

# BOLETÍN

## LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN



## Juezas y Jueces *para la* Democracia

### SUMARIO

La libertad de expresión.  
Apariencia y realidad.  
**Ramón Saez Valcarcel**

Si Bryan levantara la cabeza.  
**Rafael Alcácer Guirao**

Sobre la libertad de expresión.  
**María José Balda Medarde**

El conflicto entre la libertad de  
expresión y los delitos de opinión.  
**Montserrat Comas D'Argemir i Cendra**

Desconciertos de Brandemburgo  
**Jacobo Dopico**

El discurso del odio y el delito de  
odio de los Arts. 510 y 510 bis del  
Código Penal: Necesidad de  
limitar  
**Miguel Díaz y García Conlledo**

¿Es constitucional el delito de  
ofensas a España, sus  
Comunidades Autónomas, sus  
símbolos o emblemas?  
**Miguel Ángel Presno Linera**

Los jueces son una mínima parte  
del problema.  
**José Miguel Contreras**

Genealogía de la represión.  
**María Eugenia R. Palop**

# EDITORIAL

## EN DEFENSA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Dentro de nuestra asociación existe una enorme preocupación por una serie de hechos que cuestionan la protección que merecen los derechos y libertades fundamentales en una democracia constitucional.

Capítulos como el enjuiciamiento de tuiteros y raperos y /o la retirada de libros y de obras de arte colgadas de las paredes de una exposición (financiada en parte con dinero público) merecen una rigurosa crítica.

Manifestamos, como hemos hecho históricamente, nuestra más firme oposición a la aplicación extensiva del derecho penal reñida con los principios de legalidad y legitimidad.

Entendemos que determinadas interpretaciones expansivas de los delitos de enaltecimiento del terrorismo o de injurias, entre otros, ponen en peligro el núcleo de la libertad de expresión, derecho y valor humano que es fundamento de una sociedad crítica y viva.

El pasado 15 de marzo organizamos en Madrid un acto presidido por nuestro portavoz, Ignacio González Vega, en colaboración con el Consejo General de la Abogacía, que ofreció visiones transversales acerca de la manifiesta restricción del derecho a la libertad de expresión. Tras las ponencias se produjo un debate ameno y riguroso.

En la misma línea, organizamos una mesa redonda el 24 mayo en León, en el seno de nuestro Congreso anual, en la que participan personas del mundo judicial y universitario.

El presente se define por una crisis política, económica, y social de enorme calado, que tiene su incidencia en fenómenos insertos en el “populismo punitivo”. Se persiguen acciones que tienen difícil encaje en un código penal democrático, mientras que el servicio público de justicia sigue ausente de medios para la investigación de delitos que producen un auténtico daño social.

Como manifestó el juez Holmes hace ya casi cien años, debemos estar vigilantes para poner freno a quienes pretendan reprimir las manifestaciones de ideas y opiniones, incluso aunque las consideramos detestables, siempre que no sea necesario ejercer un control para la salvaguarda de bienes esenciales de la comunidad.

Desde JJPD entendemos que la batalla por la pedagogía es clave para la madurez democrática de la ciudadanía, y es aquí donde cobra sentido la presente publicación: formada por artículos procedentes de distintas disciplinas, ahondan -todos ellos- en una de nuestras claves de identidad asociativa: garantizar y profundizar todo aquello que consolide la calidad del sistema democrático.

**Amaya Olivas Díaz**

Magistrada. Miembro del Secretariado

# La libertad de expresión

## Apariencia y realidad

**Ramón Sáez Valcárcel**

Magistrado de la Audiencia Nacional

La sucesión de condenas por delitos de enaltecimiento del terrorismo, de humillación a las víctimas, injurias contra los miembros de la Corona o utilización de su imagen, las denuncias por delitos de incitación al odio, los juicios por profanación y escarnio, todo ello plantea la cuestión del respeto y garantía de la libertad de expresión, instrumento de la libertad de pensamiento. La represión de delitos de expresión afecta a tuiteros y blogueros, raperos y músicos, cómicos, titiriteros y dibujantes, directivos y activistas de movimientos sociales, desbordando todos los géneros hasta alcanzar al guiñol, la caricatura y el hip-hop, al margen de fenómenos de protesta como la pitada del himno nacional o la quema de banderas y otros símbolos. La civilización mediática revolucionada por internet y las redes sociales, con su instantaneidad, nerviosismo y urgencia, ha ampliado el campo de los ofensores y de los blasfemos, la comunidad de los que ríen y la de los ofendidos. No en balde el gesto punitivo de la censura, decía el escritor Coetze, tiene su origen en la reacción de quien se ofende.

En realidad se criminalizan discursos ofensivos o desagradables de escasa o nula incidencia, muchos de ellos elaborados sin la prudencia y las inhibiciones propias de la autocensura y el temor a la persecución –una conciencia que se alimenta del efecto desaliento que produce la prohibición estatal de las libertades-, palabras sin acción ni capacidad para incitar a la acción. No existe democracia sin disenso y la posibilidad de su expresión, por lo que es obligado interrogar qué margen queda para reconocer un contenido mínimo o esencial del derecho de expresión, más allá de un liberalismo de apariencia.

La expansión penal se ha propiciado a partir de la idea de odio que ha generado un auténtico dispositivo jurídico-político. Un concepto no jurídico, algo así como un sentimiento cargado emocionalmente, indefinible y que no se puede reconstruir con elementos normativos, sino con criterios sociológicos y periodísticos, lo que dificulta, cuando no impide, la vinculación del juez a la ley. Y que ha llegado a convertirse en elemento legitimador de violencia punitiva. ¿Qué distingue la maldad del odio? Pregunta que tiene difícil respuesta. Se asocia el odio a conductas delictivas, cuando, bien pensado, el odio es un dato fundante de nuestras

“La simple intolerancia, el sentimiento sin acto o tendencia manifiesta a la acción, deberían estar protegidos por la libertad de expresión”



# La libertad de expresión

## Apariencia y realidad

sociedades fragmentadas, como ponen de manifiesto los sentimientos nacionales, las campañas electorales y las competiciones deportivas, y su forma de aparición en el espacio público. En la práctica se ha impuesto una versión ampliada y difusa del discurso del odio que permite invocarlo para proteger el honor del jefe del Estado (caso de la quema de fotos de los monarcas, STC 177/2015) o de los cuerpos policiales y del ejército, la bandera y el himno. Olvidando que el discurso del odio tiene una genealogía y una finalidad político criminal, que se halla vinculado a un fenómeno único en la historia de la infamia, que produjo la esclavitud, el colonialismo, el apartheid y el genocidio, hechos incomparables. Se trata de odio racial, que se sustenta en la doctrina de la superioridad de unas razas sobre otras, al que se refiere la Convención internacional contra todas las formas de discriminación racial o la Recomendación 20 (1997) del Consejo de Europa. Algo bien diferente a otras formas de discriminación, también odiosas –en el lenguaje que se ha impuesto- pero diversas desde el punto de vista de su gravedad. Los desplazamientos semánticos son de tal magnitud que no es posible identificar un bien jurídico protegido, solo el interés del Estado en la persecución de ciertos discursos.

La interpretación y aplicación de los tipos penales, en especial los de enaltecimiento y humillación de las

víctimas, pone de manifiesto la dificultad de establecer criterios para proteger el ejercicio de la libre expresión de opiniones, por molestas e incorrectas que parezcan, o precisamente por ello, pues la prueba de que la libertad no es mera apariencia es el permiso para la emisión de discursos que «chocan, inquietan u ofenden al Estado o a un sector de la sociedad», a decir del Tribunal Europeo, para propiciar un debate público «sin inhibiciones, robusto y abierto», según propuso la Corte Suprema Usa. Al contrario, parece que el derecho penal amenaza a la libre expresión de la palabra y genera inseguridad jurídica.

En esta materia cuyo objeto son mensajes y textos, en el sentido semiótico de lugar donde se produce sentido, resulta que los tribunales aplican los mismos criterios de análisis para examinar la relevancia penal de un artículo de opinión, un ensayo o una declaración oral que de una obra de ficción o de creación artística (prosa o poesía, cine, teatro o guiñol, canción o expresión plástica). En el primer campo un hablante emite un discurso, oral o escrito, utiliza un código directo para transmitir mensajes que adquieren sentido en un mundo fáctico que aspira a la verdad, valor este que tiene sus propias reglas. Es el prototipo del discurso directo, político, periodístico y jurídico, que se afirma sobre hechos que tienen, o deberían tener, relación de correspondencia con la realidad. En el

La simple intolerancia, el sentimiento sin acto o tendencia manifiesta a la acción, deberían estar protegidos por la libertad de expresión.

segundo, el mundo de la ficción y de la creación, los hechos son pura fantasía, no se ponderan por su referencia a la realidad, los códigos son otros, los propios de las licencias de estilo; incluso, muchas de las obras no aspiran a adquirir sentido, otras buscan entretener, emocionar o, simplemente, interpelar al lector u espectador sobre los temas de la vida, la libertad, la muerte, el poder y la obediencia. En el caso del rap, como decía una opinión discrepante con la condena de un colectivo de músicos, las letras eran contradictorias, se debían al ritmo y carecían de sentido. La diferencia discursiva es mayor en el ámbito de la caricatura y de la imagen satírica cuando afecta a personajes públicos. La obra de ficción y la de creación artística no pretende reproducir ni reflejar la realidad, de ahí que no pueda ser juzgada con los mismos cánones que los textos y discursos de intervención en el debate público, aunque contengan un mensaje, que puede ser motivo de múltiples interpretaciones, siempre subjetivas.

En todo caso habría de aceptarse una premisa: la simple intolerancia, el sentimiento sin acto o tendencia manifiesta a la acción, deberían estar protegidos por la libertad de expresión. La lectura constitucional de tipos que no exigen lesión ni puesta en peligro requiere que el mensaje tenga potencia suficiente para poner en peligro los derechos y las libertades de los grupos afectados, porque provoque a otros a la acción violenta. Incitar significa atizar el odio, y en ausencia de un llamamiento directo pide expresiones susceptibles de fomentar violencia, basada en la discriminación o diferencia de algún tipo, contra otras personas o grupos (Tribunal Europeo de derechos humanos, caso Sürek contra Turquía). Debe introducirse la cláusula de incitación, como ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Tasio Erkizia: en el discurso ha de concurrir un componente de clara o real incitación, aunque fuese indirecto, distinguiendo la incitación genérica y abstracta de la provocación concreta a cometer acciones ilegales. Y, además, el test de peligrosidad: que represente un peligro hipotético por su idoneidad y capacidad para favorecer una acción posterior, de tal manera que pueda identificarse una mínima inminencia entre la incitación y la acción posterior o que, objetivamente, el discurso haga previsible la ejecución de la conducta a la que apela. Pues si se quiere proteger la mera expresión debería poderse afirmar la probabilidad de que el discurso genere el tipo de acción que reivindica. La alabanza o la denigración sin un elemento adicional que concite a la acción, por muy próxima que se encuentre a la incitación, no supone un estímulo para actuar, ni siquiera indirecto. Es la única forma de eludir el castigo de los discursos molestos, ofensivos y peligrosos, que es como deben ser considerados cuando no tienen eficacia disuasoria a la acción.

# Si Bryan levantara la cabeza

Rafael Alcácer Guirao  
Profesor Titular de Derecho Penal



Cocinar un cristo al horno y divulgar en televisión—muchos años después de su edición— un video con la receta le costó a Javier Krahe sentarse en el banquillo, acusado de un delito de escarnio hacia los sentimientos religiosos (Sentencia, absolutoria, de 8 de junio de 2012 del Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid). El pasado 7 de febrero de 2018, el Juzgado de lo Penal nº 1 de Jaén condenó a un ciudadano como autor de dicho delito por haber publicado en la red social Instagram una foto en la que, a través de un montaje, había superpuesto su rostro a la imagen del Cristo de la Amargura. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección tercera), mediante Auto de 28 de marzo de 2017, revocó el sobreseimiento acordado frente a la imputación por idéntico delito a tres ciudadanas que, con fines reivindicativos de carácter feminista, habían sacado en procesión —“Procesión del coño insumiso”—la imagen de una vagina de grandes dimensiones a la que, imitando la iconografía de la Virgen, se le había puesto mantilla y corona. Las manifestaciones críticas realizadas por el actor Willy Toledo contra el Auto de apertura de juicio oral dictado en acatamiento de dicha decisión publicadas en su página de Facebook, en las que recogía el siguiente exabrupto: “Yo me cago en dios, y me sobra mierda pa cagarme en el dogma de 'la santidad y virginidad de la Virgen María'”, han dado lugar a la incoación de diligencias previas

por el Juzgado nº 40 de Madrid tras la denuncia de la Asociación de Abogados Cristianos —personada también como acusación particular en la causa de Sevilla—.

Vino nuevo en odres viejos. El rancio y obsoleto delito de escarnio a los sentimientos religiosos está adquiriendo un inusitado protagonismo en los últimos años, propiciado por el progresivo declive de la libertad de expresión.

Son muchas las causas de esa deriva censora, pero quizá estemos asistiendo a un cambio de modelo, en el que la deliberación pública ya no es ya vista como el medio ambiente de la democracia sino solo como fuente de conflicto y desencuentro, y en el que el ciudadano ya no se ve como agente partícipe de la res publica, sino como paciente vulnerable e hipersensible a las ofensas, que demanda espacios sin discurso donde sentirse seguro, y que espera que el Estado le proteja frente a quienes no piensan como ellos. De ese clima de conformidad emanan dos fenómenos que en buena medida determinan la deriva de estos tiempos. De una parte, el enaltecimiento de la víctima como icono reverencial, frente al que todo discurso crítico o meramente satírico adquiere la condición de blasfemia. De otra parte, la confusión de la identidad grupal con la dignidad personal, lo que transmuta el escarnio hacia credos, ritos o símbolos



colectivos en ataques a la estima individual.

La sanción de las ofensas no encaja en una democracia deliberativa. El respeto y fomento de la deliberación pública ha de permitir los mensajes hirientes y ofensivos cuando estos se enmarquen en el debate sobre asuntos públicos, pues de lo contrario se corre el riesgo de disuadir en exceso la deliberación política. No existe un derecho al insulto cuando este es gratuito, pero no existe tampoco un derecho a no sentirse ofendido. Si han de poder someterse a crítica todas las ideas, el riesgo de la ofensa es el precio a pagar por participar en la esfera pública.

Esa hipersensibilidad a las ofensas se exagera entre los miembros de las confesiones religiosas, dado el carácter sagrado que se atribuye a los símbolos con los que se identifican. La susceptibilidad de las religiones, siempre dispuestas a encontrar motivos para la indignación, genera una particular intolerancia a todo discurso o manifestación artística que haga oprobio de sus dogmas y ritos, y una permanente demanda de censura de toda irreverencia, basada en interesadas confusiones entre el respeto reverencial a credos y profetas y derechos como el honor o la libertad religiosa.

La protección de los sentimientos religiosos es un contrasentido en un Estado aconfesional, porque tanto su justificación como su aplicación presuponen una cosmovisión religiosa del mundo. Solo desde dentro de una religión puede considerarse digno de especial protección el sentimiento religioso, y considerar que presenta un “hecho diferencial” frente a sentimientos de indignación o desagrado –equiparables en intensidad- motivados por otros referentes culturales. ¿Por qué no un delito de escarnio contra los sentimientos políticos, contra los sentimientos estéticos o contra los sentimientos

futbolísticos? Tan chocante como pueda sonar esa pregunta es la protección reforzada que nuestro sistema pretendidamente aconfesional otorga a los sentimientos religiosos. O el parche que, consciente el legislador de ese contrasentido, se ha introducido en el precepto, protegiendo también los sentimientos de los no creyentes. ¿Y cuál ha de ser el estándar de ofensividad para determinar la relevancia penal? Estando ante emociones subjetivas conectadas con tradiciones culturales, el único criterio para determinar cuándo concurre una ofensa y cómo de grave es radicará en la perspectiva interna a la religión de turno, dando lugar a una aplicación irracional de las normas penales y quedando en manos de asociaciones de abogados cristianos los límites de la libertad de expresión.

Sancionar penalmente la reproducción de caricaturas, los montajes fotográficos o las procesiones de vaginas termina por convertir en caricatura al propio Código Penal, al caer en una burda desproporción punitiva. Pero más allá de ello, lo más rechazable del delito de escarnio es el efecto de censura que genera, al coartar coactivamente la crítica política. Las religiones son actores públicos de primer orden y en tal condición intervienen en la esfera pública. Su reino está firmemente anclado en el mundo del debate político, en el que pugnan por persuadir a la ciudadanía de determinadas convicciones ideológicas. Desde tal perspectiva, deben someterse a las mismas reglas de juego, tolerando las críticas, mofas y befas a las creencias que profesan y permitiendo un amplio margen de actuación a la disidencia.

El discurso antirreligioso forma parte del debate político y, con ello, del contenido protegido por la libertad de expresión. Si en democracia ni siquiera la propia democracia es sagrada, lo sagrado no puede imponerse a la deliberación política.



# Sobre la libertad de expresión

**María José Balda Medarde**  
Abogada

Hasta hace pocos años todos pensábamos que la libertad de expresión en España formaba ya parte del paisaje y era imposible cuestionar este derecho de toda la ciudadanía. Sin embargo, en el último tiempo hemos ido constatando como se iban criminalizando conductas que, incluso en los años 70, eran admitidas sin consecuencias (como el caso de Casandra, y los chistes sobre Carrero; chistes relativos al vuelo en su coche, que ya entonces se hicieron sin mayor trascendencia ... ).

A primeros del pasado mes de marzo conocimos el Informe de Amnistía Internacional en el que se ponía de manifiesto – con datos objetivos - el retroceso producido en España del derecho a la libertad de expresión, poniéndose el acento en las últimas reformas operadas en el Código Penal, cuya revisión solicita dicha organización, para que nuestro ordenamiento jurídico se adapte al criterio del Tribunal europeo de derechos humanos.

No cabe duda que, efectivamente, el retroceso del derecho a la libertad de expresión enunciado en el artículo 20 de la Constitución, desde las últimas reformas, es un hecho incontestable y muy preocupante pues, en el momento

actual de limitación de los derechos sociales, es todavía más trascendente la manifestación de la discrepancia frente a las decisiones que se están adoptando.

Y es que, en el aspecto en que resulta más relevante garantizar el derecho a la libertad de expresión, es para posibilitar la manifestación de pensamientos o ideas poco convencionales o políticamente incorrectas, por lo que la causa y consecuencia de incrementar las medidas restrictivas a ese derecho, no es otra que la de coartar el derecho de todo ciudadano a expresar libremente opiniones críticas en el ámbito de la política y respecto a las instituciones que ejercen el poder, reduciendo el espacio para la crítica y las opiniones discrepantes.

Las reformas operadas en los últimos años no solo han introducido en el Código Penal nuevas conductas que se consideran merecedoras de sanción penal sino que, además, dicha incorporación se ha llevado a cabo tipificándolas con excesiva amplitud, abriendo así el abanico de comportamientos que pueden interpretarse como constitutivos de incitación al odio, o de provocación de conductas violentas, creando inseguridad jurídica a la ciudadanía.



Si a la amplitud con que se han tipificado las conductas sancionables en este ámbito, le unimos la gravedad de las penas previstas, se provoca en la ciudadanía el temor a exteriorizar opiniones críticas, conduciendo dicho temor a la autocensura, hasta el punto de que, una vez creado el clima idóneo, podría llegar a no ser necesaria la aplicación de la norma.

El artículo 20.2 de la Constitución de 1978, enuncia como principio esencial que “el ejercicio de estos derechos no puede estar restringido por ninguna forma de censura previa”, pero lo cierto es que si cada ciudadano calla o se lo piensa mucho antes de hablar y de emitir opiniones o pensamientos, resulta innecesaria esa censura previa externa, pues el temor conducirá a la autocensura.

Tal situación no se compeadece con una sociedad que merezca el adjetivo de democrática, en la que uno de sus pilares fundamentales lo constituye la libertad de expresión.

En este último tiempo hemos visto como se enjuiciaba y, en muchos casos, se condenaba a raperos, tuiteros y artistas (músicos, actores, cineastas..) por emitir expresiones que a muchos de nosotros nos provocan rechazo, nos ofenden y nos duelen, pero hay que aprender a distinguir lo que es mal gusto de lo que es delito. Como decía la magistrada del TC Adela Asua, en el voto particular contra la condena por ofensas a la corona que acaba de anular el Tribunal Europeo de Derechos humanos: “la critica malsonante, las manifestaciones políticamente incorrectas, los gestos o actos desabridos, de mal gusto o de impactante exageración, no quedan expulsados del campo legitimo de la libertad de expresión”.

Como ha puesto de manifiesto la Sentencia que acaba de dictar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los límites a la libertad de expresión deben ser siempre interpretados con carácter restrictivo, indicando que el artículo 10 de la Convención europea de derechos

humanos, deja poco margen a las restricciones a la libertad de expresión en el área del discurso y el debate político. Indicando a continuación que los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un político que con respecto a un particular, ya que el primero se expone inevitable y conscientemente a un cuidadoso control de sus acciones tanto por los periodistas como por la masa de los ciudadanos.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal no considera que la libertad de expresión en el campo de la crítica política sea ilimitada, considerando que en las sociedades democráticas puede ser necesario sancionar formas de expresión que puedan propagar, alentar o justificar el odio, pero siempre con sumo cuidado de que esas restricciones o sanciones sean proporcionadas al objetivo legítimo perseguido, manifestándose a favor de la moderación en el uso de la vía penal.

Finalmente considera el Tribunal que, en el presente caso, no es posible considerar los hechos enjuiciados como parte del discurso del odio, sino que se encuentran en el ámbito de la crítica política y corresponden a la expresión de un rechazo de la monarquía como institución, considerando que, por tanto, se ha vulnerado el artículo 10 de la Convención.

## II

Considero de interés indicar que el T.S en los últimos meses ha modulado su doctrina, realizando una interpretación más restrictiva del delito de enaltecimiento del terrorismo (578CP). Así en su Sentencia de 7 de febrero de 2018, revocó otra de la Audiencia Nacional que había sido confirmada por el Pleno, absolviendo al acusado que había hecho manifestaciones tales como :

“Ya tengo preparados los explosivos para esta noche liarla en Sol. Feliz año. Ala es grande”; o “Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre”.

El autor de tan horribles manifestaciones, fue absuelto del delito por considerar que “la conducta de enaltecimiento del terrorismo, para que sea típica requiere una cierta concreción de lo que se enaltece o justifica, de manera que suponga no un comentario genérico, sino una justificación del acto o de la banda terrorista”. Considera el TS que “son expresiones demasiado genéricas que no implican la caracterización del delito de peligro en la medida que no hay concreción del destinatario del acto que se enaltece o de la figura que se pretende reivindicar” .

Sin embargo la misma Sentencia del TS condena al acusado en base al artículo 510 del CP, condenando al acusado a dos años y medio de prisión como autor de un delito de incitación al odio por razones de género. (LO 1/2015, de 30 de abril, es el art. 510 CP).

Las manifestaciones vertidas eran ciertamente graves: tales como:

- “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen, con la de putas que hay sueltas”,
- o “2015 finalizará con 56 mujeres asesinadas, no es buena marca, pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esta cifra”.
- “Beatriz era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad”
- A mí me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble”.

Considera el Tribunal que procede la condena a dos años y medio de prisión (apreciando la agravación de haberse publicado tales comentarios en internet), pues considera que el 510 sanciona a quienes fomentan la discriminación, el odio, o la violencia, considerando el hecho central la emisión de calificativos o expresiones que contienen mensajes de odio, bastando para la generación del peligro con la emisión de un mensaje propio del discurso del odio, cuya antijuridicidad surge sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso se considera lesivo...”

Por más que me repugnen las manifestaciones del tuitero condenado, no acabo de compartir que su comportamiento sea merecedor de semejante pena. Parece claro, por tanto, que, con carácter previo a la tipificación de ilícitos y la imposición de sanciones, corresponde a la sociedad en su conjunto y sus principales agentes (Administración pública) predicar con el ejemplo y realizar una intensa labor pedagógica en políticas de igualdad.

Sólo cuando ello fracase estará justificado el recurso al Derecho administrativo sancionador. Y únicamente cuando tampoco éste resulte eficaz, y exclusivamente en los supuestos del mayor gravedad, cabrá acudir como posible solución al Derecho penal.

Entiendo que en todo caso, lo procedente es una interpretación restrictiva del precepto —máxime teniendo en cuenta la amplitud de su tenor literal— reservando su aplicación a aquellos supuestos en los que los intereses penalmente protegidos se encuentren amenazados por un riesgo típicamente relevante.

En mi opinión, a pesar de la no exigencia en el tipo básico del precepto de la idoneidad objetiva de la conducta para alterar la paz pública para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, parece razonable exigir, al menos, que se trate de un comportamiento mínimamente adecuado para alterar de algún modo la seguridad colectiva o el honor de la mujer como colectivo.



# El conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión

**Montserrat Comas d'Argemir.**  
Magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona

En la actualidad existe un auténtico debate social y jurídico en torno al retroceso que el derecho a la libertad de expresión está sufriendo en nuestro país. La percepción en la opinión pública es que nos encontramos frente a un retroceso democrático de carácter muy grave. Este importante derecho constitucional [art 20.1 a) CE] ha sido definido por el TEDH y por el Tribunal Constitucional como uno de los pilares fundamentales en los que se asienta nuestra democracia en tanto que sociedad plural y libre.

De esta forma la libertad de expresión va indisolublemente unida al pluralismo político y exige la máxima amplitud en su ejercicio. Igualmente en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes dominantes, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una sociedad avanzada (STC 97/2007, de 15 de enero). De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla sin el cual carecería aquella de toda efectividad (STC 20/1990, de 20 de febrero). La libertad de expresión comprende la libertad de

crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo y la tolerancia sin los cuales no existe sociedad democrática. En el resguardo de la libertad de opinión cabe cualquier idea, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático (STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4).

Es cierto que, al igual que el resto de derechos fundamentales, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, de forma que se sitúa fuera del ámbito de protección del mismo la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (STC 160/2003, de 15 de septiembre, F. 4, por todas). En otra línea, la STEDH -caso Féret contra Bélgica de 16 de julio de 2009- al definir el “discurso del odio” como aquel que abarca cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”, limita el derecho a la libertad de expresión en aquellos

mensajes o discursos que se manifiestan con la finalidad de provocar la discriminación y la hostilidad grave contra las minorías vulnerables y los inmigrantes.

Como Magistrada, que desempeño desde hace treinta años mi trabajo en el ámbito de la jurisdicción penal, he de reconocer que una de las dificultades a las que me enfrento, es la de resolver todos aquellos asuntos en los que la aplicación de determinados tipos penales van íntimamente relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión. La ponderación de los derechos en conflicto, en cada caso concreto, no es tarea fácil de resolver.

El retroceso democrático que se percibe por la sociedad, va muy vinculado a las investigaciones y sentencias que en el ámbito penal vienen produciéndose en relación a los delitos de “enaltecimiento al terrorismo”, los denominados “delitos de odio” y las “injurias a la Corona”. En relación al primer delito, el periódico *eldiario.es* publicaba el día 21 de abril, que desde el cese de la violencia, en 2011, hasta 2018 se han producido 121 sentencias por apología de ETA, cuatro veces más que en los siete años anteriores. Se basa dicha publicación en los datos del CENDOJ: 83 de los fallos dictados por la AN y el TS desde que ETA no mata son condenatorios, lo que supone un 79% de los casos que llegan a juicio. La cifra es sorprendente y preocupante.

La prisión provisional durante cinco días de los “titiriteros” –autores de una obra infantil- y que, finalmente fueron absueltos, despertaron también todas las alarmas en la sociedad. En las condenas

por delitos de “enaltecimiento al terrorismo” (art. 578 CP) a tuiteros, cantantes y personas relacionados con el mundo de la creación artística, se han impuesto dos líneas jurisprudenciales contradictorias que no ayudan a la seguridad jurídica ni a resolver el conflicto que genera la interpretación y aplicación de este tipo penal con el derecho a la libertad de expresión.

La Directiva de la UE 2017/541, en su - considerando (10)- exige que la conducta de enaltecimiento se tipifique cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. Esto significa que la interpretación judicial del art. 578 CP debería tener siempre en cuenta si la finalidad por la que se han realizado los actos de “enaltecimiento o humillación” es la de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo. Así lo establecen algunas Sentencias de la Sala II del TS. Sin embargo, en otras, el tipo penal no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Esta contradicción explica que, en casos como la del cantante de “DEf con Dos” por una serie de tuits en la que citaba a J.A. Ortega Lara secuestrado por ETA, fuera absuelto por la Audiencia Nacional y, en cambio condenado a un año de prisión por la Sala II del Tribunal Supremo. Y, a la inversa, en el caso de la tuitera Casandra Vera, acerca de sus chistes públicos sobre Carrero Blanco, fue condenada por la Audiencia Nacional a un año de prisión y, recientemente absuelta por el TS.

Otro claro exponente de la dificultad a la que nos enfrentamos los Jueces radica en la interpretación del art. 510 CP que



tipifica las conductas de quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio o violencia contra personas o grupos por motivos racistas, antisemitas, o por su pertenencia a una etnia, raza, sexo, orientación sexual, razones de género, enfermedad o discapacidad. Dicho precepto es la traslación al plano legislativo del compromiso asumido por España cuando ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965. El bien jurídico protegido es el derecho fundamental a la igualdad de trato de las personas con independencia de su pertenencia a grupos no dominantes y fragilizados socialmente, esto es la protección de individuos pertenecientes a determinadas minorías vulnerables.

La particularidad de este delito radica en que la lesión al bien jurídico se produce por una conducta llevada a cabo por el autor en el ejercicio de un derecho fundamental a la libertad de expresión y de opinión. En el comunicado realizado por la Asociación Juezas y Jueces para la Democracia, aprobado en el Comité Permanente celebrado los días 25 y 26 de enero de este año se alertaba de forma crítica acerca de una corriente jurisprudencial excesivamente extensiva en la interpretación y aplicación del art. 510 CP en detrimento del derecho a la libertad de expresión, fundamentalmente a partir de la reforma de dicho precepto por la LO 1/2015, de 30 de marzo, protagonizada únicamente por el Partido Popular sin consenso alguno con las demás fuerzas políticas, que ha introducido conceptos abiertos e indeterminados en su contenido poco casables con otro derecho fundamental, como es el derecho al principio de legalidad, en su vertiente de *lex certa*. En dicho comunicado nos pronunciábamos a favor de reformar el art. 510 CP a fin de delimitar que solo pueda haber sanción penal cuando las conductas del autor puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio de 2015 (caso quema de fotos de SS.MM los Reyes) abrió la aplicación del denominado “discurso del odio” a supuestos que nada tiene que ver con la protección jurídico-penal de personas o grupos vulnerables por motivaciones racistas, xenófobas, antisemitas, homófoba, etc. En dicho caso se enjuiciaba la adecuación a la legalidad penal y constitucional de la quema de fotos de los Reyes en una plaza pública de la ciudad de Girona con motivo de su visita. Ahora bien, al ser tales los sujetos pasivos, miembros de una Institución pública como es la Corona, la protección jurídico-penal de su honor viene expresamente prevista en otros preceptos penales distintos a los del art. 510, específicamente en el art. 490.3. CP. En el voto particular discrepante de la Magistrada Adela Asúa, en la misma línea de la del Magistrado Juan Antonio Xiol, se critica el contenido de la Sentencia por vincular el “discurso del odio” a hechos que son propios de un discurso antimonárquico, que nada tiene que ver con la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables.

Los criterios de los votos particulares minoritarios son los que deberían haberse impuesto, a la vista de la reciente Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 13-3-2018 (Caso Stern Taulats y Roura Capellera), que ha condenado en este caso a España por violación del art. 10 del Convenio, eliminando la condena de los acusados, que además deberán ser indemnizados, al entender que actuaron en el ejercicio de la libertad de expresión. Gracias a esta Sentencia, acabamos de conocer la reciente absolución en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en fecha 4-5-2018 de un acusado condenado en el Juzgado Central de la AN por promover la “pitada al himno nacional” en la final de la Copa del Rey en 2015.

A la vista de toda la problemática expuesta se impone una reforma del art.



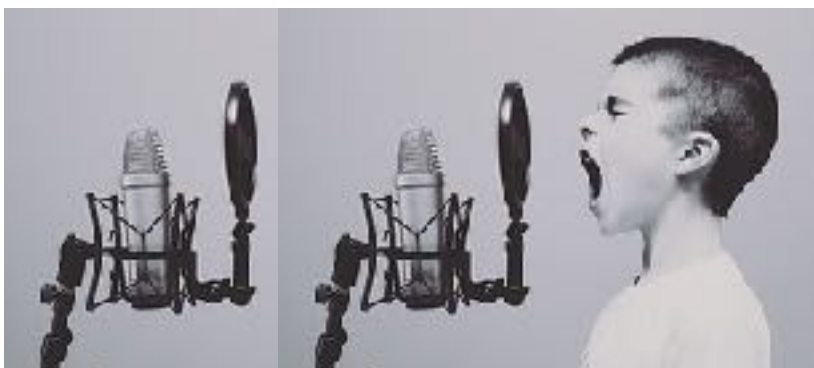
Este importante derecho constitucional [art 20.1 a) CE] ha sido definido por el TEDH y por el Tribunal Constitucional como uno de los pilares fundamentales en los que se asienta nuestra democracia en tanto que sociedad plural y libre.

510 CP en la forma antes referida. Y, en relación al delito de enaltecimiento es necesario modificar su extensión a la “apología del terrorismo a través de las redes sociales”, introducida, sin consenso parlamentario, por el grupo parlamentario del PP en el 2015.

Junto a ello se impone también la reforma de la Ley de Seguridad Ciudadana -denominada “ley mordaza”- para evitar sanciones administrativas a los disidentes políticos o a los que expresan su oposición antimonárquica. Un claro ejemplo de arbitrariedad administrativa la encontramos recientemente en la requisa de las camisetas amarillas que portaban algunos seguidores del Futbol Club Barcelona en la última final de la Copa del Rey este año en la ciudad de Sevilla. El color “amarillo” se ha convertido en Cataluña, para un sector de la población, en una forma de vehiculizar la crítica y reivindicación a favor de la libertad de los políticos que están en prisión provisional en la causa judicial abierta a raíz del denominado “procés”. La Ley 19/2017, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, únicamente prohíbe la introducción en las competiciones y espectáculos deportivos de prendas, banderas o signos cuya finalidad sea incitar a la violencia o a las demás finalidades por las que aprobó dicha norma (art. 6). Las prendas amarillas no persiguen ninguna de estas finalidades y, en consecuencia, quien los porta está amparado por su libertad de opinión y de expresión.

Por último, la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debe ser también objeto de revisión en la ley penal. En la opinión, de amplios sectores de la Academia y de la Judicatura, entre los que me encuentro, todos los delitos de opinión, caso de condena, no deberían nunca comportar la imposición de penas de prisión y si únicamente las de multa. Nadie debería ingresar en prisión por estos delitos.

En un Estado democrático de derecho, el derecho a la libertad de expresión constituye la clave del debate público necesario en una sociedad democrática, como establece el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, disposición plenamente vigente en España. De todo lo dicho se deduce que es necesario robustecer la calidad democrática de nuestro sistema.







# Desconciertos de Brandemburgo

**Jacobo Dopico**

Prof. Titular acred. Catedrático de Derecho Penal.  
Universidad Carlos III de Madrid

## 1.- Acto I, en el que el Legislador deroga una garantía protectora de la libertad de expresión.

No hay lugar para la duda: con la introducción del delito de enaltecimiento del terrorismo se pretendió en 2000 criminalizar la exaltación de medios terroristas aunque no nos encontrásemos ante una conducta que pretendiese incitar a la comisión de actos terroristas, y aunque mediante dicha conducta no se hubiese incrementado el riesgo de comisión de delito alguno. Así lo proclamaba el Preámbulo de la L.O. 7/2000, al afirmar que se pretendía castigar estos delitos “con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código” (es decir: aunque por su naturaleza o circunstancias no constituyesen “una incitación directa a cometer un delito”).

La jurisprudencia aceptó de modo cuestionable que la figura del art. 578 no estaba sometida a la exigencia del art. 18 CP: algo que en el plano legal no es evidente y que en el plano constitucional ha terminado por ser inviable.

En efecto: esta exigencia de incitación no era una simple ocurrencia del Legislador español. Se trataba de la plasmación legal de una garantía de rango constitucional: el llamado test Brandenburg (de la famosa Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Brandenburg v. Ohio*, 1969, que afirma que el Estado sólo puede prohibir el apoyo moral a la comisión de delitos cuando tal apoyo moral 1. se dirija a incitar directamente a la comisión de conductas ilícitas y 2. sea idóneo para incitar a tales acciones <sup>1)</sup>).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recogido el test Brandenburg en diversas resoluciones al interpretar el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: **para que sea legítima una injerencia de este tipo en la libertad de expresión – máxime, la injerencia penal- debemos encontrarnos ante una conducta que incite de a la comisión de delitos de manera tal que incremente realmente el riesgo de su comisión.**

## 2.- Acto II, en el que acaba pasando lo que pasa siempre que se deroga una garantía.

1. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). El texto en inglés es el siguiente: “*the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*”. La sentencia continua citando un precedente de 1961, *Noto v. US*: “*the mere abstract teaching . . . of the moral propriety or even moral necessity for a resort to force and violence is not the same as preparing a group for violent action and steeling it to such action*”.

¿Qué pasa cuando se deroga una garantía, incluso cuando es una como el test Brandenburg? Pues que antes o después ocurren esas cosas frente a las que pretendía protegernos dicha garantía. Titiriteros presos ante la Audiencia Nacional como apologetas del terrorismo por lo que decían los personajes de una obra de marionetas. Fuerzas policiales recibiendo instrucciones de rebuscar en las conversaciones de ciudadanos españoles en Twitter para ver si mencionaban palabras como “Argala” (el responsable del asesinato de Carrero Blanco) para llevar ante la Audiencia Nacional a quienes hiciesen chistes sobre aquellos hechos. <sup>2</sup> Y, claro, condenas en la Audiencia Nacional por chistes sobre Carrero Blanco. En el extremo, Sentencias del Tribunal Supremo nos dijeron que no era necesaria ninguna intención de incitar a la comisión de delitos para condenar por enaltecimiento del terrorismo. <sup>3</sup>

El llamado “síndrome de la rana hervida” nos advierte de que empeoramientos paulatinos de las condiciones pueden pasar inadvertidos, de modo que podemos llegar a situaciones críticas o irreversibles sin haberlo percibido. Sin embargo, aquí **este episodio de intensa criminalización de la sátira política y de la expresión activista ha tenido lugar en un breve espacio de tiempo**. Podemos hablar de un fenómeno que arranca hacia 2013-2014 que en un crescendo velocísimo alcanza su punto álgido en la STS 4/2017 (Caso Strawberry) y la SAN (Sec. IV) 9/2017 (Caso Casandra); pero que se manifestó de modo mucho más preocupante en numerosas instrucciones absurdas por hipotéticos delitos de odio y delitos contra los sentimientos religiosos (caso Dani Mateo, casos Procesiones feministas de Málaga y Sevilla, caso Cristo de la Amargura de Jaén –que terminó en una

lamentabilísima condena por conformidad-, etc.).

En fin: los periódicos nos sorprendían cada mañana con un nuevo caso, a cada cual más absurdo e inquietante. La amenaza de querrela por injurias (grito de guerra del invitado a programas amarillistas “del corazón” en TV) se actualizó convirtiéndose en la amenaza de querrela “por delito de odio”.

### 3.- Acto III, en el que la garantía constitucional que es expulsada por la puerta vuelve a entrar por la ventana.

Estos excesos fueron en aumento exponencial hasta que el la situación comenzó a tornarse insostenible. Dos recientes Sentencias del Tribunal Supremo (STS 378/2017 y 95/2018) tuvieron que poner freno recordando que el Tribunal Constitucional ya había dicho en su STC 112/2016 que “la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578 supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores **en la medida en que** puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por **propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades**”. Esta versión de los requisitos Brandenburg –algo aguada- en efecto ya había sido recogida por nuestra Jurisprudencia Constitucional desde la STC 235/2007, relativa a las conductas de “negacionismo”.

Así se cierra el círculo: el legislador penal prescinde de la garantía Brandenburg en unos casos donde la opinión pública era muy

2. “La Audiencia Nacional reprocha a la Guardia Civil sus métodos de investigación en Twitter” (eldiario.es 24.3.17, [https://www.eldiario.es/politica/Audiencia-Nacional-Guardia-Civil-Twitter\\_0\\_625738197.html](https://www.eldiario.es/politica/Audiencia-Nacional-Guardia-Civil-Twitter_0_625738197.html))

3. STS 4/2017, “Caso Strawberry”: “**no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación** (...) basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de twitter”. Obviamente no es así: si no, el propio ponente habría cometido el delito, y también quien escribe estas líneas, y quien ha decidido incluirlas en este boletín. Debe subrayarse, pues en ocasiones se ha puesto en duda, que la STS 4/2017 dice que no hace falta acreditar esa finalidad cuando se juzgan o condenan “actos de enaltecimiento o humillación”, y no sólo actos de humillación.

favorable a la punición (enaltecimiento del terrorismo)... y el poder punitivo en escasos 15 años se desborda, hasta que por efecto rebote el Tribunal Supremo vuelve a admitir que no cabe delito de enaltecimiento sin incitación intencional y e idónea a la comisión de delitos contra otras personas.

#### 4.- Y ahora qué.

Los últimos sucesos relatados parecen haber disparado una cierta rectificación de las posiciones de Fiscalías y órganos jurisdiccionales. Pero hay más factores que tomar en consideración.

Aunque no ha pasado suficiente tiempo para evaluar las consecuencias de la muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de la quema de fotos del Rey (Caso Stern Taulats et Roura Capellera contra España, STEDH 13.3.2018), recaída hace un par de meses, sí cabe apreciar indicios de cierto efecto de advertencia sobre el indebido nivel de la represión penal de expresiones políticas al que nos hemos acostumbrado en los últimos cuatro años. Es interesante leer bajo esta clave la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional (Sec. IV) 4/2018, de 4 de mayo, que revocó la inverosímil condena del Juzgado Central de lo Penal de 21.12.17 por la pitada al himno en la final de la Copa del Rey).

Asimismo, querellas contra políticos por “delito de incitación al odio” que hace un año no nos hubiese extrañado ver admitidas a trámite, hoy son rechazadas o tramitadas sólo por injurias. Poco a poco comienza a leerse con más frecuencia que el delito del art. 510 no puede confundirse con un delito de injuria u ofensa; que requiere que exista un grupo discriminado o amenazado como sujeto pasivo (donde no entran políticos, policías, fiscales, etc.) y que sólo es delito si se realiza dolosamente

como incitación a la lesión de derechos de los miembros de ese grupo.

¿Supone esto que se ha cerrado este preocupante episodio de represión indebida de la libertad de expresión? Lamentablemente no. Es cierto que se observa cierto freno a esta censurable tendencia, pero también una readaptación. Si la jurisprudencia del TC y el TEDH podrían haber puesto algún coto a esta dinámica rechazable en la expansión del juego del mal llamado “delito de odio”, lo cierto es que no ha habido una restricción similar en el delito “contra los sentimientos religiosos” (que periódicamente se intenta aplicar a la simple blasfemia o irreverencia ante lo religioso 4). Asimismo, las acusaciones más desbocadas buscan nuevas herramientas. En esta línea, advertimos con alarma el auge de un nuevo delito que aspira a recoger el protagonismo del art. 510: el peligrosísimo tipo penal de injurias a la policía (art. 504.2 CP).

Un barrunto: esta deriva difícilmente se frenará mientras la Fiscalía no archive, como ordena el art. 5 EOMF, denuncias de conductas que jamás podrían ser consideradas constitutivas de delitos de odio o contra los sentimientos religiosos. Tampoco mientras en los Juzgados de Instrucción se sigan tramitando denuncias o querellas por hechos que, aunque fuesen ciertos, jamás serían delictivos (de modo que se abran instrucciones penales para investigar hipótesis atípicas, contra lo que prescriben los arts. 269 y 313 LECrim).

**Mientras todo ello siga igual, nada impedirá que personas sin escrúpulos puedan manipular el proceso penal para intimidar a sus rivales políticos o sociales, sentándolos en el banquillo por hechos atípicos. Es urgente detener esta tendencia.**

4. Algo que no ocurría hace diez o quince años: casos como el de Javier Krahe eran tan escasísimos que conocíamos sus nombres. Por cierto: el caso Javier Krahe también terminó en absolución (ver GARCÍA RUBIO, Paz, “Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)”, en Anuario de Derecho Civil LXVII, 2014, p. 379 y ss.).



## El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código Penal: Necesidad de limitar

**Miguel Díaz y García Conlledo**

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de León

El llamado discurso del odio (Hate Speech) se toma a menudo, incluso en nuestra más alta jurisprudencia, como un límite a la libertad de expresión; así, ya la STC 235/2017, señala que “la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado ‘discurso del odio’”. Sin embargo, dista de estar clara en esa jurisprudencia la definición de en qué consiste, variando sus pronunciamientos desde aquellos en que considera que tal discurso supone una incitación directa a la violencia contra ciudadanos con ciertas características (de etnia, nacionalidad, creencia, etc., que los hacen histórica o culturalmente objeto frecuente de discriminación) o determinados grupos de ellos (en consonancia con resoluciones del TEDH) hasta los que consideran que el discurso del odio es algo distinto y de menor intensidad a la incitación a la violencia, pasando por otros que vienen a identificarlo con una incitación al menos indirecta a la violencia.

Sin embargo, creo, con la mejor doctrina, que, reconociendo que ciertas manifestaciones del discurso del odio vulneran la libertad de expresión (e incluso pueden cobrar relevancia penal), no cabe excluir del discurso público, del discurso de formación de la opinión pública y del

discurso político toda manifestación hostil a grupos étnicos, sociales, religiosos, etc.

Ello no significa, por supuesto, que haya que alentar tales manifestaciones, ni siquiera que sea precisa una neutralidad frente a ellas, sino simplemente que no todas sus manifestaciones deben prohibirse, y menos aún bajo pena. Es legítimo procurar el desaliento de ese tipo de discurso, en primer lugar y sobre todo, mediante el discurso racional. Si se quiere ver así: dado que la libertad de expresión ha de amparar parte de ese discurso, las armas de la expresión, el razonamiento y, yendo un poco más lejos, la educación, deben ser las más usadas para combatirlo. La función de la libertad de expresión en una democracia está totalmente vinculada a la solución pacífica de conflictos y la legitimidad del discurso público (y se diferencia además de la libertad general en su núcleo “ofensivo”). Pero caben seguramente también otras medidas más fuertes de disuasión, como la exclusión de subvenciones, de acceso a foros públicos, etc., que deben manejarse, eso sí, con enorme prudencia y límites, suponiendo la fijación precisa y previa de estos una gran dificultad. Y cabe también combatirlo, por ejemplo, reforzando la inclusión social de los destinatarios de tal



discurso, manifestando la distancia social respecto a quienes lo practican, no siendo socialmente tolerantes con él, ni siquiera equidistantes. Todo ello requiere precisiones que aquí no son posibles.

Pero peor aún es el salto que se produce en algunos perseguidores del discurso del odio y en parte de nuestra alta jurisprudencia al entender que la presunta incompatibilidad de este con la libertad de expresión legítima sin más la penalización de ese discurso, esto es, la intervención penal para combatirlo, ignorando en buena medida los principios limitadores del ius puniendi y generalizando los llamados delitos de odio. Probablemente el ejemplo más claro de ese brusco salto lo ofrezca la por diversas razones criticable STC 177/2015, en el caso de la quema de fotos del Rey (salvando algunos de los votos particulares a ella).

Y, sin embargo, de entrada resulta paradójico hablar de delitos de odio, pues en ningún precepto del CP español (ni de otros) encontramos esa denominación ni, desde luego, el castigo del odio, lo cual sería totalmente contradictorio con los principios limitadores anteriormente mencionados, pues el odio es un sentimiento y el Derecho penal ni protege ni penaliza meros sentimiento. Y, si odiar no es delito, ¿por qué razón ha de serlo incitar al odio? Se suele apelar a que se trata de “delitos de clima”, porque generan ese clima hostil a grupos o individuos pertenecientes a ellos que puede desembocar en ataques y daños a estos. Es decir, delitos de peligro abstracto (si llegan a ello, que seguramente ni eso), de cuya legitimidad y eficacia preventiva cabe dudar. La jurisprudencia estadounidense, por obra del juez Holmes, pasó ya en 1919 de legitimar el castigo de la “mala tendencia”, a la exigencia de “peligro claro e inminente” para legitimar la intervención penal, existiendo a partir de ahí opiniones aún más restrictivas, como las que exigen incitación directa. Aunque no existe una coincidencia exacta con la citada exigencia, esta debería llevarnos al menos en nuestro ámbito jurídico a la esfera de los delitos de peligro concreto, de los que está alejada nuestra legislación.

Aunque no es el único precepto en que se contienen delitos encuadrables en la denominación citada, es paradigmático el del art. 510 CP (y ahora su correspondiente del art. 510 bis CP), que castiga, en su descripción más básica (la de su número 1.a) a “Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad” y conductas afines a esta, muy ampliadas, por cierto, en la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo.

Ya en su redacción anterior a la citada reforma, el tipo planteaba grandes dudas y requería una interpretación restrictiva. Así, entre otros, yo mismo, aunque no resultaba fácil, intenté reconducir la

“el odio es un sentimiento y el Derecho penal ni protege ni penaliza meros sentimiento. Y, si odiar no es delito, ¿por qué razón ha de serlo incitar al odio?”

conducta básica, que entonces rezaba “Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas ...”, a las características de la provocación (incluida la apología) del art. 18 CP, aunque fuera por analogía, lo que, entre otras cosas, suponía la exigencia de incitación directa, saliendo al paso así de interpretaciones ampliatorias de la tipicidad. La reforma de 2015 ha hecho imposible esta restricción, al ampliar los verbos típicos y, además, señalar expresamente que la provocación puede ser “directa” o “indirecta”, todo lo cual parece apuntar a que se abarca toda conducta creadora del clima “hostil” antes mencionado. Sin embargo, ello resulta inaceptable y, en línea con lo mantenido por parte de la jurisprudencia constitucional (y europea), si bien no cabe exigir ya incitación directa, sí idoneidad inductora, de manera que no baste con la mera creación de un “clima”. Con todo, la inclusión del carácter indirecto de la incitación es perturbador, pues obliga a ponderaciones poco deseables en un tipo penal, por inseguras.

Al igual que anteriormente, creo que debe exigirse que la discriminación y la violencia a que se refiere el precepto sean constitutivas de hechos ilícitos, y, si bien el odio o la hostilidad no pueden serlo, respecto de estos, que se trate de conductas con componente instigador agresivo capaces de crear un riesgo (como mínimo abstracto, aunque sería deseable algo más) de discriminación o violencia ilícitas.

Si bien la nueva redacción acaba con la discusión anterior de si la conducta podría recaer no sobre los grupos en sí, sino sobre individuos en razón de su pertenencia a ellos, pues ahora es claro que sí, y aunque algunos de los “motivos” que menciona el precepto siguen planteando dudas interpretativas, nada de ello debería permitir ir tan lejos como para, por ejemplo, considerar que la quema de fotos del Rey resulta delictiva por suponer una incitación al odio a la

Monarquía (como se desprende de la STC 177/2015, si bien el recurso de amparo no es frente a una condena por el delito que no ocupa sino por el de injurias al Rey del art. 490.3 CP que apreció la correspondiente sentencia de la Audiencia Nacional; conocida es la condena final a España por STEDH 13-03-2018, *Affaire Stern Taulats et Roura Capellera c. Espagne*). Una interpretación así excede por todas partes hasta las más amplias concepciones del discurso y los delitos de odio (¿qué grupo discriminado constituye la Monarquía?) y, al extenderse, pondría en peligro toda capacidad de crítica y debate sobre las instituciones públicas, debilitando la democracia (bien es verdad que lo ideal es que no existieran en el CP tipos que permitieran encajar esas conductas, sean o no discurso del odio; y, en general, sería deseable una reforma –en algunos casos, derogación– de los tipos penales relacionados con los “delitos de odio” que los redujera enormemente y los hiciera compatibles con los principios y garantías penales, si bien no soy nada optimista en ese sentido).

Baste mencionar, dado el limitado espacio de que se dispone aquí, que no siempre es fácil llegar a interpretaciones restrictivas en el precepto. Así, por ejemplo, si en el caso de la letra b del nº 1 del art. 510 (y similarmente en la c y en otros números de él) se exige, como parece aconsejable, capacidad incitadora de la conducta, aunque aparentemente se estaría ampliando la punición a actos preparatorios de los de la letra a (lo que ya supone una distancia respecto de la lesión de bienes jurídicos difícilmente soportable), en realidad no se entiende en qué se diferencia de las conductas de la letra a (que incluyen las de fomento o promoción), salvo que se quiera claudicar aceptando la censura absoluta y bajo pena de determinados escritos, lo que parece inadmisibles si se toma en serio la libertad de expresión (y su ya mencionado amparo de una parte del “discurso del odio”). Tampoco se entiende bien qué añade a la provocación



La función de la libertad de expresión en una democracia está totalmente vinculada a la solución pacífica de conflictos y la legitimidad del discurso público

indirecta el castigo del negacionismo (y similares) provocador de clima (de nuevo: ¿fundamenta ello siquiera peligro abstracto?) de violencia, etc. de la letra c del art. 510.1 CP, más allá tal vez de dejar clara su diferencia con el anterior delito del art. 607.2 CP de negacionismo del genocidio, declarado inconstitucional por contrario a la libertad de expresión y científica por STC 235/2007. Y dudas plantean igualmente, en relación con la libertad de expresión, los tipos atenuados del nº 2 del precepto que nos ocupan, en cuanto que, si poseen un componente de incitación, siquiera indirecta, a la violencia, etc., ya encajarían en los tipos básicos del nº 1 (dejando de lado la posible afectación del honor de personas). Por no hablar de la diferente gravedad aparente de conductas que se conminan con una misma pena, problema que creo debe corregirse exigiendo de todas ellas una lesividad equivalente a la necesaria para la más grave, o de los términos muy vagos con que se definen conductas típicas (en este y en otros delitos “de odio”), con difícil compatibilidad con el mandato de determinación derivado del principio de legalidad.

Y, para terminar y a modo de nuevo ejemplo, resulta difícil concebir la razón de la inclusión de estos delitos entre los susceptibles de generar la llamada responsabilidad penal de personas jurídicas (en general, discutible ya en mi opinión) a través del art. 510 bis CP, introducido en 2015, al parecer en cumplimiento de compromisos europeos. Al margen de lo sorprendente de que literalmente se refiera también al delito del art. 509 (un error en la tramitación parlamentaria) y de algún otro de sus extremos, puesto que, conforme al art. 31 bis.1 los delitos deben cometerse en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto, sin excluir del todo otras posibilidades (tal vez partidos políticos), el precepto evoca nuevamente la censura de negocios (editoriales, librerías) que comercialicen artículos relacionados con el discurso del odio. También aquí la interpretación restrictiva se hace necesaria, pero difícil.





## ¿Es constitucional el delito de ofensas a España, sus Comunidades Autónomas, sus símbolos o emblemas?

Miguel Ángel Presno Linera  
Profesor Titular de Derecho Constitucional  
de la Universidad de Oviedo

El artículo 543 del Código Penal dispone: “las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”. Se trata del único artículo del Capítulo VI (De los ultrajes a España) del Título XXI (Delitos contra la Constitución) del Libro II (Delitos y sus penas).

Como es conocido, la Norma Fundamental nada dice del himno nacional pero ha elevado a rango constitucional la definición de la bandera; el artículo 4.1 dispone que “La bandera de España está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas”. También prevé (art. 4.2) que “Los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas...” En esta línea, encontramos un precedente en la Constitución de 1931, cuyo artículo 1.4 establecía: “La bandera de la República española es roja, amarilla y morada”. También se describen las respectivas banderas nacionales en el artículo 12 de la Constitución italiana, en el artículo 22 de la Ley Fundamental de Bonn o en el artículo 2 de la Constitución francesa, que, además, proclama que el himno nacional es la

“Marsellesa” y el lema de la República “Libertad, Igualdad, Fraternidad”.

Pues bien, con arreglo al tipo delictivo previsto en el artículo 543 podrían castigarse expresiones orales o escritas que consistan en algún tipo de desprecio o injuria y también ciertos comportamientos expresivos, como la quema de una bandera de España o de las banderas de las Comunidades Autónomas, los pitos al himno nacional o a los himnos autonómicos...

Podemos encontrar precedentes del castigo de estas conductas en la Ley de 23 de marzo de 1906, de represión de los delitos contra la Patria y el ejército, cuyo artículo 2 disponía:

“Los que de palabra, por escrito, por medio de la imprenta, grabado, estampas, alegorías, caricaturas, signos, gritos o alusiones, ultrajaren a la Nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación serán castigados con la pena de prisión correccional. En la misma pena incurrirán los que cometan iguales delitos contra las regiones, provincias, ciudades y pueblos de España y sus banderas o escudos”.

Posteriormente, el Código Penal de 1944, vigente con reformas hasta la entrada en vigor del Código de 1995, incluía esas conductas dentro del Capítulo de los “delitos de traición”:

“Los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor, y si tuvieran lugar con publicidad, con la de prisión mayor” (artículo 123).

La represión penal de estas conductas nos parece dudosamente constitucional en un Estado democrático si, como ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) partiendo de una jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, y que ha sido acogida por el Tribunal Constitucional español, la libertad de expresión protege también las manifestaciones que “chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una “sociedad democrática” (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976).

El propio TEDH, en el caso *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia* (sentencia de 2 de febrero de 2010), admitió que la quema de banderas “era una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público”.

Y, como es sabido, esta interpretación amplia del alcance de la libertad de expresión la aplicó el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el famoso asunto *Texas v. Johnson*, de 21 de junio de 1989. Ese Tribunal, con ponencia del juez Brennan, recordó el carácter expresivo no solo de las palabras sino de ciertas conductas: llevar brazaletes negros contra la guerra de Vietnam, una sentada de personas negras en una zona reservada a blancos, usar de forma satírica uniformes militares para protestar contra la guerra, negarse a saludar la bandera,... todas ellas conductas protegidas por la Primera Enmienda,...

Insiste el Tribunal, por si no fuera conocido, en el enorme valor que tiene la bandera en un país como Estados Unidos:

*“simboliza esta nación tanto como las letras que componen la palabra América... si hay una idea o principio fundamental que cimienta la Primera Enmienda es que el Gobierno no puede válidamente prohibir la expresión o difusión de una idea sólo porque la sociedad la considera ofensiva desagradable... Ni siquiera cuando la bandera nacional estaba en cuestión hemos admitido excepciones a este principio... La interpretación que el Estado de Texas da a la conducta del señor Johnson no tiene en cuenta lo esencial de nuestra jurisprudencia: el Gobierno no puede prohibir válidamente a una persona ejercer su derecho a la libre expresión únicamente porque no está de acuerdo con su contenido y ello no depende de la manera concreta que se ha elegido para manifestar o transmitir el mensaje”.*

Ante esta resolución judicial, el Congreso tramitó y aprobó una Ley federal, la Flag Protection Act, de 1989, pero el Tribunal Supremo, y por las mismas razones que en el caso anterior, la declaró inconstitucional, con la misma mayoría, en el asunto *United States v. Eichman*, de 11 de junio de 1990.

Creemos que esa doctrina norteamericana es perfectamente extrapolable al derecho constitucional español y, en consecuencia, que no cabe criminalizar expresiones ni actos expresivos como las que nos ocupan. Y, por si hicieran falta más argumentos, España ha sido condenada recientemente en Estrasburgo – asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 18 de marzo de 2018- por criminalizar la quema de una foto del anterior rey, algo que para el TEDH es “un acto simbólico que expresa un rechazo radical a la institución y hacerlo de aquella manera persigue atraer la atención de los medios de comunicación; esta dosis de provocación está, sin duda, amparada por la libertad de expresión”. Y esa misma dosis de provocación, protegida por la libertad de expresión, es la que está presente cuando se pretende ofender ultrajando símbolos como las banderas o los himnos.





# Los jueces son una mínima parte del problema

**José Miguel Contreras**  
Catedrático de comunicación audiovisual y publicidad.

Ya con muchos años a la espalda, he podido hacer de todo en el mundo de los medios de comunicación. Soy periodista y comentarista político. He sido creador y responsable editorial de multitud de programas televisivos relacionados con el humor y la información, siempre con fuerte carga de opinión, como el último de ellos, El Intermedio. He ocupado altas responsabilidades como ejecutivo en diferentes cadenas. Una de las más recientes, como consejero delegado y creador de La Sexta. Además, me he dedicado durante más de tres décadas a la formación universitaria de profesionales de la comunicación de masas. Creo acumular experiencia suficiente como para tener un juicio formado respecto al asunto que nos ocupa, el estado de salud de la libertad de expresión en la España de nuestros días. Resulta evidente que hemos vivido en los últimos tiempos una serie de casos que han abierto un justificado debate. A la vista de algunos de esos sucesos, vinculados en su mayoría a decisiones judiciales discutibles, parece razonable exponer una seria preocupación por lo que representan. Pero el problema es mucho más complejo que esta reciente casuística.

La primera dificultad con que nos encontramos a la hora de abordar la cuestión tiene que ver con la heterogénea actividad de grupos empeñados en intentar controlar y limitar la libertad de expresión. De forma cotidiana solemos prestar especial atención al intervencionismo planteado con los grupos políticos y religiosos que suelen mostrar casi a diario sus quejas sobre las opiniones críticas que se vierten sobre sus actuaciones. De forma habitual, estas situaciones acaban por dirimirse en los juzgados con suerte muy diversa. El desconcierto surge ante las distintas interpretaciones que algunos magistrados sostienen. Da la impresión de que hay un problema. O las leyes son poco concretas o algunos jueces se permiten llevar hasta grados extremos sus valoraciones personales.

El único aspecto positivo que se puede derivar de este difuso espacio de las decisiones tomadas en algunos tribunales es que suelen ir acompañadas de una extendida polémica. Es habitual que cada sentencia que pone en duda el ejercicio de la libertad de expresión provoque de inmediato una ola de protestas que

convierten las resoluciones judiciales en materia para el debate público. Aquí participan juristas, periodistas, políticos o cualquier ciudadano que se sienta concernido por lo acaecido. Estas abiertas polémicas pueden deambular por todo tipo de caminos, pero al final sirven como escenario de una discusión que puede ayudar a aplicar cierto sentido común que ayude a dirigirse a un desenlace aceptado de forma generalizada por la sociedad. Para eso también sirven los medios de comunicación. Al final, un sistema garantista como el que disfrutamos puede dar opciones suficientes como para rectificar posibles errores puntuales. Además, la política puede también tomar alguna iniciativa ad hoc que permita actualizar alguna legislación obsoleta o incoherente.

El poder legislativo suele ser muy sensible a los estados de opinión. No en vano, su situación viene determinada de forma directa por el voto de los ciudadanos. Por este motivo, es norma común que las mayorías parlamentarias y las actuaciones de los gobiernos acaben dirigiéndose hacia donde la opinión pública acaba marcando. Los cambios legislativos terminan siendo consecuencia directa en muchas ocasiones del grado de presión social que se ejerza. A lo largo de la democracia es fácilmente apreciable cómo las etapas en las que se han producido mayor número de casos que afectan a las libertades públicas coinciden con mayorías parlamentarias conservadoras.

Hay ocasiones en las que el impulso represor no proviene del ámbito judicial. Es común encontrar autoridades políticas que toman directamente decisiones represoras dentro de su campo de responsabilidad. En estos últimos meses, hemos vivido algunas anécdotas llamativas, como la sorprendente medida tomada por los responsables de la feria de arte moderno ARCO, previa consulta a los responsables del gobierno de la comunidad, para prohibir la exhibición de una colección que criticaba la encarcelación de los líderes del independentismo catalán. La reaccionaria medida de censura se volvió contra sus

promotores puesto que convirtieron la obra del artista Santiago Sierra en todo un fenómeno mediático. Una exposición montada en busca de un mensaje de provocación y polémica no pudo contar con mayor promoción por parte de quienes pretendían evitar su difusión. Marcel Duchamp, inspirador del dadaísmo, decía que “los detractores del arte son los que más contribuyen a la creación. Cuanto más violentas sean sus reacciones, mayor éxito para la obra”. No cabe ejemplo más evidente. La parte positiva de la actuación de estos torpes gestores políticos es que gracias a sus brillantes apariciones pueden ser identificados públicamente y, al menos, queda el consuelo de que saldrán marcados durante unos años por su incompetencia.

Hay otras importantes actuaciones contra la libertad de expresión que pueden resultar más perniciosas que las citadas. Me refiero a aquellos actos de represión o censura que no llegan a ser conocidos por los ciudadanos. Se producen a diario. Tienen que ver con la presión ejercida contra los profesionales de la información derivadas de la conveniencia de la política, de los propietarios de los medios o de los anunciantes que los mantienen. Entramos en un mundo arcano, lleno de recovecos, donde las actuaciones no son nunca revelables aunque no por ello dejan de ser contundentes. No cabe generalizar y ahí radica la dificultad para su detección y para combatirla. La precariedad laboral y la crisis generalizada del sector contribuyen a debilitar aún más la posición de los periodistas. En este caso, la capacidad de resistencia es muy compleja. Las asociaciones profesionales carecen de capacidad ejecutiva alguna y la confraternidad del sector no es lo suficientemente sólida como para resistir los embates constantes.

La libertad de expresión guarda relación directa con la capacidad financiera para



soportar las presiones cotidianas. Los medios con mayor solidez económica son los que cuentan con mayor capacidad para enfrentarse a quienes quieren controlar su actividad. No es bueno para la democracia contar con grupos de comunicación con una endeble situación financiera. Suelen ser los más fáciles de condicionar. No hace falta dar ejemplos de nuestra realidad española. En estos últimos tiempos, la profusión de medios digitales que subsisten en la red contiene luces y sombras. El universo digital permite la existencia de meritorios medios independientes difíciles de doblegar por parte de los poderes tradicionales. A la vez, el problema es que se extienden páginas y páginas de oscuro origen plagadas de intoxicación y aviesas intenciones.

La llegada de Trump a la Casa Blanca ha venido acompañada de una nueva forma de entender la relación entre el poder político y los medios de comunicación. El presidente norteamericano se ha convertido en un azote para la ya deteriorada credibilidad de la prensa. Los medios tradicionales alcanzan los más bajos niveles de confianza jamás conseguidos en toda su historia. Trump ha abierto una batalla contra todos aquellos que opinen en dirección contraria a su visión de la realidad. De hecho, ha inventado las “realidades alternativas” que sustituyen al sentido común y a la verificación de los hechos. Por el contrario, toda una factoría de fake news inunda cada día la atmósfera informativa impidiendo a muchos ciudadanos llegar a entender lo que realmente ocurre. El mundo de la tecnología que ya domina la sociedad actual es una amenaza mucho mayor que una posible sentencia judicial que puede ser revocada mediante recurso dentro de una democracia garantista como la nuestra. Resulta sorprendente el escaso protagonismo que este fenómeno tiene en el debate público actual en nuestro país. Empiezan a tenerse datos fehacientes sobre la existencia creciente de nuevas formas de comunicación que sólo redundan en pérdida de las mínimas garantías de acceso a una información veraz y contrastada. Las redes sociales se

han convertido en el nuevo territorio de la convivencia de los ciudadanos con su entorno y el sistema está plagado de endemoniadas complicaciones. Nunca como ahora un ciudadano ha tenido mayor acceso a la información. Nunca como ahora los ciudadanos estamos más contaminados con deformaciones de la verdad sin posibilidad práctica de defendernos.

El propio sistema, aparentemente diseñado como una herramienta personalizada a cada uno de nosotros, deriva en una visión parcelada, deformada e irreal del mundo que nos rodea. Empiezan a extenderse voces críticas que intentan poner en aviso de lo que ya es mucho más que una amenaza. Me permito recomendar la lectura de un texto que ha tenido gran difusión meses atrás entre los sectores progresistas relacionados con la comunicación en Estados Unidos. Su autor es Eli Parisier. Se titula en inglés *The Filter Bubble* (La burbuja de filtros), aunque erróneamente se ha traducido en España como *El Filtro Burbuja*, que no significa lo mismo. En el libro, de ágil lectura, se explica cómo la sobreabundancia de información personalizada deriva en el aislamiento social de los ciudadanos. Con ello, se abre un fácil camino para un uso nocivo de vías diversas que facilitan la subsistencia de todo tipo de realidades paralelas y de territorios desconocidos. No hay mayor peligro para la existencia de un sistema de libre información que el poder que supone la capacidad de control global de las grandes tecnológicas como Facebook o Google. Para muchos, lejos de reconocer la amenaza que suponen, consideran estos centros de poder omnímodo como símbolos de modernidad y vanguardia. Las actuaciones erróneas que puedan ejercer algunos magistrados en España son la mínima parte del problema que tiene la libertad de expresión en la configuración de los sistemas democráticos a corto plazo. Tienen solución y deben aplicarse las correcciones necesarias para mejorar el funcionamiento de la justicia. A largo plazo, ya ni hablamos.



# Genealogía de la represión

María Eugenia R. Palop

Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la UC3M

Artículo publicado en [eldiario.es](http://eldiario.es)



6/02/2016. Prisión provisional sin fianza para los titiriteros Alfonso Lázaro de la Fuente y Raúl García Pérez, por ensalzar a ETA. Causa posteriormente cerrada por la Audiencia Nacional.

19/01/2017. César Strawberry, cantante de Def Con Dos, condenado a un año de cárcel y seis de inhabilitación por enaltecimiento del terrorismo, vejación a las víctimas del terrorismo e injurias a la corona por unos tuits.

29/03/2017. Cassandra Vera, condenada por la Audiencia Nacional a un año de prisión y siete de inhabilitación absoluta por humillación a las víctimas del terrorismo. Posteriormente absuelta por el Tribunal Supremo, aunque estigmatizada y masacrada socialmente. Un caso parecido fue el del tuitero Arkaitz Terrón, absuelto por unos tuits y condenado por otros.

12/09/2017. Un juzgado suspende el acto a favor del derecho a decidir y el referéndum catalán que iba a celebrarse en un local cedido por el Ayuntamiento de Madrid.

22/09/2017. Se prohíbe cautelarmente una charla sobre “el derecho a decidir” en Zaragoza. El mismo mes de septiembre, la

judicialización preventiva de discrepancias políticas se da también en Vitoria (País Vasco), donde los tribunales prohibieron dos reuniones públicas de apoyo al referéndum. Y el ayuntamiento de Castelldefels (Cataluña), se une a estas iniciativas prohibiendo con carácter general el uso de espacios públicos para celebrar reuniones a favor o en contra del referéndum.

4/12/2017. La Insurgencia, doce raperos condenados a dos años y un día de cárcel por enaltecimiento de los Grapo, una multa de 4.800 euros y nueve años de inhabilitación absoluta. En la misma operación fue detenido Nyto Rukeli, de 23 años. El fiscal lo acusó de enaltecimiento del terrorismo por las letras de sus canciones. Antes, en 2013, Alex García, cineasta de 23 años, fue acusado de enaltecimiento del terrorismo por su largometraje: “Represión: un arma de doble filo”, exponiéndose a una condena de dos años y un día de prisión, más nueve años de inhabilitación y una multa de 4.800 euros. También ha sido condenado a un año y seis meses de prisión Boro, periodista, por enaltecimiento de ETA en sus mensajes en Facebook.

20/02/2018. El Tribunal Supremo confirma la sentencia que la Audiencia Nacional impuso a Valtonic. Tres años y medio de prisión por enaltecimiento del terrorismo, injurias a la corona y amenazas a Jorge Campos, presidente de la asociación Círculo Balear. Hoy tiene que acreditar la suspensión de la condena por el Tribunal Constitucional o ingresar en prisión.

21/02/2018. Un juzgado acuerda el secuestro cautelar del libro Fariña, obra en la que el periodista Nacho Carretero profundiza en la historia del narcotráfico gallego.

22/02/2018. Ifema retira de Arco la obra de Santiago Sierra que define como “presos políticos” a Junqueras y a los Jordis.

2/03/2018. Pablo Hásel, condenado a dos años y un día de prisión por enaltecimiento del terrorismo (con agravante de reincidencia) y una multa de 24.300 euros por injurias a la corona y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

15/03/2018. La revista Mongolia deberá pagar 40.000 euros a José Ortega Cano por una caricatura que vulnera su derecho al honor y a la propia imagen. También la revista El Jueves está sometida a investigación por bromear con la actuación policial el pasado 1 de octubre en Cataluña. Jordi Pesarrodon, concejal de Sant Joan de Vilatorrada, fue imputado por un delito de odio y otro de resistencia grave, por aparecer con una nariz de payaso junto a un agente de la Guardia Civil durante los registros de la sede de la conselleria d'Economia de la Generalitat. Y, aunque fue archivada, también se abrió una causa contra la Drag Sethlas por vestirse de Virgen a ritmo de Madonna y Lady Gaga en el carnaval canario. Un juzgado investiga también a Willy Toledo por insultar a Dios y a la Virgen María en Facebook. Toledo criticaba la apertura de juicio oral contra tres mujeres por la procesión del coño insumiso en Sevilla. Un delito contra los sentimientos religiosos. También fue investigado por esta causa el concejal de cultura de A Coruña, José Manuel Sande, por un cartel de Carnaval obra del dibujante Alberto Guitián,

y fue condenado un joven en Jaén por publicar en Instagram un montaje de un Cristo y su rostro.

9/04/2018. El PP pide cancelar una obra de Alberto San Juan en un pueblo de Granada por su ideología radical y sectaria. Según el portavoz del grupo municipal se trata de un autor que ha ofendido gravemente a las víctimas del terrorismo, a la Iglesia, al estamento judicial o a la policía. Algo parecido le sucedió a la compañía de teatro Proyecto 43-2 en Huelva, cuando quisieron representar su espectáculo sobre la vía Nanclares.

16/04/2018. Rommy Arce, concejala del Ayuntamiento de Madrid, es imputada por un presunto delito de injurias y calumnias por sus tuits contra la policía municipal tras los recientes incidentes de Lavapiés en los que murió un senegalés de 38 años. Se pide también la imputación de Malick Gueye, portavoz del sindicato de manteros y lateros, y se imputa por los mismos delitos a varios autores identificados solo por sus cuentas de Twitter y Facebook. Se había solicitado también la imputación de Monedero, el Partido Comunista de Madrid e Izquierda Unida, finalmente desestimada.

Hace un par de días se abrió el juicio de Alsasua contra tres jóvenes (Adur Martínez de Alda, Oihan Arnanz y Jokin Unamuno) por agredir en un bar a una pareja de la guardia civil en octubre de 2016 y romperle el tobillo a uno de ellos. Los hechos fueron calificados como delitos de terrorismo, de manera que se les piden condenas que acumulan un total de 375 años de cárcel y que podrían conllevar para cada uno de ellos penas de hasta 50 años (25 de cumplimiento efectivo). La Fiscalía pide, además, 12 años y seis meses de prisión por un cargo de amenazas terroristas que se limita a una frase: “esto es lo que vais a tener cada vez que bajéis”. Estos jóvenes llevan un año y medio en prisión preventiva bajo el excepcional régimen de FIES, aplicado habitualmente contra los acusados por delitos de terrorismo, y a 400 kms de sus hogares. Hay cinco jóvenes más en libertad condicional y a la espera de este juicio.



El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo señala claramente que los actos de terrorismo han de tener la intencionalidad de causar muerte, heridos graves o tomar rehenes; propósito de atemorizar o intimidar a la población, u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo; y debe ajustarse a la definición contenida en convenios y protocolos internacionales.

Gracias a la trilogía de la represión que constituyen el código penal vigente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Mordaza, la libertad de expresión está sufriendo en este país, una regresión de tintes claramente autoritarios. Regresión orquestada desde el Gobierno y ejecutada por la Fiscalía, los jueces y magistrados de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

El art. 578 tipifica el enaltecimiento del terrorismo, que se ha aplicado, fundamentalmente, una vez que ETA ha cesado su actividad criminal. 76 personas han sido detenidas entre 2014 y 2015 en la "Operación Araña", por tuitear, presuntamente, incitando a la comisión de delitos terroristas; una banalización azuzada por las algunas asociaciones de víctimas, como COVITE o la AVT, y claramente resistida y criticada por Amnistía Internacional y Jueces/Juezas por la Democracia. El Código Penal, además, tipifica en su art. 525 el delito de escarnio público o vejación pública de los representantes de las confesiones religiosas; en los arts. 490.3 y 491, el delito de injurias a la corona, frente a la que no cabe defensa alguna; en el art. 543, el delito de ultraje contra la patria, con el que se puede imputar a cualquiera que pite el himno nacional; y en el art. 504, las injurias al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Supremo, a los demás tribunales de justicia, y a los Ejércitos, Clases y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Gracias a la Ley Mordaza, solo en 18 meses, el Estado ha recaudado 131 millones de euros. Las multas se han impuesto por "desobediencia o resistencia a la autoridad", "la negativa a identificarse" o "la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación". Las "faltas de respeto y consideración" a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son el primer motivo de sanción. Casi 30 personas son multadas a diario por esta causa y, como no se han cansado de repetir Amnistía Internacional y Reporteros Sin Fronteras, buena parte de estas multas han recaído sobre los y las profesionales de los medios de comunicación, a los que se intenta amordazar a base de censuras y autocensuras. Tal es el caso de Mercè Alcocer (Catalunya Radio), Axier López (Argia), Esther Yáñez (Diario Vice), Antonio Ruiz (fotoperiodista El País), José Manuel de la Linde y Antonio Cattoni (Canal Sur Radio) o Cristina Fallarás.

Hasta aquí puedo leer. Juzguen ustedes mismos.