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que obliga a todos los Estados miembros y que en su artículo 11 consagra la libertad de expresión y de información. En concreto establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

Es decir, la Carta comprende los dos contenidos de esta libertad, por un lado, el derecho de los ciudadanos a expresar sus propios pensamientos o ideas, la libertad de opinión y, por otro, el derecho a recibir información o a transmitirla. Obsérvese que la Carta reproduce el contenido inicial del artículo 10 del Convenio y omite las referencias expresas de este a la introducción de posibles limitaciones. Aunque abra el camino de la cláusula general del art. 52²³ que contempla la posible limitación de los derechos de la Carta, siempre condicionada por el respeto al contenido esencial del derecho afectado, en este caso de la libertad de expresión. Globalmente a diferencia del modelo estadounidense el modelo europeo es el de una democracia militante, que, aunque subraye la importancia de la libertad de expresión contempla la posibilidad de establecer normativamente limitaciones a la misma para garantizar tanto derechos individuales como el propio modelo de Estado.

La interrogante es, en el marco descrito por el Convenio y por la Carta, que condiciona el contenido de las legislaciones nacionales de los Estados firmantes, donde puede comenzar la intervención del Derecho penal y, en concreto, si es conforme al mismo la consideración como penalmente relevante del denominado “discurso del odio”, lo que, como más adelante se expondrá, hace que pase a un primer plano el necesario mantenimiento de las garantías consustanciales al recurso al Derecho penal.

Un primer examen tanto de las legislaciones nacionales como de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo²⁴ pone de manifiesto las directas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial y de los horrores del nacional socialismo, que se reflejan en las posiciones mantenidas por distintas instancias europeas y en como el discurso del odio y la respuesta frente al mismo se van a proyectar sobre distintas discriminaciones. Por todas ellas baste recordar el contenido de la Recomendación n. R (97) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre “discurso del odio”, adoptada el

23 Art. 52. Alcance de los derechos garantizados 1. *Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

24 Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver ALCACER GUIRAO, R., *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal*, cit., p. 42 y ss.

30 de octubre de 1997, incluía dentro de esta categoría a “todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y la hostilidad contra minorías, los inmigrantes y personas de origen inmigrante”.

Una primera lectura de esta normativa europea pone en evidencia el diseño de un marco que posibilita una política de una mayor restricción de la libertad de expresión como consecuencia de hacer posible una amplia criminalización del “discurso del odio”²⁵.

La cuestión a debatir es como se proyecta esta política sobre el contenido de la libertad de expresión a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tiene que optar entre dos opciones aplicar el art. 17, la cláusula del abuso de derecho, o el art. 10.2, que requiere analizar y ponderar un conflicto de derechos. Acudir a una u otra vía tiene consecuencias, el abuso de derecho, excluye de raíz la presencia de la libertad de expresión, mientras que el recurrir al art. 10.2, implica pronunciarse por la solución de un conflicto de derechos.

Los autores que han analizado las sentencias del TC de Estrasburgo coinciden a la hora de señalar que la Corte acude al efecto “guillotina” del art. 17 en los casos de negación del Holocausto²⁶, y que progresivamente ha adquirido peso la vía del art. 10.2 que precisa de la ponderación de los rasgos del caso concreto y sus consecuencias sobre la dignidad y otros derechos, lo que se lleva a cabo aplicando el conocido como test

de Estrasburgo. Este analiza tres puntos: a) previsión legal de la injerencia; b) fin legítimo; c) necesidad en una sociedad democrática. En este último examina el principio de proporcionalidad entre injerencia y fin legítimo perseguido, teniendo presente las condiciones concretas de cada Estado²⁷. La opción por esta vía se traduce en las limitaciones introducidas a la libertad de expresión, a la hora de ponderar conflictos con otros derechos de rango constitucional.

4. En el Derecho español, el modelo de Estado anterior al texto constitucional, excluía el reconocimiento de la libertad de expresión, lo que es regla en cualquier régimen político totalitario, que además conduce a la criminalización del ejercicio de lo que constituyen derechos en un Estado democrático.

La vigente Constitución, en su artículo 20²⁸, recoge con amplitud la libertad de expresión, en sus dos vertientes de libertad individual en el art. 20.1 a), b) y c) y de derecho a comunicar y recibir información veraz, art. 20.1 d)

En el mismo artículo, en el 20.4, establece sus posibles limitaciones, al afirmar: *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

Una primera lectura del texto constitucional sitúa la regulación de la libertad de expresión por obvias razones dentro del modelo europeo. En las páginas que siguen, se pretende efectuar una aproximación a los

25 Con razón lo subraya y lo critica GALÁN MUÑOZ, A., “Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, en *Revista penal*, 46, 2020, p. 48

26 Ver la exposición que de este punto que efectúa, ALCACER GUIRAO, R., *Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, p. 309 y ss. TERUEL LOZANO, GM., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º. 27, 2017. NUÑEZ CASTAÑO, E., *Libertad de expresión y Derecho penal...*, cit., p. 59 y ss.

27 Ver TERUEL LOZANO, GM., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en Por todas, véanse a este respecto SSTEDH (Gran Sala) de 7 de diciembre de 1976, Handyside c. Reino Unido y de 26 de abril de 1978, Sunday Times c. Reino Unido

28 Artículo 20

1. 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.

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.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

problemas y consecuencias que esta regulación tiene en el contenido de la ley penal y en su aplicación.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. ALGUNO DE SUS PROBLEMAS PENALES

El ordenamiento penal necesariamente tiene que abordar hoy dos grupos de cuestiones en los que está implicada la libertad de expresión. Por un lado, su posible conflicto con otros derechos constitucionalmente reconocidos, al que se refiere el art. 20.4 de la Constitución y por otro, la determinación del contenido y también de los límites de la libertad de expresión en el marco del modelo de Estado constitucionalmente consagrado, lo que nos lleva con carácter general a pronunciarnos sobre los “delitos de odio” y en especial a hacerlo sobre la criminalización del denominado “curso del odio”.

Las páginas que siguen buscan llevar a cabo una aproximación a ambos grupos de problemas, el conflicto con otros derechos y los límites de la libertad de expresión. Para poderlo hacer es preciso dar un paso más en la concreción del contenido que hoy posee la libertad de expresión

III.1. Sobre el doble componente de la libertad de expresión²⁹

1. En los orígenes del reconocimiento como derecho de la libertad de expresión, como se ha adelantado, tenía como contenido el derecho del ciudadano a expresar su pensamiento, con especial énfasis en lo religioso y en lo político, lo que, por otro lado, aparecía como lógica respuesta a las políticas inquisitoriales y absolutistas del Estado del Antiguo Régimen. Se trataba por tanto de un derecho frente al Estado, de una libertad, que este no podía limitar. Aunque, y es fundamental en un Estado de Derecho, la libertad de expresión, como los restantes derechos, por cierto, de la burguesía, eran derechos frente al Estado, es decir derechos anteriores al pacto, que se celebra, justamente, para hacerlos valer. Baste tener presentes los textos transcritos y lo ya expuesto en las primeras páginas de este estudio. El énfasis que se ponía en la libertad de prensa, se explica en la potenciación de este derecho al aumentar los potenciales destinatarios del contenido, que en estos casos

tenía, el ejercicio del derecho individual a expresar las ideas y convicciones. Su regulación es un primer síntoma del segundo componente de este Derecho. Aunque importa subrayar y tener presente que esta dimensión individual de la libertad de expresión, directamente vinculada a la libertad de pensamiento, continúa siendo hoy uno de sus componentes esenciales.

2. La evolución del modelo de Estado, incorporando nuevos derechos o añadiendo contenidos a los ya existentes, debidos al carácter social y a la condición de democrático del Estado, tiene también consecuencias sobre la libertad de expresión. Supone considerar la libertad de expresión desde un Estado, que tiene como fundamento los propios de una sociedad que aspira a la igualdad material de sus miembros y a garantizar el pluralismo como uno de sus principios básicos para poder establecer políticas orientadas hacia estos objetivos. En este marco tienen que adoptarse políticas que garanticen la existencia de una opinión pública plural que legitime la participación de los ciudadanos en la evolución y desarrollo del sistema social. La creación de las condiciones para hacer esto posible pasa por garantizar una información libre y también plural, por reconocer por tanto el derecho de los ciudadanos a recibir información lo que les permita ejercitar racional y libremente la cuota de soberanía de la que idealmente son titulares.

Este segundo rasgo de la libertad de expresión hace necesaria la adopción de políticas que garanticen una información que presente una pluralidad de orígenes, con posibles consecuencias por tanto sobre la regulación de la titularidad de los medios de comunicación, a lo que en el momento actual hay que agregar la necesidad de que se lleve a cabo un desembarco del Estado en cuestiones relacionadas con las redes sociales, también en las de carácter global, como son su titularidad y sus contenidos. No puede desconocerse que las redes sociales generan un nuevo marco para la libertad de expresión y constituyen en más de un caso una fuente de poder que se superpone al poder del propio Estado³⁰. Sin duda es esta una cuestión abierta de no fácil solución, pero que no puede ser ignorada en cualquier aproximación a la actual problemática de la libertad de expresión.

Este segundo rasgo hoy tiene que estar presente en el contenido de la libertad de expresión que debe reflejar el pluralismo cultural de nuestras sociedades, no sólo

29 Este punto tuve ocasión de estudiarlo en profundidad hace años, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, 1987, p. 64 y ss.

30 Sobre las redes sociales y la libertad de expresión ver, VAZQUEZ ALONSO, V.J., “La censura privada de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión” en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, junio 2022, p. 108 y ss. También STASI, M.L., “La exposición de la diversidad de contenidos en las redes sociales: entre la regulación o la desagregación de contenidos”, en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, junio 2022, p. 130 y ss. También MIRO LLINARES, F., (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid 2017.

en la presencia de diversas opciones políticas, sobre lo que se volverá más tarde, sino también en la de diversos ordenes éticos o religiosos o en los posible distintos órdenes sociales. En general, en las sociedades contemporáneas el pluralismo en sus diferentes manifestaciones es un factor con consecuencias políticas y jurídicas que no pueden ser ignoradas y que obviamente tienen que ser consideradas al pronunciarse sobre la posición preferente de la libertad de expresión dentro de los derechos constitucionalmente reconocidos³¹.

3. El pluralismo cultural aparece en primer plano y con distinta problemática en la práctica totalidad de los países del mundo e históricamente ha tenido un distinto tratamiento y distintas consecuencias. En otros tiempos, en Estados en los que la religión cumplía una función legitimadora del poder del soberano, la religión y la cultura jurídicamente protegida era la de los cristianos y carecía de relevancia o era criminalizada la de los considerados infieles.

En una aproximación a la concurrencia de varias culturas es interesante recordar, como en general históricamente en las colonizaciones y la actuación de los españoles en América es un buen ejemplo, la cultura que se va a imponer es la de los que llegan por encima de la de los pueblos originarios. Hoy, tanto la realidad como el cambio del modelo de Estado, ha llevado a un marco diferente. Los países europeos durante más de cuatrocientos años fueron exportadores de población, pero en los últimos sesenta años, el proceso se ha invertido por razones económicas, políticas o de otra índole, con la consecuencia de que los países europeos han pasado a ser destino de los movimientos migratorios. Culturalmente en este caso el proceso también se ha invertido, ahora, los que tienen que adaptarse a la cultura del país de destino, son los que llegan a él.

Pero además sobre esta nueva realidad de pluralismo cultural, la de los que están y la de los que llegan, hay que proyectar los principios de un Estado social y democrático de Derecho, y también, obviamente con consecuencias no menores en la política en general y en la libertad de expresión en particular. Sobre el tema se volverá más adelante.

En síntesis, la libertad de expresión tiene una doble dimensión, por un lado, como derecho estrictamente

individual a poder exponer libremente las ideas y opiniones, que tiene todo individuo, y por otro una dimensión colectiva, institucional, vinculada a la formación de la opinión pública, que abarca tanto el derecho a informar como el de los ciudadanos a ser informados, esta necesariamente ha de garantizar el pluralismo básico en nuestro modelo de Estado.

4. Esta dualidad en buena medida se refleja en dos distintas manifestaciones que exteriorizan la libertad de opinión y la de información³². Una primera aproximación une la opinión a las ideas de quien ejercita esta libertad y proyecta valoraciones sobre hechos o sobre personas, mientras que la información transmite hechos. La diferencia en la práctica no siempre es fácil, pues las afirmaciones de hechos suelen venir acompañadas de la formulación de valoraciones, o la opinión a veces se formula mediante afirmaciones fácticas³³. El tema ha sido abordado por la jurisprudencia alemana entre otras sentencias tiene interés la de su Corte constitucional de 9 de noviembre de 2011, conocida como el caso de la “mentira de Auschwitz”, en la que se entiende que una afirmación falsa en el marco de una opinión, puede que dar amparada por la libertad de expresión³⁴.

Considerar el contenido de la libertad de expresión dentro de la opinión o de la información tiene relevancia pues supone la presencia de límites diferentes, la información, como constitucionalmente se establece ha de ser “veraz”, límite que no puede aplicarse a la opinión, de tal manera que la afirmación de un hecho falso como cierto, puede ser considerado como manifestación de una opinión y, por tanto, quedar comprendido dentro del ejercicio de la libertad de expresión. La opinión se entiende que no da cabida a un derecho al insulto y que también puede contribuir a la formación de la opinión pública, finalidad esta que no está por tanto limitada al derecho a informar y a recibir información.

El límite del derecho a la información como se adelantaba radica en la veracidad, en la verdad subjetiva, que es manifestación del riesgo permitido por su contribución a la formación de la opinión pública. La veracidad de la información está directamente unida al carácter democrático del Estado, estimar que de limitar el derecho a la información a la verdad objetiva, la verdad como correspondencia, afecta a las bases de un

31 Esta problemática referida a la libertad de expresión es abordada por los distintos estudios contenidos en TENORIO SÁNCHEZ, P.J. (Director): *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, Madrid 2014.

32 Lo que ha llevado desde hace tiempo a algunos autores a considerarlos como dos derechos distintos, véase, SOLOZABAL, J., “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, en *Revista española de Derecho constitucional* (23) 1989

33 Sobre el tema me ocupe en su día, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión.*, cit., 86 y ss. también, “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1991, p. 346.

34 Ver el amplio comentario que efectúa ROIG TORRES, M., *Delimitación entre libertad de expresión y “discurso del odio”*, cit., p. 102 y ss.

Estado que hace del pluralismo uno de sus principios rectores³⁵.

En la determinación del contenido del deber de veracidad y en la doctrina sobre muchos aspectos de la libertad de expresión³⁶, es clave la sentencia de la Supreme Court estadounidense en 1964, en el caso *New York Times versus Sullivan*³⁷, donde establece como límite a la libertad de expresión, la presencia de *actual malice*, que tiene como contenido la consciente falsedad y el manifiesto desprecio de la verdad en quien lleva a cabo la información.

Pero es importante reiterar como para que esté presente la señalada contribución de la libertad de expresión, tanto a través de la libertad de opinión como de la libertad de información es necesario establecer sobre que puede proyectarse la opinión pública, y aquí, una vez más la jurisprudencia estadounidense y la europea han seguido caminos no necesariamente coincidentes.

En la sentencia *New York Times versus Sullivan*, se subraya el papel que juega la libertad de expresión en un Estado democrático, pues la discusión pública “*debe carecer de impedimentos ser robusta y ampliamente abierta*”. La presencia de un interés para la opinión pública en un primer momento va a tomar como punto de partida el carácter público de la persona, condición que no se limita a funcionario o político, mientras que en los tribunales europeos el punto de partida va a ser el contenido de los hechos. Es innegable que la determinación cuales son los temas que hoy tienen interés para la opinión pública introduce un componente de inseguridad de difícil determinación a priori al estar culturalmente acuñado³⁸.

Esta inseguridad conduce a una política criminal en estos casos que necesariamente debe restringir al máximo el recurso al Derecho penal para la regulación de límites y conflictos en los que esté presente la libertad de expresión.

IV. SOBRE EL CONFLICTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CON EL HONOR Y LA INTIMIDAD

IV.1. Primer paso: la existencia del conflicto

1. Los delitos contra el honor, son una constante en los códigos españoles. Caracterizados históricamente por un reconocimiento restringido de la exclusión de la responsabilidad penal a través de la prueba de la verdad de lo afirmado cuando lesionaba el honor de otro, la *exceptio veritatis*. Hasta la entrada en vigor de la Constitución, el conflicto con una no reconocida libertad de expresión se resolvía como un conflicto de ánimos, y con la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, que restringía el recurso al ordenamiento punitivo³⁹.

El cambio de marco político y jurídico que supuso la entrada en vigor de la Constitución lleva pronto a que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aborde el tema como un conflicto de derechos, lo que es una consecuencia del principio de jerarquía normativa que debe llevar a interpretar el Código desde la Constitución y no a la inversa⁴⁰.

El honor y la intimidad aparecen reconocidos como derechos en el art. 18.1 de la Constitución, que establece: *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. A ambos como ya se ha expuesto, se refiere el art. 20.4, cuando regula el contenido de la libertad de expresión y su colisión con los dos mencionados derechos.

Con carácter general, un conflicto de derechos requiere, como primer condicionante la existencia en el caso que se analice de los dos derechos, ya se ha analizado la libertad de expresión es preciso, por tanto, constatar ahora la presencia del honor o de la intimidad. Sobre el contenido del honor, mantuve y sigo manteniendo, una posición⁴¹ que rechaza la concepción fáctica del honor, por incompatible con el texto constitu-

35 “La protección constitucional de la información falsa pero diligente que lesiona otros bienes jurídicos respondería al principio de riesgo permitido justificado en la función que en nuestros modelos sociales desarrolla la opinión pública” BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1991, en especial p. 348.

36 La sentencia hay que situarla en el marco de la lucha por la vigencia en Estados Unidos de la lucha por los derechos civiles, como respuesta a la época del macarthismo y dentro de la labor de fortalecimiento de los derechos protagonizado por el Tribunal Warren. Sobre este periodo en la Supreme Court, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edic., Civitas, Madrid 1983, p. 145 en especial nota 55, en la que se subraya el papel de la Supreme Court, en el periodo de la presidencia del juez Warren (1953-1969).

37 El texto de la sentencia puede consultarse en 376.US.254 (1964)

38 En su momento lo analicé en profundidad con referencia a la jurisprudencia estadounidense, alemana y española en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, cit., p. 108 y ss., también en, “Los límites entre la libertad de expresión ...”, cit., 353 y ss.

39 Sobre el tema ver BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Los límites entre la libertad de expresión...”, p. 341,

40 Por todos ver MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona 1988, en el mismo sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, cit., p. 79

41 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1984, passim

cional y propugna un contenido con un reconocimiento derivado de un doble origen, por una parte la dignidad, que es común a todo ser humano, y por otra la participación del individuo en la sociedad, que variará en su alcance y su contenido en cada persona. Este segundo componente no puede reflejar una participación que no se ajuste a la realidad, dicho de otra forma, lo cierto no lesiona el honor, determina su contenido.

La intimidad, de raíz anglosajona y de incorporación más reciente al catálogo de derechos⁴², posee dos rasgos importantes respecto a su contenido, de un lado, la intimidad que se lesiona mediante afirmaciones ciertas, que hacen públicas o difunden hechos, que el titular de la misma pretende que permanezcan reservados, Este es el segundo rasgo, el comportamiento del titular de la intimidad condiciona en gran medida el alcance de este derecho⁴³.

2. La *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, incorpora de forma expresa la protección civil de estos dos derechos de la personalidad, lo que con anterioridad había tenido un carácter prácticamente excepcional⁴⁴, a partir de su entrada en vigor se ha abierto la puerta a una progresiva descriminalización en la práctica de los delitos contra el honor, que, como es sabido, son delitos perseguibles a instancia de parte.

3. Los cambios que incorpora el vigente Código penal de 1995, no afectan al núcleo de lo que estamos abordando, su condición de conflicto de derechos, reforzado si cabe al recoger en los tipos de la calumnia y la injuria, que suponga una imputación de hechos, el que se lleven a cabo “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio de la verdad”, es decir si la imputación es cierta o aunque falsa no se ha obrado infringiendo el deber de veracidad, queda excluida la relevancia penal por la vía de los delitos contra el honor.

Por otro lado, cuando en la solución del conflicto en el campo penal, se establezca la preponderancia de la libertad de expresión habrá que acudir a la eximente del art. 20.7.

IV.2. Acerca de la posición preferente de la libertad de expresión y del “efecto desaliento”

1. Desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional español ha subrayado la particular importancia de la libertad de expresión, ya la de 6 de marzo de 1981, 6/1981, sostiene: *El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.*

En estas sentencias el Tribunal Constitucional abandonaba una lectura superficial del art. 20.4 para dar paso como elemento central a la necesidad de abordar una ponderación del conflicto, que tome en consideración el doble componente de la libertad de expresión. El punto de partida de la necesidad de proceder en cada caso a la ponderación puede situarse en la sentencia de 17 de julio de 1986, conocida como el caso Soria Semanal, en ella se otorga el amparo al recurrente por que el tribunal que le había condenado no había procedido a una ponderación del conflicto y la Sala sostiene en su razonamiento: *las libertades del art. 20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982, de 31 de marzo).*

Este doble componente conduce a la “doctrina de la posición preferente” de la libertad de expresión en su colisión con otros derechos, pero para que ocupe esta posición preferente se requiere que esté presente el ya expuesto componente de contribución a la formación de la opinión pública.

Lo que abre la ya apuntada cuestión de la determinación de lo que interesa a la opinión pública que es la

42 La protección de la intimidad arranca de un artículo de Warren y Brandeis publicado en 1890 en la Revista de la Universidad de Harvard, ver BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, cit., p. 59 y ss.

43 Basta la lectura de los dos primeros apartados del art segundo de La ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

Uno. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

Dos. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso

44 Es obligada en este punto citar la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912, conocida como la del caso del cura de Totana, en la que por vez primera se protege el honor a través del artículo 1902 del Código civil, estableciendo una indemnización por daños inmateriales.

clave para poder afirmar la prevalencia de la libertad de expresión.

Pero la posición prevalente de la libertad de expresión está limitada por la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad, el marco para ello es justamente el art. 20.4 del texto constitucional que impone a los tribunales la necesidad de ponderar los derechos en conflicto lo que es imprescindible en dos derechos como los derechos de la personalidad, el honor y la intimidad, y la libertad de expresión, y hace que aquel derecho que en el conflicto no es preponderante solo sea sacrificado en su contenido en la medida en que sea necesario⁴⁵

Baste con reproducir una de las consideraciones del Tribunal Constitucional en su sentencia de 24 febrero 2020: *Por ello recibe una especial protección constitucional la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública, requisito éste que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el art. 20.1 d) CE, de manera que el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intrusionas en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección».*

2. Pero desde las sentencias que aplicaban la doctrina de la posición preferente en las últimas décadas del pasado siglo a la situación actual ha habido una evolución en la doctrina de la corte constitucional en especial por la incorporación al examen del conflicto de la “doctrina del efecto de desaliento”,⁴⁶ con origen en los votos particulares de Vives Antón, con auge en las primeras décadas del este siglo y decadencia en la más reciente jurisprudencia⁴⁷. El abandono de esta doctrina ha quedado reflejado en pronunciamientos de la Corte sobre la relevancia penal del “discurso del odio”⁴⁸.

La doctrina del efecto desaliento, el “chilling effect” como otras referidas a la libertad de expresión, de origen en la jurisprudencia norteamericana, supone la proyección sobre el principio de legalidad de otros

principios constitucionales, en especial del principio de necesidad. La aplicación a conflictos que afecten a la libertad de expresión pasa por entender que la solución de un conflicto estimando que no puede estimarse que haya ejercicio de la libertad de expresión, pero que se trata de una conducta próxima a ella en zona al menos discutible, no debe llevar sin más a una aplicación del Derecho penal, pues el efecto colateral sería una limitación, un desaliento, al ejercicio con carácter general de la libertad de expresión. El fundamento de recurrir al desaliento no está en la justificación de la conducta por ejercicio de un derecho, sino “en la prohibición de reaccionar desproporcionadamente frente al acto ilícito.”⁴⁹

3. En fecha reciente, sentencia de 10.05.2021, el Tribunal constitucional ha tenido que abordar un conflicto que tiene por marco las redes sociales. El Tribunal recuerda los pasos a dar para resolver un conflicto, pero tiene interés el voto particular que formula la magistrada BALAGUER que se lamenta de haber perdido la ocasión para “*replantearse la diferenciación jurisprudencial preexistente entre el ejercicio de las libertades informativas por los particulares y por los profesionales*”.

En su opinión con razón hay que tener en cuenta rasgos que incorporan a la libertad de expresión las redes sociales como los usuarios y su implicación en la creación de la opinión pública. A lo que hay que agregar otros factores a tener en cuenta además del contenido concreto y los límites generales. No se debe interpretar como un leve malestar, sino como una real afectación a una esfera de libertad esencial del individuo. En las redes hay que considerar: *número de seguidores, quien lo crea, repercusión en otros medios, a quien va dirigido....*

V. DELITOS DE ODIOS Y DISCURSO DEL ODIOS

1. Desde la década de los noventa del pasado siglo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión ha pasado de centrarse en el conflicto entre la libertad de expresión y el honor, a abordar el controvertido tema de los límites que con carácter general tiene la libertad de expresión.

En la realidad legislativa y jurisprudencial está presente el dar respuesta a una interrogante clásica, que subyace tras las decisiones del legislador y de los tribu-

45 Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, cit., p. 68 y ss.

46 Esta doctrina ha sido amplia y brillantemente analizada por CUERDA ARNAU, M.L., “La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia”, en *In Dret*, 2022, p. 88 y ss.

47 Sobre la trascendencia de los votos de Vives Antón y la posterior asunción de la doctrina del “desaliento” ver CUERDA ARNAU, M.L., “La doctrina del efecto desaliento...”, cit., p. 108 y ss.

48 Ver el examen que de tres significativas sentencias a las que se volverá a hacer referencia en el “discurso del odio”, lleva a cabo CUERDA ARNAU, M.L., “El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos e renuncia al control material sobre el derecho a castigar)”, en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, junio 2022, p. 21 yss.

49 CUERDA ARNAU, M.L., “La doctrina del efecto desaliento...”, cit., p. 106.

nales, no es otra que si “cabe la libertad para los enemigos de la libertad”, que con carácter general en estos casos se plasma en la tensión entre por un lado proteger a grupos que sufren discriminación por diversas razones, como ya se ha expuesto por razones étnicas o religiosas, lo que es consecuencia del principio de igualdad y por otro la libertad a expresar las propias ideas y contribuir a la formación de una opinión pública plural por parte de quienes propugnan ideas políticas, religiosas o de otra índole que pueden suponer un cuestionamiento incluso violento del sistema político o propugnar la marginación a la que se refiere los delitos de odio.

Es en este campo donde en mayor medida se produce el retroceso de la libertad de expresión que, en buena medida, refleja los problemas del modelo de Estado frente a los cambios en la realidad global que debe regular. Baste recordar que entre los rasgos de nuestro tiempo están, la internacionalización, los movimientos migratorios, el pluralismo cultural y el desarrollo tecnológico, todos estos factores y otros más se proyectan sobre el contenido del Derecho y sobre los problemas que debe afrontar, con el límite, política y jurídicamente irrenunciable, del contenido de los Derechos Humanos y de los principios constitucionales que tiene que respetar. No hay que olvidar que se debe analizar el Derecho penal desde la Constitución y no a la inversa.

Los problemas centrales vinculados a la libertad de expresión y el Derecho penal están hoy unidos a las exigencias de un Estado que se dice democrático y que como tal tiene del pluralismo un signo básico de su identidad. Para construir una reflexión sobre nuevos problemas es preciso no olvidar la historia reciente, recordar la muy citada reflexión de MARTIN NIEMÖLLER, plasmada en “guardé silencio”,⁵⁰ para no obviar la criminalización de las ideas del otro, o leer textos de NORBERTO BOBBIO⁵¹ sobre la tolerancia y los riesgos que trae consigo la limitación de la libertad.

Político criminalmente hay que plantearse cuál es el medio más adecuado a los principios de un Estado social y democrático de Derecho para enfrentarse y rebatir discursos dignos de rechazo, que por su contenido

podemos valorar como políticamente inaceptables o que cuestionan valores éticos o religiosos mayoritarios o socialmente muy consolidados.

Como primer problema hay que dilucidar si puede prohibirse y criminalizarse el ejercicio de la libertad de expresión, recurriendo al razonamiento de afirmar que, por su contenido, determinados discursos, no quedan dentro de la libertad de expresión, esta es la interrogante clave a abordar. En epígrafes anteriores se han expuesto límites a la libertad de expresión, como la consciente falsedad o el desprecio de la verdad, esto es el quebrantamiento de la exigencia de veracidad, que excluyen la presencia de la libertad de información y también se ha expuesto como puede la opinión quedar fuera de la libertad de expresión, aunque, recuérdese el “efecto desaliento.” Pero, el que se estime que carece de interés para la opinión pública la información o la opinión, o que quede fuera de la libertad de expresión, no tiene que conducir necesariamente al Derecho penal.

La situación a abordar es en qué condiciones se puede llegar a la criminalización de las ideas del otro, lo que supone dar una respuesta negativa a “si cabe la libertad a los enemigos de la libertad.” Pero, no se debe caer en la contradicción de querer hacer frente al otro, el que cuestiona nuestro modelo de Estado, recurriendo justamente a los medios que utilizaría el modelo de Estado, que él propugna, el de los disidentes, de los enemigos de la libertad⁵². Por otro lado, una política criminal con este contenido no deja de ser una manifestación más del no olvidado “derecho penal del enemigo”.

2. La criminalización de las ideas del otro se plasma con carácter general en dos caminos, ambos seguidos por nuestro código penal, el de los “delitos de odio” y el del “discurso del odio”, que reflejan las dos opciones que se apuntaban en las primeras páginas de este artículo. Con carácter general a los delitos de odio, se refiere el contenido de la agravante del art. 22.4, que, por otro lado, ha sido objeto de sucesivas reformas, agregando nuevos motivos de discriminación. En la actual redacción tras la reforma de 2021 agrava la pena cuando el delito se ha cometido “*por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación*”

50 El texto de “Guardé silencio” durante mucho tiempo se atribuyó a Bertol Brecht, pero su autor fue Martin Niemöller, submarinista en la primera guerra mundial, pastor protestante más tarde y preso en un campo de concentración
Cuando los nazis vinieron a llevarse a los comunistas, guardé silencio, porque yo no era comunista,
Cuando encarcelaron a los socialdemócratas, guardé silencio, porque yo no era socialdemócrata,
Cuando vinieron a buscar a los sindicalistas, no protesté, porque yo no era sindicalista,
Cuando vinieron a llevarse a los judíos, no protesté, porque yo no era judío,
Cuando vinieron a buscarme, no había nadie más que pudiera protestar.
<https://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/clic/clic-niemuller.html>

51 BOBBIO, N., “Las razones de la tolerancia”, en *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema 1991, Madrid, pp. 253-254 “*Mejor una libertad siempre en peligro, pero expansiva, que una libertad protegida, pero incapaz de desarrollarse. Sólo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en esclavitud*”

52 Este razonamiento lo desarrolla con brillantez NUÑEZ CASTAÑO, E., “Breves reflexiones político criminales...”, cit., en especial p.714 y ss., entiende que existe una contradicción interna en que, “*en aras de la tolerancia se reclama el derecho a ejercer la intolerancia*”.

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”⁵³ Esta redacción, como ha puesto de relieve la doctrina, aunque

políticamente criminalmente pueda ser aceptable, plantea no pocos problemas dogmáticos⁵⁴.

El “discurso de odio” está tipificado en el, en especial tras la reforma de 2015, desmesurado por su extensión y contenido, art. 510⁵⁵ y ampliado a las personas jurídicas en el 510 bis. El contenido de este delito ha

53 Dos recientes reformas de 2021 y 2022, han ampliado la relación de motivos en los que puede plasmarse el odio penalmente relevante. Especial interés tiene la inclusión de la aporofobia. Ver BUSTOS RUBIO, M., “Exclusión social y pobreza como motivos de odio. La respuesta penal ante la delincuencia aporofoba en la circunstancia agravante del art. 22. 4”, en BENITO SANCHEZ, D./GIL NOBAJAS, M.S., *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, en Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 177 y ss.

54 Por todos ver REBOLLO VARGAS, R., “Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio”, en LANDA GOROSTIZA, J.M., /CARRO CARRERA, (Directores), *Delitos de odio...* cit., p. 195 y ss. son debates importantes el fundamento subjetivo de la agravante, su concurrencia en algunos delitos y los problemas de error.

55 Sobre el art. 510 y en general sobre el “Discurso del odio”, entre la bibliografía más reciente, siempre crítica puede consultarse, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Breves reflexiones político criminales sobre los delitos de expresión”, en FERRÉ OLIVÉ y otros, *Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho penal.*, Salamanca 2022, p. 709 y ss., BERDUGO GARCÍA MAESTRO, M.J., “El artículo 510 del Código penal” en FERRÉ OLIVÉ Y OTROS, ob., cit., p. 499 y ss. LANDA GOROSTIZA, J.M., “El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Directores), *Delitos de odio*, cit., p. 221 y ss.

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, 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.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar 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, 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.

c) Quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o 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, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión 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, 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, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel 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, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su

sido objeto de críticas políticas y técnicas por gran parte de la doctrina penal española⁵⁶.

Pero el arsenal punitivo de nuestro ordenamiento, que impone limitaciones a la libertad de expresión, es más amplio al incorporar autónomamente, delitos de odio en los artículos 511 y 512, y discurso de odio en los delitos contra los sentimientos religiosos⁵⁷ y el respeto a los difuntos de los artículos 522 y ss., las injurias a la Corona, de los artículos 490.3 y 491, las injurias a España y a sus Comunidades autónomas del art. 543 o el enaltecimiento del terrorismo del artículo 578.

Todo este amplio arsenal punitivo, que ha incrementado la primera redacción del vigente Código, lleva a en la práctica a una restricción de la libertad de expresión, restricción que, por la subrayada trascendencia de este Derecho, puede llegar a incidir sobre las bases del modelo de Estado, en el que muchos creemos y defendemos.

Una breve aproximación al contenido del art. 510 basta para poner en evidencia las dificultades que se presentan para hacer pasar su aplicación por las garantías penales de los principios constitucionales⁵⁸. El tipo de referencia en el art. 510.1 establece como delictiva la conducta de:

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, 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 que el Estado lleve a cabo políticas que garanticen el principio de igualdad que reaccione frente a discriminación es una exigencia del modelo de Estado, internacionalmente propugnada, pero llevarlo a cabo adelantando el recurso al Derecho penal a casos que “fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente”⁵⁹ plantea evidentes problemas frente al principio de lesividad. En especial en el caso de esta última posibilidad de indirectamente buscar el objetivo de incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia, frente a los casos de discriminación que enumera. En estos casos aparece la necesidad de que los tribunales acudan al instrumento corrector del texto constitucional. Por ello, sería deseable que el Tribunal Constitucional señalara el contenido de una necesaria interpretación conforme con la Constitución de estos preceptos. Por otra parte, no deja de ser una exigencia de las instancias internacionales, pues la incitación directa e inmediata a la violencia aparece como requisito consagrado en el test de Brandenburgh estadounidense y en la doctrina jurisprudencial de Estrasburgo.

A esta primera objeción hay que agregar la de concretar el contenido de los términos de referencia, que van más allá de la violencia pues se refiere a “odio, hostilidad, discriminación o violencia”. Entiendo que se requiere que la incitación y las otras opciones sean, al menos interpretadas restrictivamente⁶⁰. De no hacerlo el 510, en lugar de proteger a los que por alguna razón se consideran objeto de discriminación, la aplicación de la ley se convierte, como más adelante se expone,

caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

56 Vid, por todos DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El discurso del odio y el delito de odio de los Arts.510 y 510 bis del Código penal: Necesidad de limitar, en *Boletín Jueza y Jueces para la democracia*, mayo 2018, p. CARDENAL MONTALVETA, S., “El odio no basta. Apuntes sobre el discurso penal que fomenta la discriminación (Art. 510 CP)”, en QUERALT JIMENEZ/CARDENAL MONTRAVETA, *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona 2021, p. 75 y ss.

57 La doctrina penal mayoritaria propugna la derogación, al menos de su tratamiento autónomo, de estos delitos, resto de tiempos pasados como demuestra la práctica de su aplicación y la utilización mediática de los mismos. Entre la bibliografía más reciente puede consultarse, CUGAT MAURI, M., “Sentimientos religiosos y libertad de expresión”, en QUERALT JIMENEZ/CARDENAL MONTRAVETA, *Derecho penal y libertad de expresión*, cit., p. 117 y ss., también, FERNANDEZ BAUTISTA, S., “Libertad religiosa, libertad de expresión y Derecho penal: una extraña combinación”, en QUERALT JIMENEZ/CARDENAL MONTRAVETA, ob. cit., p. 143 y ss.

58 Este es el objetivo de LANDA GOROSTIZA, J.M., “El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Directores), *Delitos de odio*, cit., p. 221 y ss.

59 La posibilidad de llegar a aplicar el 510 a supuestos que “indirectamente” limita en gran medida interpretaciones que corrijan estos excesos del legislador y nos lleva a los “delitos de clima” a los que antes se ha hecho referencia. Ver la crítica, que suscribo, que formula DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Aproximación a los límites de la libertad de expresión...”, cit., p. 43

60 DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Aproximación a los límites de la libertad de expresión...”, cit., p. 43

en un instrumento de creación de discriminación en especial respecto a los lo que no participan del modelo de Estado o de la religión legislativamente mayoritaria.

En no pocos de estos supuestos su aplicación ha venido acompañada de una utilización pervertida del contenido del honor, para buscar de esta forma adecuar erróneamente el mantenimiento de estos delitos con los principios constitucionales de carácter penal, muy especialmente al de lesividad.

Puede servir de ejemplo el art. 543, con raíces en momentos históricos anteriores, que criminaliza, ciertamente solo con pena de multa a *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*. El Tribunal Constitucional con la sentencia 190/2020 de 15 de diciembre ha vuelto a poner a debate la constitucionalidad de un tipo penal que penaliza los ultrajes a España, a sus comunidades Autónomas y a sus símbolos. La sentencia ha sido objeto de una valoración crítica generalizada por la doctrina penal. Aunque es evidente que la no cumplimentación del principio constitucional de lesividad está en el tipo penal, que deberá ser derogado⁶¹. La vía del honor de una institución de un país o de sus comunidades autónomas o de sus signos o símbolos implica desnaturalizar la naturaleza de un derecho inalienable dentro de los derechos de la personalidad que no puede ser proyectado sobre un grupo y que solo podría aceptarse en una imputación de odio, de marginación, en caso de que se pudiera proyectar sobre integrantes concretos de un grupo y en razón de su pertenencia al mismo.

3. La valoración de la legislación vigente lleva a poder aceptar la fórmula de agravar la responsabilidad cuando el hecho delictivo se ha realizado concurriendo en el autor alguno de los motivos que enumera el artículo 22.4, es decir, cuando se está ante un “delito de odio” en sentido estricto, el bien jurídico protegido es otro, pero la razón de su lesión es el odio, lo que hace más disvaliosa la conducta realizada. En cambio, en ningún caso se puede mantener igual postura respecto al “discurso del odio”, *hate speech*”.

La incorporación a la legislación penal del “discurso del odio” hay que situarla en las políticas preventivas

que, no pocas veces de forma errónea, llevan a recurrir al Derecho penal frente a riesgos de difícil concreción y a plasmar únicamente el valor simbólico del Derecho penal. Estas decisiones del legislador buscan una errónea finalidad de prevención general positiva en la pena, que, con frecuencia, a medio plazo, puede llegar a ocasionar un efecto boomerang, pues no hay que olvidar que más de una vez criminalizar la expresión de ideas, puede llevar a aumentar su peso en la formación de la opinión pública.

En el Derecho penal español esta opción de política criminal está directamente vinculada, en sus primeras manifestaciones, a la poco acertada política penal frente al terrorismo⁶², ya vigente el actual Código penal, es punto de partida de esta opción político criminal la introducción en la reforma del año 2000 del delito de exaltación del terrorismo, aunque esta no supusiera un riesgo de comisión de un delito⁶³.

La realidad del terrorismo en nuestra historia ha jugado respecto a estos delitos el papel que en otros países, como ya se expuso, han desempeñado para el establecimiento de límites a distintas manifestaciones de la libertad de expresión, hechos históricos de gran trascendencia. Recuérdese como el Holocausto condiciona el contenido de la jurisprudencia en Alemania y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o como la *Supreme Court* estadounidense incorporó cambios en su jurisprudencia sobre la libertad de expresión al hilo de la Primera Guerra mundial y de la Revolución rusa, o más recientemente al de las políticas contra la discriminación en la lucha por los derechos civiles.

La formulación de tipos como el del art. 510 abre la puerta a aplicaciones del Derecho como las que se han llevado a cabo en recientes sentencias del Tribunal Constitucional, con interpretaciones que limitan el ejercicio de la libertad de expresión y que implican un retroceso en la madurez democrática de nuestro Estado. Tanto la decisión del legislador al incorporar al Código penal el discurso del odio, como el Tribunal Constitucional al aplicarlo se han apartado de principios importantes del Estado constitucionalmente consagrado, muy especialmente del principio de lesividad que requiere la

61 Por todos ver el exhaustivo análisis que con acierto efectúa, DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Aproximación a los límites de la libertad de expresión...”, p. 45 y ss., rechazando la presencia de un bien jurídico que pueda dar cobertura a la decisión del legislador y valorando muy críticamente el contenido de la sentencia, concluye estimando que le art. 543 debería derogarse. En igual sentido ver el amplio análisis que efectúa GONZALEZ COLLANTES., T, “La libertad por bandera, el delito de ultrajes a España y la STC 190/2020”, en *Revista general de Derecho penal*, (37) 2022.

62 Sobre la evolución de la legislación española frente al terrorismo ver ARROYO ZAPATERO, L., “La legislación penal contra el terrorismo hasta vísperas del Código penal de 1995”, en *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca 2018, p. 335 y ss. Para la evolución posterior BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Los delitos de terrorismo en el Código penal. Del contenido en el texto de 1995 a la regulación actual”, en BUSTOS RUBIO, M./ABADÍAS SELMA, A., (*Directores*) *Una década de reformas penales*, Bosch, Barcelona 2020, p. 831 y ss.

63 DOPICO, J., “Desconciertos de Brandemburgo”, en *Boletín de Jueces y juezes para la democracia*, mayo 2018, p. 15, que lo considera el primer acto de su “desconcierto”, cuyo último acto, con cambios en el libreto aún no ha concluido.

presencia de un bien jurídico lesionado o efectivamente puesto en peligro.

4. Hasta tiempo bien reciente el Tribunal Constitucional no había incorporado a su doctrina el “discurso del odio”, es significativa en este sentido el contenido de su sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, sobre la negación del Holocausto, en la que afirmaba:

De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución —y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada— a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional⁶⁴.

En los últimos tiempos e incrementado por su activa presencia en las redes sociales, ha tenido lugar una muy mediática presencia del Derecho penal frente a comportamientos que afectan a la vigencia real de la liber-

tad de expresión en nuestro país⁶⁵. Con carácter general la expansión de las limitaciones, que parece trasladarnos a otras épocas, ha tenido lugar en el campo político y en el religioso. Pareciera, en evidente colisión con el modelo constitucional, que hay un único modelo de estructura del Estado⁶⁶ y una única confesión religiosa⁶⁷ que defender, no con el convencimiento consecuencia del discurso, con la fuerza de la razón sino con el Derecho penal⁶⁸.

El Tribunal constitucional cambia de posición respecto a la libertad de expresión especialmente en tres sentencias, que han sido analizadas y con razón criticadas por un importante sector de la doctrina penal⁶⁹: la de 177/2015 de 22 de julio, la quema de la foto de SS.MM. los reyes⁷⁰; la de 190/2020 de 15 de diciembre, quema de la bandera de España, la 133/2021, de 24 de junio, “asalto al parlamento de Cataluña”. Es difícil intentar construir una respuesta penal frente a los hechos objetos de estas sentencias construyendo el razonamiento desde el discurso del odio y, como en la primera de las sentencias citadas, proyectarlo sobre la monarquía, tal como quedó puesto en evidencia en las

64 Por ello resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia de Barcelona, sosteniendo respecto a la demanda de Violeta Friedman, que *el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas*

65 Es particularmente revelador el contenido del artículo de R. PALOP, M.E., “Genealogía de la represión”, en JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA, *Boletín. Límite a la libertad de expresión*, mayo 2018, p. 27 y ss., que transcribe una amplia relación de casos en los que es más que discutible la posición de los tribunales respecto a la libertad de expresión.

66 Con independencia de lo que se abordará en texto siempre es aconsejable tener presente, como referencia que hay que evitar lo que se hacía en tiempos pasados un ejemplo obligado en este tema es PORTILLA CONTRERAS, G., “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas” en MIRÓ LLINARES, F., *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid 2017.

67 El delito de escarnio de los sentimientos religiosos ha vuelto a los tribunales, en bastantes casos con una importante trascendencia mediática, baste recordar la “procesión del coño insumiso”, o el procesamiento del actor Willy Toledo, o la del ciudadano de Jaen que mediante un montaje había superpuesto su rostro en una imagen del Cristo de la Amargura. Estos y otros casos son mencionados por ALCACER GUIRAO, R., “Si Bryan levantara la cabeza” en *Boletín Juezas y jueces por la democracia*, mayo 2018, p. 6 y ss., *el mismo*, “Cocinar cristos y quemar coranes” en, MIRO LLINARES, F.(dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 67 y ss, también CUGAT MAURI, M., “Sentimientos religiosos y libertad de expresión”, en QUERALT JIMENEZ, J./CARDENAL MONTRAVETA, S., *Derecho penal y libertad de expresión*, cit., p. 117 y ss.

68 Un profesor de la ocho veces centenaria Universidad de Salamanca, de la que además tuvo el honor de ser su rector, no puede dejar de tener presente las palabras de uno de los más ilustres académicos que le precedieron en el cargo, Miguel de Unamuno, que, el 12 de octubre de 1936, en el parainfo del viejo Estudio, contrapuso a la violencia, la fuerza de la razón como medio para imponer las ideas. No hay que olvidar que el control social que se ejerce a través del Derecho penal, esta formalizado y legalmente previsto, pero no por ello sus consecuencias dejan de ser violencia.

69 Entre la bibliografía más reciente, el contenido de estas sentencias es abordado por ROIG TORRES, M., *Delimitación entre libertad de expresión y “discurso del odio*”, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Pamplona 2022. CUERDA ARNAU, M.L., “El control constitucional deferente en materia penal (Tres ejemplos de renuncia al control material sobre el Derecho a castigar)”, en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, junio 2022, p. 68 y ss.

70 La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018, en el caso Stern Taulats y Roura Capellera v. España, condena al reino de España, por entender que la conducta de los recurrentes, la quema pública de las fotos de los reyes está amparada por la libertad de expresión recogida en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Entiende que las instituciones no pueden ser objeto de los delitos de odio. Es indefendible sostener que la familia real es un colectivo vulnerable que precisa de protección ante los delitos de odio.. Un amplio análisis de la sentencia puede verse en MARCHENA GALÁN, S., “Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEX*, (34) 2018, p. 132 y ss.

condenas a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷¹

Para profundizar en las razones que conducen al rechazo de este giro en la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de expresión, es preciso abordar un análisis dogmático del discurso del odio y su proyección sobre el bien jurídico protegido. Comparto con DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁷², la necesidad, unida al principio constitucional de lesividad, de identificar en el discurso del odio un bien jurídico protegido y la tarea no es fácil, lo que lleva a cuestionar principios a él conectados, como el de ultima ratio o el de fragmentariedad.

Si hay un denominador común, a todas las veces que el legislador o los tribunales han recurrido a la criminalización del discurso del odio, este es la lejanía entre el uso de la libertad de expresión que se criminaliza y el riesgo que se puede haber creado para un concreto bien jurídico, la argumentación que se ha utilizado para cuestionar la técnica es análoga a la que se emplea frente a los delitos de peligro abstracto⁷³. Por ello aquí adquiere un mayor peso, el test de Brandenburg de la Supreme Court, o el de Estrasburgo del Tribunal Europeo, que aunque puedan ser cuestionables desde el principio de lesividad, suponen constatar un riesgo mayor que, el que en más de una ocasión, ha bastado en nuestra legislación y por nuestra jurisprudencia para recurrir a una respuesta penal.

5. Para sostener la constitucionalidad de estos delitos, el Tribunal Constitucional construye su razonamiento sobre la afirmación de que con ellos se busca evitar un deterioro del clima social, que puede proyectarse sobre la violencia o sobre el cuestionamiento de principios básicos del texto constitucional. En el discurso del odio estamos ante “delitos de clima”. Se trata, por tanto, de

proteger un determinado clima social, esta protección es consecuencia de una política preventiva, exigida por nuestro modelo de Estado, que evite futuras lesiones de bienes jurídicos, como consecuencia del contenido de ese discurso que incide sobre el clima de convivencia al “generar una atmosfera difusa y fluida de rechazo o aversión hacia determinados grupos que, asentando estereotipos y modificando actitudes en la ciudadanía, podría llegar a producir efectos lesivos de diversa índole”⁷⁴

Participo de la posición y razonamientos seguidos por un importante sector de la doctrina penal española de rechazar esta utilización del Derecho penal, que con claridad es cuestionable desde el programa penal de la Constitución muy especialmente desde el principio de lesividad que determina cuando es necesario acudir al Derecho penal. Como subraya ALCACER GUIRAO⁷⁵, en el “discurso del odio”, más que el riesgo lo determinante para su relevancia penal es el contenido del discurso, la idea que en el mismo se plasma, si la idea es en sí misma adecuada para llegar a producir actos que cuestionen el sistema social, lo que entiendo no justifica el recurso al Derecho penal ni por el legislador, ni por los tribunales.

VI. CONCLUSIONES

Varias son las conclusiones que se pretende hacer llegar al lector de estas páginas, en primer lugar, una obvia, pero que a veces, por tener tal condición, no se insiste en ella, la trascendencia política y jurídica del modelo de Estado constitucionalmente consagrado, el Estado social y democrático de Derecho. Este y no otro tiene que ser el punto de partida.

Este modelo de Estado tiene que dar respuesta a la vigencia de los Derechos que enumera y a los princi-

71 Un examen detallado de cada una de las tres sentencias puede verse en CUERDA ARNAU, M.L., “El control constitucional deferente en materia penal...” cit., pp. 83 y 84, en las conclusiones a las que le lleva el contenido de estas tres sentencias contiene una importante reflexión sobre la posición que en un tema como la libertad de expresión y sus límites debe tener tanto el legislador como el Tribunal Constitucional, y este debería profundizar en la formulación del contenido de interpretaciones conforme a la Constitución, pues “nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos y libertades que la Constitución les reconoce puede considerarse nunca ajeno al Tribunal Constitucional”

72 Tiene mucho interés por la solidez de su argumentación, con la que concuerdo plenamente el artículo de DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., “Aproximación a los límites de la libertad de expresión desde la teoría general de la antijuricidad penal. Los delitos “de odio” y los ultrajes a España”, en QUERALT JIMENEZ, J./CARDENAL MONTRAVETA, S. (Directores), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona 2021, p. 37 y ss.

73 Muy significativamente DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., “Aproximación a los límites de la libertad de expresión desde la teoría general de la antijuricidad penal” cit., p. 39, titula uno de los epígrafes de su trabajo, “Los delitos de peligro abstracto y, un paso más allá, los de “clima”: los llamados “delitos de odio”.

74 ALCACER GUIRAO, R., “Ideas execrables”, en QUERALT JIMENEZ/CARDENAL MONTRAVETA, *Derecho penal y libertad de expresión*, cit., p. 61. El autor además aborda y cuestiona las posturas del sector doctrinal que acude para explicar la presencia de los “delitos de clima”, a una analogía con los problemas que surgen en la protección del medio ambiente y que llevan a los denominados delitos de acumulación.

75 ALCACER GUIRAO, R., “Ideas execrables”, en QUERALT JIMENEZ/CARDENAL MONTRAVETA, *Derecho penal y libertad de expresión*, cit., p. 60 y ss.

pios sobre los que se estructura, uno que no puede olvidarse es el pluralismo.

En una estructura como la apuntada la libertad de expresión juega un papel legitimador fundamental, es la raíz clave que exterioriza el origen de la soberanía y que cuya vigencia debe blindarse por las leyes y por los Tribunales.

En este estudio se han expuesto los dos caminos existentes y el papel que la libertad de expresión ha jugado y juega en la construcción de nuestros modelos de Estado.

El desafío, que hoy debe abordar la libertad de expresión, no es solo el “clásico,” que continua estando presente de como resolver su posible colisión con derechos de la personalidad, honor e intimidad, donde su peso preferente aparece condicionado por la proyección, sobre la solución que se dé al conflicto, del principio de proporcionalidad plasmado en su necesidad para la formación de la opinión pública.

Junto a este desafío, el más importante en la actualidad es el no excluir el pluralismo, clave en un Estado que se dice democrático, en el contenido de la libertad de expresión. En el campo penal esto se traduce en la amplitud que legislativa y jurisprudencialmente se conceda al “discurso del odio”, en el que la posible criminalización del otro por la exteriorización de sus ideas políticas y religiosas puede pasar a primer plano. En estos casos no estamos ante conflictos de derechos sino ante la necesidad de determinar posibles límites de la libertad de expresión.

Continúo sosteniendo, junto a un importante sector de la doctrina penal, la posición de que un Estado social y democrático de Derecho, que hace de los derechos del hombre su fundamento, está legitimado para adoptar políticas activas para asegurar su vigencia, estas pueden llegar a ser penales, pero esta afirmación en ningún caso es un cheque en blanco, sino que debe respetar los principios y garantías consustanciales a nuestro modelo de Estado. En este contexto es más que cuestionable el recurso al Derecho penal para afrontar “discurso del odio,” sin el establecimiento de límites precisos, vinculados al riesgo para bienes jurídicos protegidos. Las conductas a las que en bastantes casos se ha creado un marco por el legislador que ha llevado a nuestro Tribunal Constitucional a ratificar la respuesta penal aduciendo el posible riesgo que generan para nuestro modelo de Estado en el marco de los “delitos de clima”, son, por el contrario, el riesgo y el precio de vivir en libertad

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCACER GUIRAO, R., *La libertad del odio Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid 2020

ALCACER GUIRAO, R., “Ideas execrables”, en QUERALT, JIMENEZ, J., /CARDENAL MONTRAVETA, S., *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona 2021

ALCACER GUIRAO, R., *Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia*, en Revista Española de Derecho Constitucional, 2013, p. 309 y ss.

ALCACER GUIRAO, R., “Cocinar cristos y quemar coranes” en, MIRO LINARES, F.(dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid 2017

ARROYO ZAPATERO, L., “La legislación penal contra el terrorismo hasta vísperas del Código penal de 1995”, en *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca 2018

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid 1987

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1991

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1984,

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Los delitos de terrorismo en el Código penal. Del contenido en el texto de 1995 a la regulación actual”, en BUSTOS RUBIO, M./ABADÍAS SELMA, A., (Directores) *Una década de reformas penales*, Bosch, Barcelona 2020, p. 831 y ss.

BERDUGO GARCÍA MAESTRO, M.J., “El artículo 510 del Código penal” en FERRÉ OLIVÉ y otros, *Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho penal.*, Salamanca 2022, p. 499 y ss.

BOBBIO, N., “Las razones de la tolerancia”, en *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid 1991

BUSTOS RUBIO, M., “Exclusión social y pobreza como motivos de odio. La respuesta penal ante la delincuencia aporófoba en la circunstancia agravante del art. 22. 4”, en BENITO SANCHEZ, D./GIL NOBAJAS, M.S., *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, en Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 177 y ss.

CARDENAL MONTRAVETA, S., “El odio no basta. Apuntes sobre el discurso penal que fomenta la discriminación (Art. 510 CP)”, en QUERALT JIMENEZ/CARDENAL MONTRAVETA, *Derecho penal y libertad de expresión* Atelier, Barcelona 2021, p. 75 y ss.

- CERVELLÓ DONDERIS, V., *La ejecución de herejes y perversos en la plaza del Mercado de Valencia*, en DE VICENTE, R./ VIZUETE, C./GARCÍA MORENO, B., (Edit.), “Geografía de la crueldad. Lugares de ejecución I”, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 321 y ss.
- CUERDA ARNAU, M.L., “El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos e renuncia al control material sobre el derecho a castigar)”, en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, junio 2022
- CUERDA ARNAU, M.L., “La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia”, en *In Dret*, 2022, p. 88 y ss.
- CUGAT MAURI, M., “Sentimientos religiosos y libertad de expresión”, en QUERALT JIMENEZ/CARDENAL MONTRAVETA, *Derecho penal y libertad de expresión* Atelier, Barcelona 2021.
- DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Dialogo, Madrid 1973.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “El discurso del odio y el delito de odio de los Arts.510 y 510 bis del Código penal: Necesidad de limitar”, en *Boletín Juezas y Jueces para la democracia*, mayo 2018,
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Aproximación a los límites de la libertad de expresión desde la teoría general de la antijuricidad penal. Los delitos “de odio” y los ultrajes a España”, en QUERALT JIMENEZ, J./CARDENAL MONTRAVETA, S. (Directores), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona 2021, p. 37 y ss.
- DOPICO, J., “Desconciertos de Brandemburgo”, en *Boletín de Juezas y jueces para la democracia*, mayo 2018
- DOPICO RODRIGUEZ-ALLER, J.,” Introducción. Interrogantes sobre la libertad de expresión a la altura de 2022”, *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, junio 2022, p. 10 y ss.
- FERNANDEZ BAUTISTA, S., “Libertad religiosa, libertad de expresión y Derecho penal: una extraña combinación”. en QUERALT JIMENEZ/CARDENAL MONTRAVETA, *Derecho penal y libertad de expresión* Atelier, Barcelona 2021.
- GALÁN MUÑOZ, A., “Delitos de odio. Discurso del odio y Derecho penal ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, en *Revista penal*, 46, 2020, p. 48
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edic., Civitas, Madrid 1983
- GASCÓN CUENCA, A., “La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 2013, p. 163 y ss.
- GONZALEZ COLLANTES, T., “La libertad por bandera, el delito de ultrajes a España y la STC 190/2020”, en *Revista general de Derecho penal*, (37) 2022
- LA PARRA LOPEZ, E., “La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz”, ver texto en <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/html>.
- LANDA GOROSTIZA, J.M., “El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP”, en LANDA GOROSTIZA, J.M./GARRO CARRERA, E. (Directores), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.p. 221 y ss
- LEVIN, B., La legislación sobre delitos de odio en Estados Unidos: un análisis histórico y contemporáneo, en LANDA GOROSTIZA, JM. /GARRO CARRERA, E., “Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española”, Tirant lo Blanch, Valencia 2018,
- MARCHENA GALÁN, S., “Exclusión de las instituciones como objeto del discurso del odio y alcance de la libertad de expresión”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEX*, (34) 2018, p. 132 y ss.
- MIRO LLINARES, F., (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid 2017.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona 1988
- NUÑEZ CASTAÑO, E., *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos.*, Aranzadi, Pamplona, 2022
- NUÑEZ CASTAÑO, E., “Breves reflexiones político criminales sobre los delitos de expresión”, en FERRÉ OLIVÉ y otros, *Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho penal.*, Salamanca 2022, p. 709 y ss.,
- PORTILLA CONTRERAS, G., “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas” en MIRÓ LLINARES, F., *Cometer delitos en 140 caracteres.* Marcial Pons, Madrid 2017.
- R. PALOP, M.E., “Genealogía de la represión”, en JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA, *Boletín. Límite a la libertad de expresión*, mayo 2018,
- RAMOS RUBIO, J.A./PEREZ MENA, J.L., *Diego Muñoz Torreo. Cura liberal y padre de la Constitución española de 1812*, Tau editores, Cáceres 2020.
- REBOLLO VARGAS, R., “Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discrimina-

- ción por razón de odio”, en LANDA GOROSTIZA, J.M., /CARRO CARRERA, (Directores), “Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española”, Tirant lo Blanch, Valencia 2018
- ROIG TORRES, M., *Delimitación de libertad de expresión y “discurso de odio”*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020
- SOLOZABAL, J., “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, en *Revista española de Derecho constitucional* (23) 1989
- STASI, M.L., “La exposición de la diversidad de contenidos en las redes sociales: entre la regulación o la desagregación de contenidos”, en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, junio 2022, p. 130 y ss.
- TENORIO SÁNCHEZ, P.J. (Director): *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, Wolters Kluwer, Madrid 2014.
- TERUEL LOZANO, GM., “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º. 27, 2017
- VAZQUEZ ALONSO, V.J., “La censura privada de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión” en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, junio 2022, p. 108 y ss.

Páginas web consultadas

- <https://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/clic/clic-niemuller.html>
- <https://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/clic/clic-niemuller.html>
- <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/12/iran-public-execution-of-majidreza-rahnavaard-exposes-authorities-revenge-killing>
- [https://es.statista.com/grafico/28964/lugares-del-mundo-en-los-que-mas-periodistas-fueron asesinado](https://es.statista.com/grafico/28964/lugares-del-mundo-en-los-que-mas-periodistas-fueron-asesinado)