1er Encuentro de Jóvenes Investigadores
de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política:
Neoconstitucionalismo en tiempos de postdemocracia
Universitat de València, 25 de abril 2012

La limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión en el discurso de odio: ¿Derecho penal del Enemigo (G. JAKOBS)? o ¿Derecho penal mínimo (L. FERRAJOLI)?

Andrés Gascón i Cuenca

Institut de Drets Humans Universitat de València

Resumen:

La tipificación de conductas en las que, mediante el ejercicio derecho fundamental a la libertad de expresión, se realizan discursos provocadores al odio, es discutida por la doctrina. Parte de ésta la ha identificado con la teoría del Derecho penal del enemigo de GÜNTER JAKOBS. Teoría esta, que a su vez ha sido muy discutida por LUIGI FERRAJOLI y su proyecto de Derecho penal mínimo. En esta comunicación, se plantea un modelo de protección ante el discurso del odio, para posteriormente, estudiar las características de los modelos propuestos por los autores de referencia, con el objetivo de conocer si tendría cabida en éstos la protección sugerida.

Palabras Clave:

Ferrajoli-Jakobs-derecho-penal-mínimo-enemigo

Abstract:

The definition as a crime for conducts arising from hate speeches which are given by exercising the fundamental right to freedom of expression, are widely discussed by commentators. Some of them have identified it with the GÜNTER JAKOBS' theory of Criminal Law of the Enemy. This theory has been much discussed by LUIGI FERRAJOLI and his Minimum Criminal Law project. In this paper, I develop a model of protection from hate speech, studying the characteristics of the proposed models by the referenced authors, with the purpose of finding out if those models would hold the suggested protection.

Ferrajoli-Jakobs-Law-criminal-minimum-enemy

1.- Introducción.

El objetivo de este artículo es presentar la problemática existente acerca de las limitaciones contempladas en los ordenamientos jurídicos[1], que acotan el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, cuando ésta es utilizada en discursos de *odio*.

Una parte de la doctrina española ha identificado la protección que se ofrece a las víctimas de delitos de discursos de odio con la teoría del *Derecho penal del enemigo* defendida por GÜNTER JAKOBS. Este autor sostiene la diferenciación de dos derechos penales en un mismo ordenamiento jurídico, el derecho penal del ciudadano y el *Derecho penal del enemigo*[2].

Frente a esta escisión del Derecho penal planteada por JAKOBS, encontramos la posición de LUIGI FERRAJOLI y su programa de un *derecho penal mínimo,*[3] En el que plantea toda una serie de garantías penales que deben informar todo el proceso.[4] Es por esto que se ha elegido confrontar ambas posiciones respecto de la protección ante discursos apologéticos del odio puesto que JAKOBS defiende que ante determinados actos perpetrados por los *enemigos*, las garantías del proceso penal son diferentes frente a las garantías que deben regir en el proceso ante los ciudadanos.[5]

Frente a la posición de FERRAJOLI que une su proyecto de Derecho penal mínimo con un Sistema de Garantías (SG) que lo justifican externamente y legitiman

---

[1] La mayoría de ordenamientos jurídicos europeos contemplan la limitación de la libertad de expresión en diversos supuestos. Así podemos encontrar: los artículos 510 (y siguientes) o el 607 del Código Penal español, la Ley Gayssot de 13 de julio de 1990 de la República Francesa, o el artículo 130 del StGB de la República Alemana que castiga delitos de *instigación al pueblo* (*Volksverhetzung*).

[2] En este sentido: Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal del Enemigo.* Navarra: Aranzadi, 2006 (2ªEd.) Pág. 55.

[3] Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo,* Madrid: Trotta, 2010 (2ª Ed.), Pág. 193.

[4] Garantías tanto penales sustanciales, procesales y orgánicas. En este sentido Ferrajoli, Luigi. *Democracia y* ..., Pág. 193 y ss.

[5] Jakobs alega que: "*el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico"*. Por lo tanto, ante aquellas persona que intentan destruir el ordenamiento jurídico, deben de ser tratadas de forma distinta. Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal…,* Pág. 47.

internamente, que puede ser generalizado como filosofía política y teoría crítica del Estado constitucional de derecho[6].

Mi intención es, en primer lugar, definir aquello que a mi juicio debería ser entendido como delito de discurso de odio, para posteriormente conocer ambas posiciones doctrinales, tanto la de JAKOBS como la de FERRAJOLI, y a continuación establecer en la conclusión si la protección sugerida podría suscribirse dentro de alguno de los modelos descritos.

2.- Supuestos penales de discurso de odio.

En primer lugar creo necesario matizar, qué supuestos de utilización del discurso de odio deberían ser perseguidos por el Derecho penal y cuáles deberían pertenecer al *mercado de las ideas.*[7] La penalización del uso del lenguaje de odio no pretende, por ejemplo, que se persiga a dos personas que conversan en el metro sobre lo mal que les parece las parejas interétnicas, sino que pretende perseguir aquellos discursos que están concebidos y tienen como finalidad un ataque a una persona o a un grupo por el mero hecho pertenecer a éste.

Por ello, aquí se sugiere que se debe identificar como discurso de odio aquel mensaje que:[8]

1) Individualiza a un individuo o a un grupo en razón de alguna de sus características.

2) Comunica inferioridad racial. En este sentido, el lenguaje del odio estigmatiza a aquellas personas a las que se dirige adscribiéndoles unas cualidades que son vistas como altamente indeseables, que normalmente son presentadas como inherentes y no eliminables al grupo y que por lo tanto se perpetuarán con él.

3) Se dirige en contra de un grupo oprimido históricamente. Por lo tanto, deberemos considerar como lenguaje de odio aquel que es utilizado en contra de una minoría social, puesto que esta opresión histórica ha supuesto el surgimiento de unos estigmas en contra de éstos, que son utilizados para apartarlos de la normal integración en la sociedad, circunstancia que no sucede a la inversa. Aquí el lenguaje

---

[6] Ferrajoli, Luigi. *Democracia y…*, Pág. 193.

[7] *Marketplace of ideas*. Concepto utilizado por la Corte Suprema Americana. Ver entre otras Abrams contra Estados Unidos (250 U.S. 616, 630) sentencia de 1919.

[8] En este sentido: Parekh, Bhikhu. "Hate Speech. Is there any case for banning?", *Public Policy Research*, Institute for Public Policy Research, 2005-2006, Pág. 214 y ss.; Matsuda, Mari J. "Public Response to Racial Speech: Considering the Victim's Story", *Mich. L. Rev*., Universidad de Michigan, 1988-1989, Págs. 2356 y ss.

refuerza particularmente los mecanismos de subordinación, colaborando con las relaciones verticales históricas entre etnias.

4) Es generador de odio, degradante o intenta acosar. En ese sentido, el lenguaje del odio situaría al grupo perseguido fuera de las normales relaciones que mantiene la sociedad. Deberíamos identificarlo como aquel capaz de generar desconfianza al afirmar que estos grupos no pueden observar las reglas de gobierno de la sociedad, que proceden de otros lugares y que por esto no pueden mostrar lealtad a las instituciones sociales autóctonas y sus prácticas, que deberían ser, en general, vistos como personas hostiles cuya presencia no se debería aceptar.

La diferencia más importante que se establece entre el listado propuesto y la legislación que en materia de discurso de odio encontramos en el Código penal español es, a mi juicio, que no es necesaria la *provocación* establecida en el artículo 510 CP para que se cometa un delito de discurso de odio. Como desarrollaré en apartados posteriores, el lenguaje utilizado en este tipo de discursos es, por sí mismo, capaz de generar daño y afectar a la dignidad personal e integridad moral de aquellas personas que son objetivo de éstos. Por lo tanto, estas conductas son ideales sin necesidad de materialización ulterior de afectar directamente a otros derechos fundamentales.

3.- El Derecho penal del enemigo de GÜNTER JAKOBS.

GÜNTER JAKOBS, como he mencionado brevemente en la introducción, defiende la creación de dos derechos penales diferentes,por una parte el Derecho penal del ciudadano y por otra parte el Derecho penal del enemigo.[9] Respecto del primero, el Derecho penal deberá esperar a que el ciudadano exteriorice su conducta para poder reaccionar. Sin embargo, el Derecho penal del enemigo actuará en una frase previa a la comisión del delito, debido a la alta peligrosidad de las acciones del sujeto que hacen necesaria una intervención más temprana. El Derecho penal del enemigo se caracteriza por estos tres elementos:

1) El primero es el amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, se caracteriza por el adelantamiento de la barrera de protección penal hasta un momento en el cuál aún no se ha cometido el delito, pero en el cual el Derecho penal ya puede actuar.

---

[9] Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal ...,* Pág. 42.

2) El segundo de los elementos que caracteriza el Derecho penal del enemigo es la perspectiva jurídico-penal prostectiva, que castiga un hecho futuro (en relación con el punto anterior), y no retrospectiva (castigo de hecho pasado), con lo que se obtienen penas desproporcionadamente altas ya que la aparición de la barrera de punición no es tenida en cuenta.
3) El tercer elemento es la relativización, o incluso suspensión, de determinadas garantías del proceso penal.

Para JAKOBS, el Derecho penal del enemigo tiende a la eliminación de peligros, creando tipologías delictuales de autor. Como se ha mencionado, este autor identifica al delincuente con el *enemigo,* al que considera muy peligroso, circunstancia por la que se justifica la pronta intervención.[10] Así JAKOBS afirma que "*quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo ni puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de los contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas*".[11]

Por lo tanto, para JAKOBS el enemigo puede ser tratado de forma diferente al ciudadano, puesto que es tal su peligrosidad que el Estado entero puede estar en peligro.

4.- El derecho penal mínimo de LUIGI FERRAJOLI.

Por contraposición al Derecho penal del enemigo de Jakobs, he elegido el proyecto de Derecho penal mínimo de Luigi Ferrajoli, puesto que éste en su artículo: "El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal", critica ampliamente la posición de JAKOBS. Para este autor, el Derecho penal (y a su vez el Estado constitucional de derecho) están formados por una serie de garantías que el Derecho penal del enemigo elimina y que por lo tanto *disuelven* el Derecho penal en sí. Este autor argumenta que los fines que debe cumplir el Derecho penal son los siguientes: por un lado considerar y justificar la pena sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de delitos, esto es, una prevención general dirigida "*a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra las agresiones de los otros asociados*",[12] y por otro lado evitar la venganza, prohibiendo las penas arbitrarias o

---

[10] Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal…,* Pág. 42 y ss.
[11] Jakobs, Günter y Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal…,* Pág. 47.
[12] Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta, 2011(10ª Ed.), Pág. 334.

desproporcionadas, garantizando una serie de derechos al acusado. Estas garantías son concebidas por FERRAJOLI como límites de la acción del Derecho penal, puesto que su proyecto de Derecho penal mínimo *"designa un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva […], sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona"*.[13]

FERRAJOLI afirma que estos fines son necesarios y suficientes para fundamentar un modelo de derecho penal mínimo y garantista como el formalizado por nuestros sistemas.[14] Asimismo, también es esencial la concepción de FERRAJOLI del Derecho penal como la *Ley del más débil*, según la que este derecho debe servir para proteger al más débil contra el más fuerte y no como una mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos.[15]

FERRAJOLI contesta a las preguntas de ¿Porqué prohibir? o ¿Porqué castigar? argumentado que, hay que buscar el máximo bienestar posible de los no desviados y el mínimo malestar necesario a los desviados[16], dentro del fin general de la máxima tutela de los derechos de unos y de otros, de la limitación de la arbitrariedad y la minimización de la violencia en la sociedad. Dentro de ese mínimo malestar necesario de los desviados, FERRAJOLI aboga por la reducción drástica, hasta convertirla en excepcional, de las penas privativas de libertad.[17]

4.1.- FERRAJOLI y el Derecho penal del enemigo

FERRAJOLI, desde su perspectiva teórica sostiene una visión muy distinta de la función del derecho penal y sus límites de la planteada por JAKOBS. Afirma que hablar de Derecho penal del *enemigo* es un oxímoron, ya que supone *"la negación del derecho penal, la disolución de su papel y de su íntima esencia, dado que la figura del enemigo pertenece a la lógica de la guerra, que es la negación del derecho, del mismo modo que éste es la negación de la guerra"*.[18]

---

[13] Ferrajoli, Luigi. *Democracia y …*, Pág. 193. Estas garantías informa todo el proceso penal, desde el delito (principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad) hasta el proceso (contradictoriedad, paridad de acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio de juez natural).

[14] Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón…* Pág. 334.

[15] Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón…* Pág. 335.

[16] En este sentido: Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo,* Madrid: Trotta, 2010 (2ª Ed.), Pág. 194.

[17] Ferrajoli, Luigi. *Democracia y …*, Pág. 203.

[18] Ferrajoli, Luigi. "El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal", *IUS,* Núm 19, 2007, Pág. 7.

Este Derecho identifica al delincuente con el enemigo (que habrá que suprimir y no juzgar), circunstancia ésta que faculta el arrumbamiento de todo el sistema de garantías procesales, llevándose por delante principios tan importantes como el de legalidad o culpabilidad, la presunción de inocencia, carga de la prueba, derechos de defensa, etc. Una primera deformación que FERRAJOLI identifica en el Derecho penal del enemigo, es la del principio de legalidad, en el que *"el reo debe ser castigado por lo que es y no por lo que hace",*[19] dando ésta como resultado una segunda deformidad que es la de convertir al juez en "*enemigo del reo*"[20] perdiendo toda su imparcialidad.

Por lo tanto, dentro del sistema de garantías que FERRAJOLI defiende a lo largo de su obra, en ningún momento tendría cabida el sistema contemplado por JAKOBS, puesto que en palabras del primero, este sistema únicamente ha servido para quebrar todas las garantías procesales, llevando a la pérdida de la razón y a una regresión ideal y cultural de las sociedades occidentales, alimentada por el miedo al diverso, que observa los fenómenos migratorios como "*un atentado y una amenaza permanente de la propia seguridad, a la propia identidad, a los propios niveles de bienestar"*.[21]

5.- La limitación de la libertad de expresión en los casos de discurso de odio.

A mi juicio identificar el Derecho penal del enemigo con la tipificación de delitos de discurso de odio es errónea por cuanto la tipificación de este tipo de delito, según la propuesta realizada, no se ajusta a las características apuntadas por JAKOBS, en cuanto que no se produce un adelantamiento de la barrera de punición penal y por lo tanto no se castiga un ilícito penal futuro sino ya acaecido, ni tampoco se produce una suspensión ni relativización de las garantías que informan el proceso penal.

5.1.- Adelantamiento de la barrera penal y hecho penal futuro.

1) En primer lugar, bajo mi punto de vista, no se produce un adelantamiento de la barrera de protección penal y por lo tanto, no existe una penalización de un hecho futuro. Si bien el delito del artículo 510 del Código penal, habla de *provocación* al odio, bajo mi punto de vista, hay que dejar de entender el discurso del odio como un

---

[19] Ferrajoli, Luigi. "El derecho penal del …", Pág. 13.

[20] Aquí Ferrajoli se hace eco de las palabras de Beccaria, cuando éste se refiere al juez que no busca la verdad, sino únicamente hallar el delito en la figura del acusado, que es de lo que acusa Ferrajoli al Derecho penal del enemigo. En el presente texto, la cita se ha comprobado en: Beccaria, Cesare (Trad. Juan Rivera). *Tratado de los delitos y de las penas,* Madrid: Impresión de Fermín Villalpando, 1821, Pág. 50. Asimismo, hace esta misma referencia en: Derecho y razón Pág. 56,

[21] Ferrajoli, Luigi. "El derecho penal del …", Pág. 19.

delito de *provocación*. El discurso del odio según la propuesta realizada, es en sí mismo y sin necesidad de que éste se concrete en una acción ulterior, idóneo para materializar un daño directo en la integridad moral y la dignidad personal de los individuos o de los colectivos a los que se estigmatiza, por lo tanto existe un nexo causal entre la utilización de la libertad de expresión para realizar discursos de odio y el daño que éste inflige a las personas que son estigmatizadas en el mismo, hecho éste que facultaría a la limitación del mismo. El lenguaje del odio pretende apresar a los odiados en un momento de humillación y transferirles esa violencia llevada a cabo contra sus señas identitarias, contra aquello que representa algo para ellos.

A continuación comentaré las posiciones de cinco autores que refuerzan la idea de que el lenguaje del odio por sí mismo puede materializar un daño en la integridad moral y la dignidad personal. En este sentido, MATSUDA afirma que "*las víctimas están restringidas en su libertad personal. Con el objetivo de no recibir mensajes de odio, las víctimas han renunciado a trabajos, abandonan la educación, abandonan su casa, evitan ciertos lugares públicos, restringen su propio derecho de expresión, y otras formas de modificar su comportamiento y actitud".*[22]

En el mismo sentido se pronuncian PAREKH y DELGADO. El primero afirma que "*el lenguaje del odio expresa, defiende, alienta, promueve o incita al odio de un grupo de individuos que se distinguen por una característica particular, o un conjunto de éstas*"[23], continúa diciendo que dicho lenguaje de odio no es una simple falta de respeto, desaprobación o una presentación de ideas conflictivas, sino que además implica "*hostilidad, rechazo, un deseo de herir o destruir, un deseo de quitarse de la vista el grupo elegido como blanco, una silenciosa o ruidosa y pasiva o activa declaración de guerra en su contra*".[24]

DELGADO, en el mismo sentido, comenta: "*un estrés mental o emocional inmediato es el daño directo más obvio* [generado por el discurso de odio]. *Sin lugar a*

---

[22] Matsuda, Mari J. "Public Response…", Pág. 2337. Traducción del autor, texto original: "*Victims ares restricted in their persoanl freedom. In order to avoid reciving hate messages, victims have had to quit jobs, forgo education, leave their homes, aoid certain public places, curtail their own exercice of speech rights, and otherwise modify their behavior and demeanor".*

[23] Parekh, Bhikhu. "Hate Speech.…", Pág. 214. Traducción del autor, texto original: "*Hate speech expresses, advocates, encourages, promotes or incites hatred of a group of individuals distinguished by a particular feature or set of features*".

[24] Parekh, Bhikhu. "Hate Speech…" Pág 214. Traducción del autor, texto original: "*hostility, rejection, a wish to harm or destroy, a desire to get the target group out of one's way, a silent or vocal and a passive or active declaration of war against it".*

dudas, únicamente las palabras, las raciales u otras, puede causar un daño mental, emocional o incluso físico a las personas a las que se dirige, especialmente si se realiza delante de otras personas o por una persona en posición de autoridad".[25]

Por ultimo, quisiera comentar la posición de FISS acerca de las consecuencias del lenguaje del odio, ya que este autor plantea el efecto silenciador (*silencig effect*) que posee este tipo de lenguaje sobre el derecho a la libertad de expresión de las personas objeto de los discursos de odio. Este efecto silenciador se presenta como obstáculo que limita el derecho a la libertad de expresión de estas personas, puesto que si no se tutela este derecho, el poder que tienen las mayorías puede *ahogar*[26] el derecho a la libertad de expresión de los otros.

En el margen contrario a esta posición, se sitúan LANDA[27] o el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL[28]. LANDA, por su parte, opina que únicamente cuando nos encontremos ante *la antesala del holocausto*, que implica que existan conductas provocadoras que afecten todo un colectivo hasta el extremo de que éste no pueda ya racionalmente confiar en que su existencia esté asegurada, no se debe intervenir. Los comportamientos descritos en puntos anteriores, pese a no encontrarse al borde de la violencia, o no ser ideales para causar desórdenes públicos, afectan a los derechos fundamentales de los grupos a los que se dirige, de tal forma que no pueden ser combatidos por ellos mismos (a través de su propia libertad de expresión) en el debate público, y por lo tanto, es necesaria la intervención del Estado con el objetivo de tutelar los intereses en conflicto en estas situaciones. Por su parte el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL aboga por la eliminación[29] del artículo 510 del Código penal, puesto que afirman que el carácter difuso de la incitación al *odio* crea un amplio margen de inseguridad jurídica y una falta de proporcionalidad en las penas. Afirman que este

---

[25] Delgado, Richard y Stefancic Jean. *Must We Defend Nazis?*, Nueva York: NYUP, 1997, Pág. 8. Traducción del autor, texto original: "*Immediate mental or emotional distress is the most obvious direct harm. Without question, mere words, whether racial or otherwise, can cause mental, emotional, or even physical harm to their target, especially if delivered in fornt of others or by a person in a position of authority".*

[26] Fiss, Owen M. *Libertad de Expresión y Estructura Social*, México D.F.:Fontamara, 1997, Pág. 52.

[27] En este sentido ver: LANDA GOROSTIZA, JON-MIRENA. *La intervención penal frente a las xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 de Código Penal*, Bilbao: Universidad del PaísVasco, 2000.

[28] Grupo de Estudios de Política Criminal. *Alternativas al tratamiento de la discriminación y la extranjería,* Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

[29] Existe dentro del Grupo, una minoría cualificada que mantendría el artículo 510.1 del Código penal, con una nueva formulación. En este sentido ver: Grupo de Estudios de Política Criminal. *Alternativas al…, Pág. 35,* Nota al pié número 1.

tipo de delitos puede ser perseguidos por otros tipos que ya se encuentran en el Código penal. Creo que la respuesta ofrecida por el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL no es suficiente para ofrecer una protección adecuada a las personas agredidas por el discurso del odio, puesto que debido a la importancia de los derechos en juego es necesario que, para que exista la máxima seguridad jurídica exista también un tipo penal que delimite de forma clara qué se debe considerar como discurso de odio, y no la remisión genérica a agravantes destinadas a otro tipo de figuras delictuales.

Por lo tanto, como ha quedado patente, no es una cuestión pacífica que la tipificación de las conductas generadoras de odio no supongan un adelantamiento de las barreras de punición penal y por consiguiente la penalización de un hecho futuro y no ya acaecido. Según el modelo sugerido en el apartado segundo y las posiciones doctrinales de MATSUDA, PAREKH, DELGADO Y FISS, la tipificación de este tipo de discursos no supondría el adelantamiento de la barrera de protección penal, puesto que el ilícito se cometería en el mismo momento de la expresión del discurso.

5.2.- La no proporcionalidad en las penas y la relativización de las garantías procesales.

Para que exista una proporcionalidad en las penas de los delitos de discurso de odio, debemos atender a la entidad del discurso. Bajo mi punto de vista, sí que existe una falta de proporcionalidad en las penas establecidas por el artículo 510 del Código penal español puesto que establece privaciones de libertad, de uno a tres años, para aquellos que provoquen a la discriminación, al odio o a la violencia, sin contemplar otras medidas menos gravosas para aquellas situaciones que lo requieran, como por ejemplo penas pecuniarias o otro tipo de privaciones de libertad, como el arresto domiciliario. Bajo mi punto de vista, las penas privativas de libertad se deberían reservar para aquellos casos de discursos más graves, en los que la entidad del odio sea de tal magnitud que además del daño en la integridad moral y dignidad personal, se lesionen otros bienes como la integridad física.

Asimismo, en ningún momento se deberían establecen procedimientos especiales para los delitos de odio en los que las garantías procesales se vieran disminuidas o mermadas. Este tipo de delitos deben seguir el mismo procedimiento procesal que cualquier otro delito tipificado en el Código penal.

Por lo tanto, pese a que en el Código Penal español exista una falta de proporcionalidad en la imposición de las penas a los delitos de discurso de odio, no implica que ésta sea una característica intrínseca de la figura, puesto la tipificación de este tipo de discursos en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán o el francés, siíque prevén una mayor proporcionalidad en la imposición de las penas.

6.- Conclusiones

Si llegados a este punto, hubiese llegado a la conclusión de que la limitación de la libertad de expresión en los casos de discursos de odio se puede identificar con las características del Derecho penal del enemigo teorizado por JAKOBS, me posicionaría en contra de su regulación, puesto que este tipo de Derecho penal, a mi parecer, no tiene cabida en el Estado de derecho. El ejercicio del Derecho penal por parte del Estado en contra de los ciudadanos debe contar siempre con las garantías sustanciales, procesales y orgánicas, que reduzcan al máximo el poder de arbitrio de los jueces y la aflicción de las penas, extremos éstos que bajo el Derecho penal del enemigo se suspenden. La creación de dos derechos penales, uno para el ciudadano y otro para el enemigo, como sugiere JAKOBS, deviene inaceptable. En un Estado democrático de derecho no tiene cabida la creación de procesos especiales para determinados individuos que en un determinado momento consideremos que son *enemigos*, donde se relativicen todas las garantías procesales. Como apunta FERRAJOLI, esto supone la destrucción misma del Derecho penal y no es eso lo que se pretende con la tipificación de los discursos apologéticos del odio. Lo que se pretende con la interdicción de este tipo de discursos es la protección de la dignidad personal y la integridad moral que se ven atacadas cuando una persona o grupo de éstas utiliza su derecho a la libertad de expresión en los supuestos expresado en el apartado segundo. Por lo tanto, el Estado debe proteger los derechos, también fundamentales, de aquellas personas que son atacadas, pero siempre desde el respeto a los principios que informan el proceso penal.

Por otra parte, dentro del proyecto de Derecho penal mínimo de FERRAJOLI, no creo tampoco que tenga un encaje holgado la tipificación discurso de odio. Podemos identificar una serie de características dentro del proyecto de derecho penal de FERRAJOLI que nos podrían llevar a pensar que la tipificación de los delitos de discurso de odio estarían dentro de su visión penal, pero surgen dudas al respecto. En primer lugar, la admisión dentro de la finalidad de prevención general de la limitación de

bienes constitucionales primarios como la libertad, cuando se está intentado evitar el ataque a bienes de rango igualmente constitucional, pero ¿qué tipo de ataques y qué entidad deberían tener éstos para limitar válidamente estos bienes constitucionales primarios? Por otra parte, dada la discusión doctrinal existente acerca de si el discurso de odio forma parte de los llamados delitos de peligro, y que por lo tanto esto afectaría al cumplimiento de los principios de necesidad, lesividad y materialización de la acción planteados por él, no puedo afirmar que dentro del Derecho penal mínimo esté contemplada la limitación de la libertad de expresión ante los discurso de odio tal y como se plantea.

Por lo tanto, pese a coincidir con FERRAJOLI en las críticas que éste realiza a la teoría del derecho penal del enemigo de JAKOBS, creo que en su planteamiento del Derecho penal mínimo existen lagunas acerca de cuál sería el contenido del mismo y sobre todo que tipo de ataques a los derechos fundamentales estarían tipificados y porqué.

Bibliografía

DELGADO, RICHARD y STEFANCIC JEAN. *Must We Defend Nazis?*, Nueva York: NYUP, 1997.

FISS OWEN M. Libertad de Expresión y Estructura Social, México D.F.:Fontamara, 1997.

JAKOBS, GÜNTER y CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Derecho penal del Enemigo.* Navarra: Aranzadi, 2006 (2ªEd.).

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta, 2011 (10ª Ed.).

FERRAJOLI, LUIGI. *Democracia y garantismo,* Madrid: Trotta, 2010 (2ª Ed.).

FERRAJOLI, LUIGI . "El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal", *IUS,* Núm. 19, 2007, Págs. 5-22

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Alternativas al tratamiento de la discriminación y la extranjería.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

LANDA GOROSTIZA, JON-MIRENA. *La intervención penal frente a las xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 de Código Penal*, Bilbao: Universidad del PaísVasco, 2000.

LANDA GOROSTIZA, JON-MIRENA. "Racismo, Xenofobia y Estado Democrático", *Eguzkilore,* San Sebastián, 2004, Núm 18.

MATSUDA, MARI J. "Public Response to Racial Speech: Considering the Victim's Story", *Mich. L. Rev*., Universidad de Michigan, 1988-1989, Págs. 2320-2381.

PAREKH, BHIKHU. "Hate Speech. Is there any case for banning?", *Public Policy Research*, Institute for Public Policy Research, 2005-2006, Págs. 213-223.