

# I. ESTUDIOS



**¿UN PROBLEMA DE METODOLOGÍA?  
LAS DIFICULTADES DE LA  
JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL PARA ENJUICIAR  
CON PAUTAS ESTABLES EL CASTIGO  
DE FORMAS Y DISCURSOS  
POTENCIALMENTE LESIVOS DE  
REIVINDICACIÓN, CRÍTICA O  
PROTESTA**

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. SOBRE LA IMPORTANCIA DE UN EXAMEN MINUCIOSO DEL CONTEXTO Y DEL RIESGO EN ESTE TIPO DE CASOS: UNA BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN SEGUIDA HASTA LLEGAR A LA STC 35/2020. 2.1. Cuestiones previas. 2.2. La STC 177/2015 y el excesivo recurso a elementos hipotéticos y a factores difícilmente objetivables sobre la base de un concepto exorbitante de discurso del odio. 2.3. La STC 112/2016 y el recordatorio de la importancia del examen del riesgo producido y de la existencia de incitación a delinquir. 2.4. La STC 35/2020 y el establecimiento de la necesidad de analizar cuidadosamente el contexto desde una perspectiva coherente con la función de la libertad de expresión. 3. EL RETROCESO EN EL TRATAMIENTO DE ESTOS SUPUESTOS: ¿UN PROBLEMA DEL MÉTODO DE APROXIMACIÓN AL CASO ENJUICIA-DO O DE LA FORMA DE APLICAR DICHO MÉTODO? LAS SSTC 190 Y 192/2020. 3.1. Introducción. 3.2. Libertad de expresión y ultrajes: el caso de la STC 190/2020. 3.2.1. Introducción. 3.2.2. El encuadramiento inicial del contenido del delito y de la posición de la libertad de expresión. 3.2.3. Un método de aproximación inicial que será posteriormente alterado. 3.2.4. El examen del contexto realizado por el Tribunal. 3.2.4.1. Una posición de partida muy restrictiva. 3.2.4.2. Un recurso excesivo a elementos subjetivos poco o nada verificables. 3.2.5. Algunas conclusiones preliminares. 3.3. Libertad de expresión y libertad religiosa: el caso de la STC 192/2020. 3.3.1. Introducción. 3.3.2. El encuadramiento inicial del contenido del delito y de la posición de la libertad de expresión. 3.3.3. La metodología de análisis utilizada. 3.3.4. El examen del contexto realizado por el Tribunal. 3.3.5. Algunas conclusiones preliminares. 4. RECAPITULACIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A ESTOS CASOS Y AL USO DE LA VÍA PENAL FRENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Fecha recepción: 08.06.2021  
Fecha aceptación: 02.11.2021

# ¿UN PROBLEMA DE METODOLOGÍA? LAS DIFICULTADES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PARA ENJUICIAR CON PAUTAS ESTABLES EL CASTIGO DE FORMAS Y DISCURSOS POTENCIALMENTE LESIVOS DE REIVINDICACIÓN, CRÍTICA O PROTESTA

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ<sup>1</sup>

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Girona

## 1. INTRODUCCIÓN

Determinar hasta dónde llega el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y cuándo se rebasa la línea que señala que se está lesionando otro derecho o un bien jurídico constitucionalmente relevante requiere, lógicamente, de un examen caso por caso que planteará no pocas dificultades, que aumentan cuando entramos en terreno penal. A ello se suma otro elemento relacionado con la respuesta que corresponda a dicha lesión: aun cuando no se esté dentro del campo estrictamente perteneciente al ejercicio legítimo de aquella libertad, puede que se haya producido una extralimitación del mismo que no posea una dimensión y gravedad tales como para justificar el recurso a la sanción penal por cuanto ello supondría «una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio» (STC 190/2020, FJ 5).

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Girona. Facultad de Derecho. C/ Universitat de Girona, 12 (17071-Girona). Email: miguel.cabellos@udg.edu. Código Orcid: 0000-0002-3806-3512

El análisis de los diversos supuestos requeriría, pues, de una metodología estable, bajo parámetros bien definidos, que permita deslindar esas zonas de ejercicio legítimo de la libertad de expresión, ejercicio excesivo que la desborda pero no reviste tal gravedad que justifique acudir a la vía penal, y finalmente ejercicio excesivo que, por el contrario, desfigura la libertad de expresión, abusa manifiestamente de ella para vulnerar otros derechos o bienes y, por su entidad, gravedad y efectos, justifica una respuesta penal.

Aplicar esa metodología es una labor compleja por varios factores: la variedad de tipos penales potencialmente limitativos de la libertad de expresión; el hecho de que la extensión de esta puede verse modulada —al alza o a la baja— por la pertenencia a determinados colectivos de los sujetos intervinientes; la naturaleza del asunto sobre el que recaiga la expresión, y también influye el hecho de que se haya venido abriendo paso un concepto de tan apreciable *vis expansiva* como el de discurso del odio<sup>2</sup>. Son todos ellos factores que dificultan fijar un método de aproximación al problema dotado de estabilidad y previsibilidad, y a estas dificultades no ha sido ajena la jurisprudencia del TC, que en los últimos tiempos parece verse sometida a periódicas variaciones, llamadas a provocar en el intérprete (y el ciudadano en general) no poco desconcierto.

Dicha jurisprudencia en este ámbito se ha visto acompañada, como es sabido, por diversas sentencias del TEDH en sentido opuesto a lo decidido por nuestro Alto Tribunal<sup>3</sup>. En una de las más relevantes a nuestros efectos (Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018) se fijaban una serie de parámetros que parecía que el TC haría suyos y le ayudarían a acabar de pulir su forma de tratar estos casos. Tal parecía ocurrir con la STC 35/2020, que permitía vislumbrar una nueva etapa en el tratamiento de esos supuestos en que libertad de expresión y tipos penales se encuentran. Sin embargo, meses después podíamos comprobar que esa presuposición era prematura, que el TC regresa a parámetros interpretativos anteriores y que, con ello, se expone otra vez a futuras sentencias desfavorables del TEDH: es el caso de las SSTC 190 y 192/2020, en las que, además, la problemática que suscita este nuevo giro se hace patente dentro del propio TC, habida cuenta del número de votos particulares discrepantes que las acompañan.

El problema de base deriva de la existencia en nuestro Código Penal de una serie de tipos penales de contenido abierto susceptibles de afectar a la libertad de expresión,

---

<sup>2</sup> Sobre la presencia de estos factores en la jurisprudencia del TEDH y del TC vd. Presno Linera, M.A. (2019), «La libertad de expresión en la jurisprudencia del TEDH y del TC», *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ*, 40. En torno a la imprecisión del concepto de discurso del odio y sus implicaciones vd. Alcácer Guirao, R. (2020), *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Marcial Pons, Madrid, y Revenga Sánchez, M. (2021), «El discurso del odio: entre la trivialización y la hiper-penalización», en Vázquez Alonso, V., coord., *Estudios de casos líderes europeos y nacionales*, Vol XIV, Tirant lo Blanch, págs. 297 ss.

<sup>3</sup> Vd. Álvarez Rodríguez, I. (2020), «De la libertad de expresión en España. Una reflexión al hilo de la jurisprudencia del TEDH», *Anales de Derecho*, núm. especial.

y en los que la clave está, como señala Silva Sánchez, en cómo se apliquen y concreten después por parte de los órganos judiciales, y en la intervención última del TC en caso necesario<sup>4</sup>. Tales tipos, relativos entre otros al enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas, las ofensas a sentimientos religiosos, las injurias a determinadas instituciones o sus titulares, o los ultrajes a símbolos o entes (y normalmente combinándolos con el recurso al discurso del odio a modo de sustrato de su interpretación) han tenido en la jurisdicción ordinaria una aplicación muy dispar, pero mayoritariamente de carácter restrictivo en relación con la libertad de expresión. Las proclamas que habitualmente se realizan en las sentencias que resuelven estos casos acerca de la importancia de dicha libertad en una sociedad democrática quedan normalmente después superadas por una concepción de la misma que denota muchas veces una cierta desconfianza frente a ella y, sobre todo, frente a la propia capacidad de la sociedad de dar respuesta por sí misma, sin necesidad de recurrir a la vía penal, a discursos molestos o impertinentes, que muchas veces no son sino expresivos de la propia estulticia de quien los profiere, y que pasarían sin pena ni gloria de no ser porque la apertura de un proceso penal les da una publicidad desmesurada que por ellos mismos no hubieran conseguido. El recurso a la vía penal, pues, suele producir un efecto opuesto al perseguido: el asunto se salda, normalmente, con una condena baja, pero al mismo tiempo con el lanzamiento a la fama —siquiera sea durante un cierto periodo de tiempo— de alguien cuyos inexistentes méritos nunca le hubieran podido procurar por sí mismos tal ventaja.

A estas alturas, lamentablemente, no es arriesgado afirmar que nuestro TC, que tendría que haber puesto coto a esa aplicación dispar de esos tipos penales ofreciendo una interpretación constitucionalmente adecuada que los hicieran compatibles con la libertad de expresión, la proporcionalidad del recurso a la vía penal y la evitación del efecto desaliento<sup>5</sup>, no solo no está teniendo éxito en ese cometido, sino que, a través de una jurisprudencia cambiante, ha hecho imprevisible<sup>6</sup> poder prever mínimamente el resultado de este tipo de casos que vinculan libertad de expresión y vía penal, que serán el objeto de este trabajo<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Vd. Silva Sánchez, J.M. (2015), «¿Legalidad penal líquida?», *Indret*, 4, pág. 2.

<sup>5</sup> En otros ordenamientos es el propio Código Penal quien introduce en esos tipos potencialmente limitativos de la libertad de expresión criterios restrictivos relativos a la gravedad de la conducta, el riesgo real que genere, o su limitación a determinadas modalidades comisivas, mientras que nuestro Código, al no hacerlo así, abre la puerta a una aplicación judicial «inflacionaria», en palabras de Cancio Meliá, M., «Crimen y palabra», *El País*, 15 de febrero de 2021.

<sup>6</sup> Señalaba Alcácer Guirao «el desaliento mismo que los pronunciamientos del TC generan sobre el ejercicio de la libre expresión, al restringir desproporcionadamente los contornos de su contenido protegido e imponer a los tribunales ordinarios (...) una concepción jibarizada del derecho fundamental». En (2018), «Opiniones constitucionales», *Indret*, 1, pág. 33.

<sup>7</sup> También, lógicamente, se suscitan problemas de interés en casos que derivan de la vía civil, como lo pone de manifiesto la reciente (y muy debatible) STC 93/2021, de 10 de mayo (caso del torero Víctor Barrio). Pero como se ha dicho nos ceñiremos al cruce entre libertad de expresión y vía penal y a los problemas específicos de esta relación. Asimismo, no se tratarán supuestos en que la libertad de

## 2. SOBRE LA IMPORTANCIA DE UN EXAMEN MINUCIOSO DEL CONTEXTO Y DEL RIESGO EN ESTE TIPO DE CASOS: UNA BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN SEGUIDA HASTA LLEGAR A LA STC 35/2020

### 2.1. *Cuestiones previas*

Los cambios de tendencia observados en la jurisprudencia constitucional no son ajenos a la infravaloración en algunas sentencias de la importancia de la libertad de expresión, que en el plano teórico se afirma pero en la práctica se desmiente: se comienza por hacer una loa entusiasta del valor de tal libertad para acabar aplicando parámetros estrictamente contradictorios con ello. Es prioritario, así, que el TC establezca con claridad qué significación ha de tener aquella en nuestra sociedad, qué papel juega cuando se ejerce en conexión con otros derechos a los que su ejercicio favorece; cuándo ha de ceder frente a otros derechos o bienes (con las consecuencias que puedan derivarse desde los ámbitos civil o contencioso, según el caso) y en qué supuestos no solo ha de ceder sino que está justificado oponer límites penales. Y, establecido todo ello, mantener una línea coherente y aplicarla.

Así pues, sin olvidar como trasfondo la STC 235/2007 y su tratamiento del discurso del odio<sup>8</sup>, podemos decir que el TC había venido, por una parte, trazando en los últimos años un proceso de progresivo ensanchamiento del ámbito de la libertad de expresión (aunque no sin algún elemento contradictorio) a partir de un inicial punto de partida muy restrictivo, siendo tres las principales sentencias a considerar: la STC 177/2015, relativa a un caso de injurias a la Corona, y cuyo fallo (del que disintieron 4 magistrados) resultó contradicho por la sentencia del TEDH antes citada; la STC 112/2016, relativa a un caso de enaltecimiento del terrorismo que, como veremos, establece algunas exigencias relevantes para considerar legítima la restricción de la libertad de expresión aunque luego se quede a medio camino en su aplicación al caso concreto y mantenga algún elemento problemático (lo que motivó de nuevo una condena del TEDH); y finalmente la STC 35/2020, también sobre enaltecimiento, que culmina y amplía la vía abierta por la anterior en algunos aspectos centrales. Pero completado ese itinerario, que en vez de mantener dicho camino de progresivo (y trabajoso) ensanchamiento del ámbito de la libertad de expresión el TC

---

expresión aparece en su relación con la vía penal de un modo más secundario respecto de otros derechos. Es el caso de la STC 133/2021, de 24 de junio (caso del cerco al Parlamento de Cataluña), donde el derecho que está en el núcleo del debate es el de reunión y manifestación (y cómo se llevó a cabo y cómo afectó a los derechos de los diputados) por más que lógicamente la relación innegable de aquel con la libertad de expresión deba llevar a la sentencia a referirse a esta de manera secundaria. Con todo, baste apuntar que la metodología seguida enlaza con la de la STC 190/2020.

<sup>8</sup> Sobre ella, y otras sentencias anteriores del TC que, sin utilizar el concepto de discurso del odio se acercan de algún modo a él, vd. Rey Martínez, F. (2021), «Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en Vázquez Alonso, V., *Estudios...*, cit., págs. 367 ss., y Revenga Sánchez, M. (2021), «El discurso...», cit., págs. 314 ss.

haya decidido, en sus ya citadas sentencias 190 y 192/2020, retroceder prácticamente al punto de partida de 2015 constituye una incógnita nada fácil de desvelar.

Con todo, antes de llegar a esto último no será ocioso sintetizar de modo breve los ejes de cada una de las sentencias citadas previamente, para tener la base que nos permita analizar después en qué punto nos hallamos tras el último giro del TC.

## 2.2. *La STC 177/2015 y el excesivo recurso a elementos hipotéticos y a factores difícilmente objetivables sobre la base de un concepto exorbitante de discurso del odio*

Relativa a la quema de una fotografía de los Reyes que condujo a una condena por delito de injurias a la Corona (art. 490.3 CP), el principal problema que plantea es que, pese a comenzar el TC realizando en su FJ 2 toda una serie de acertadas consideraciones en torno al papel de la libertad de expresión, las abandona al resolver el caso mediante un excesivo recurso a factores hipotéticos y a elementos subjetivos no contrastados (y no menos hipotéticos) para afirmar la no concurrencia de dicha libertad.

En cuanto a los elementos subjetivos, el TC comienza por ejemplo indicando que se debe examinar si los hechos acaecidos «persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad» (FJ 4), y añade que la quema en público de una fotografía «fomenta sentimientos de agresividad» (FJ 4). Lógicamente, la medición de sentimientos y emociones es tarea compleja y, al basarse en ella la decisión del TC, se asienta en un terreno resbaladizo.

Por lo demás, la causación de un daño se basa en hipótesis que el propio TC reconoce que no se verificaron; expone que existía el riesgo de que los asistentes percibieran esa conducta como «una incitación a la violencia y el odio», pero no explica por qué podía darse esa percepción, o añade que dicha acción pudiera suscitar entre los presentes «reacciones violentas e incompatibles con un clima social sereno», pero el propio TC señala que «no consta que se produjeran incidentes de orden público»<sup>9</sup>. Asimismo, cuando se dice que la quema de la fotografía podía «avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. a un posible riesgo de violencia» no se explica en qué podría consistir tal riesgo. Es decir: si se afirma que una expresión causa un riesgo, debiera poder concretarse mínimamente si este es real y en qué consistiría exactamente<sup>10</sup>.

Como puede verse, se trata de un razonamiento esencialmente subjetivista basado en hipótesis relativas a riesgos que no se concretan y que en el propio acto no se veri-

---

<sup>9</sup> En su voto, la magistrada Asua Batarrita recuerda el criterio del TS de EEUU del «clear and present danger», que considera el idóneo para fijar la frontera de dónde está la violencia o la provocación a la misma. Vd. sobre el surgimiento de este *test Brandenburg* Alcácer Guirao, R. (2020), *La libertad...*, cit., págs. 63-68.

<sup>10</sup> Como señala la magistrada Asua Batarrita, en la argumentación del TC «se encadenan hipótesis dudosas e inverificables como que [la conducta] «pudo suscitar en los presentes reacciones violentas» o similares, una extrapolación de los hechos que no indican la presencia de un clima en el que tal hipótesis pudiera alcanzar visos de realidad».

ficaron, y que nos llevaría a poder vetar cualquier expresión mínimamente molesta, impertinente o hiriente<sup>11</sup>. Pero no es este, ciertamente, el umbral o límite que se entiende comúnmente que debe ponerse a la libertad de expresión, y menos aún cuando esa libertad se ejerce respecto de autoridades públicas.

Por lo demás, la aplicación del discurso del odio a un caso como el analizado supone extenderlo mucho más allá del ámbito que le es propio, el de la generación de discriminación y exclusión de colectivos tradicionalmente vulnerables<sup>12</sup>. Y no es solo que la sentencia recurra a un concepto de discurso del odio exorbitante, o no verifique realmente el riesgo generado, sino que tampoco considera realmente (más allá de algunas afirmaciones iniciales) si la respuesta penal aplicada se correspondía con la proporcionalidad que debe presidir el recurso a aquella cuando está en liza la libertad de expresión<sup>13</sup>.

### 2.3. *La STC 112/2016 y el recordatorio de la importancia del examen del riesgo producido y de la existencia de incitación a delinquir*

En esta sentencia, en torno al delito de enaltecimiento del terrorismo por el que fue condenado el orador de un acto de homenaje a un miembro de ETA, lo relevante es que el TC subraya algunos elementos que en la anterior habían quedado desdibujados. Así, trayendo al enaltecimiento la doctrina de la STC 235/2007, el TC va más allá de la literalidad del art. 578 CP e indica que para poder condenar es necesario que el enaltecimiento suponga al menos una «incitación indirecta» a delinquir<sup>14</sup>,

<sup>11</sup> Como indica Presno Linera, este caso constituye «una muestra de la conversión del odio —hostilidad/aversión— como discurso en odio como delito y la consiguiente criminalización de conductas de provocación a las instituciones o a una parte de la sociedad». Vd. Presno Linera, M.A. (2021), «Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio», en Vázquez Alonso, V., *Estudios...*, cit., pág. 341.

<sup>12</sup> Los magistrados discrepantes critican el exceso en que incurre el TC con el concepto de discurso del odio: para Asúa Batarrita el TC «desfigura el concepto del «discurso del odio» y distorsiona peligrosamente su alcance»; para Xiol Ríos el TC «banaliza el discurso del odio». También en sentido crítico vd. Sáez Valcárcel, R. (2018), «La libertad de expresión: apariencia y realidad», *Jueces para la democracia*, 5, pág. 4, o Dopico Gómez-Aller, J. (2018), «Desconciertos de Brandemburgo», ídem, pág. 17. Sobre el tratamiento del discurso del odio en Europa y EEUU son de interés en nuestra doctrina Valero Heredia, A. (2017), «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, págs. 305-333, y Landa Gorostiza, J.M. (2020), «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-19. Más allá de nuestras fronteras, vd. entre otras, las conocidas contribuciones de Hare, I., Weinstein, R. (coords.) (2009), *Extreme speech and Democracy*, Oxford, OUP, y Waldron, J. (2012), *The harm in hate speech*, Massachusetts, Harvard University Press.

<sup>13</sup> En tal sentido, vd. las consideraciones que el magistrado Xiol Ríos realiza en su voto.

<sup>14</sup> Una parte de la jurisprudencia del TS y de la AN había exigido un elemento que se considera implícito en esa incitación indirecta: la intención de incitar, pero esta línea no ha sido unánime, pues en otras sentencias el TS ha entrado en debates un tanto bizantinos en torno a la distinción entre intención del autor y finalidad del delito, irrelevante según el TS aquella y relevante solo esta última (vd. p. ej. la

generando «como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (FJ 3)<sup>15</sup>. Con ello se fijan, con claros oscuros, unos puntos de partida: ayuda poco la referencia a la incitación «indirecta», de difícil acotación práctica y contornos difusos<sup>16</sup>, y más tangible es en cambio el criterio del riesgo generado, aunque dependerá de qué elementos se utilicen para objetivarlo<sup>17</sup>. Pero en conjunto se da al art. 578 CP una interpretación que ayude a superar su vaguedad, y con estos criterios los tribunales deberían examinar cada caso y sobre todo analizar las circunstancias concurrentes para determinar si la conducta reúne la relevancia penal necesaria; con todo, la sentencia no hace después, tal como señala en su voto el magistrado Xiol Rios, un análisis a fondo de estas<sup>18</sup>, quedándose así a medio camino de su propósito, como también al no entrar luego en el análisis de si resultaba proporcionada la imposición de la pena<sup>19</sup>,

---

STS 4/2017, de 18 de enero); esa irrelevancia de la intención del autor lleva a una aplicación expansiva del tipo penal, como también lo hace que el TS rebaje con frecuencia la exigencia del otro elemento que establecía la STC 112/2016, el del riesgo, a un mero riesgo potencial o abstracto (vd. p.ej. STS 646/2018, de 14 de diciembre). Una cosa y otra suponen una aplicación devaluada de las exigencias de la STC 112/2016, que la STC 35/2020, como veremos *infra*, quiso venir a corregir. Sobre la aplicación (o ausencia de ella, según los casos) de la STC 112/2016 en la jurisprudencia del TS y de la AN vd. Cabellos Espiérrez, M. A. (2018). «Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112 y Rollnert Liern, G. (2020), «El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del TS», *Revista de Derecho Político*, 109.

<sup>15</sup> En sentido crítico con esta vinculación del art. 578 CP con el discurso del odio vd. Alcácer Guirao, R. (2020), *La libertad...*, cit., págs. 32-33.

<sup>16</sup> La incitación indirecta, presente en el art. 510 CP desde la reforma de 2015, que quiso adaptar el CP a lo indicado por la STC 235/2007, está presente también en la Directiva (UE) 2017/541 de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo (vd. art. 5). Los problemas que produce la admisión de ese concepto (probatórios, de fijación de límites entre lo admisible y lo que no) y la inseguridad a la que conduce han sido criticados por Díaz y García Conlledo, M. (2018), «El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del CP: necesidad de limitar», *Jueces para la Democracia*, 5, pág. 20; Alcácer Guirao, R. (2020), *La libertad...*, cit., págs. 200-202; Landa Gorostiza, J.M. (2020), «Delitos de odio...», cit., págs. 24-25.

<sup>17</sup> Aspectos como el riesgo creado o la intención del autor eran considerados ya en documentos como el Plan de Acción de Rabat de 5 de octubre de 2012 (§29). La Recomendación General núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio de la ECRI en el Consejo de Europa (8 de diciembre de 2015) se refiere al riesgo como «inminente», pero es verdad que luego va más allá en tanto que no excluye la incitación indirecta (§17) si bien sugiere para tales casos sanciones no penales (§19); vd., criticando la inclusión de la incitación indirecta y el desbordamiento que provoca, el estudio citado de Landa Gorostiza, J.M. (2020). Por último, véase también por su relevancia la Recomendación General núm. 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, de 26 de septiembre de 2013.

<sup>18</sup> El magistrado sostiene que no se habrían tenido en cuenta circunstancias como la reducida audiencia que tuvo el discurso, el hecho de que su autor había sido durante años representante político, que se manifestara de modo ambiguo, que no hubo incitación —siquiera indirecta— ni riesgo, etc. Por todo ello, estima que TC no ponderó adecuadamente los hechos y avaló una condena que no era necesaria ni proporcionada.

<sup>19</sup> Y ello pese a contener alguna referencia relevante —que luego se desatiende— a la necesidad de no «reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no

y todo ello explica que el TEDH divergiera de esta sentencia del TC y condenase a España (asunto Erkizia Almandoz c. España de 22 de junio de 2021) al no considerar, atendidas con detalle las circunstancias del caso, que se diera incitación (ni directa ni indirecta) a la violencia ni discurso del odio. La STC 112/2016 fue, pues, un paso adelante pero ciertamente incompleto en el enfoque del tratamiento penal de la libertad de expresión.

2.4. *La STC 35/2020 y el establecimiento de la necesidad de analizar cuidadosamente el contexto desde una perspectiva coherente con la función de la libertad de expresión*

La STC 35/2020 viene a culminar la mencionada evolución: sobre las bases de la de 2016 realiza un examen a fondo de las circunstancias concurrentes tal como esta demandaba, si bien manteniendo algún elemento disonante, como el acogimiento del concepto desbordante de discurso del odio de la STC 177/2015<sup>20</sup>.

Recordemos brevemente que la STC 35/2020 examina el recurso de amparo de un cantante que había sido primero absuelto por la AN y luego condenado por el TS por enaltecimiento del terrorismo por la publicación de una serie de tuits. Los postulados de los que partieron AN y TS eran netamente opuestos, tal y como el TC detalla: para la AN, en su SAN 20/2016, de 18 de julio, el art. 578 CP exige «además de los tradicionales elementos configuradores del dolo, un específico ánimo o intención en el autor» (FJ 3b). Por ello, el análisis del contexto que rodeó a los hechos así como la intención del autor eran un elemento clave a la hora de calificar penalmente la conducta enjuiciada, y en consecuencia la AN examinó la trayectoria anterior del acusado, que consideró desligada de toda relación con el terrorismo; valoró su condición de artista, que busca provocar y pretende, al recurrir a la ironía, no defender la violencia sino, a juicio de la AN, lo contrario; y analiza asimismo el sentido de los tuits, que concluye que no se puede afirmar que de modo tangible estén enaltecendo el terrorismo o humillando a sus víctimas, por lo que no se colmarían las exigencias del tipo penal.

El punto de partida del TS en su STS 4/2017, de 18 de enero, fue, en cambio, el opuesto: bastaría para colmar la tipicidad subjetiva del delito que su autor tenga conocimiento del contenido de sus mensajes y de sus implicaciones, siendo irrelevante su intención; el dolo que el tipo penal exige sería un dolo básico, no siendo precisa «la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación» (FJ 3). Con ello, las advertencias de la STC 112/2016 acerca de la necesidad

---

constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito» (FJ 3).

<sup>20</sup> En torno a la STC 35/2020 vd. Teruel Lozano, G.M. (2021), «La jurisprudencia del TC ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá», *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, págs. 411-436, Rollnert Liern, G. (2020), «El enaltecimiento...», y Cabellos Espiérrez, M.A. (2020), «Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes», *Revista Catalana de Dret Públic*, 2020, págs. 30-49.

de comprobar que se ha generado un riesgo, o de examinar la voluntad de incitar a delinquir, son en esta sentencia del TS desatendidas<sup>21</sup>.

El TC tomó partido en su STC 35/2020 por la línea de la AN, en coherencia con su propia línea de la STC 112/2016, recordando la dimensión institucional de la libertad de expresión, la necesidad de atender a la proporcionalidad de la respuesta penal, el peligro de causar un efecto desaliento por un recurso excesivo al *ius puniendi*, o insistiendo como en 2016 en la generación de riesgo (y a la incitación cuando menos indirecta a delinquir, mencionada ya en la sentencia de 2007).

Lo relevante de la decisión del TC es que fija la necesidad de que, para determinar si estamos o no ante un caso de ejercicio legítimo de la libertad de expresión<sup>22</sup>, se realice un examen riguroso de las circunstancias concurrentes, e indica cuáles son<sup>23</sup>, y señala también en qué casos se desbordaría la libertad de expresión<sup>24</sup>. De faltar ese examen, señala, deberá estimarse el recurso de amparo (y de darse dicho examen, aún habrá que valorar si la respuesta penal resultaba proporcionada o no). Y precisamente la ausencia de un adecuado examen es lo que se dio en la sentencia del TS, que, nos dice el TC, “desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión (...) no pondera con la intensidad exigida (...) las circunstancias concurrentes del caso” (FJ 5b)<sup>25</sup>. El TC con-

<sup>21</sup> Frente a ello vd. el voto particular del magistrado Andrés Ibáñez, abogando por un examen riguroso acerca de la real capacidad de los mensajes para generar un riesgo de incitar a delinquir o de lograr que las víctimas puedan sentirse concernidas.

<sup>22</sup> Del FJ 5b se deduce que, en esta sentencia, dentro del «ejercicio legítimo» engloba el TC tanto los supuestos de ejercicio legítimo en sentido estricto como los de ejercicio extralimitado de la libertad de expresión, en los que por tanto el grado de legitimidad sería más discutible. A este respecto, como se verá, la STC 190/2020 acabará siendo mucho más clara que la 35/2020, al deslindar ambos supuestos y evitar equívocos.

<sup>23</sup> Con ello el TC se sitúa más en la línea de los criterios propugnados por el Plan de Acción de Rabat, que como vimos habían empezado a ser atendidos en la STC 112/2016.

<sup>24</sup> Aunque con algunas ambigüedades, como cuando señala que estaremos claramente fuera de ella (y dentro del discurso del odio) cuando las expresiones pretendan «desencadenar un reflejo emocional de hostilidad» (formulación que, por su ambigüedad, ayuda poco), se usen «símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión [que] se puedan convertir en un acto cooperador con la intolerancia excluyente» (igualmente ambiguo) y el único caso claro: «amenazas o intimidaciones a los ciudadanos» (FJ 4a.III). En sentido crítico y proponiendo la exigencia de un peligro cierto e inminente de actos de violencia o intimidación vd. Teruel Lozano, G. M. (2021), «La jurisprudencia...», cit., págs. 422-423.

<sup>25</sup> En relación con este recurso del TC a la técnica de la ponderación, deben traerse a colación las críticas de Presno Linera, que señala que para que pudiera haber tal ponderación tendría que darse un conflicto entre dos derechos o bienes, para a partir de ahí ver qué valor o interés persigue cada uno y determinar cuál resulta preferente, mientras que lo que hay aquí es un derecho, la libertad de expresión, con su contenido y sus límites, y hay que ver si la conducta enjuiciada entra dentro del alcance de dicha libertad o no. Vd. Presno Linera, M. A. (2020). «Breves y apuradas consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que anula la condena del Tribunal Supremo al cantante Strawberry». En: <https://bit.ly/3erP9tz>. Igualmente en sentido crítico vd. García Amado, J. A. (2020). «Sobre la sentencia del TC 35/2020 en el conocido como caso Strawberry O de la eterna cuestión de si el TC es un tribunal de supercasación». En: <https://almacenedderecho.org/sobre-la-sentencia-del-tc-352020-en-el-conocido-como-caso-strawberry>.

creta tales circunstancias indicando que son la valoración de la importancia de los mensajes desde la perspectiva de la formación de la opinión pública y del intercambio de ideas<sup>26</sup>; de si los mensajes pudieran ser o no entendidos como adhesión a opciones políticas legítimas; de si la condena penal podría provocar un efecto desaliento; o de si el contenido de los mensajes, considerando autor, contexto y circunstancias, supone defender actitudes violentas. Y en particular la intención del autor de los mensajes es, para el TC, «uno de los aspectos indispensables en el análisis» (FJ 5b)<sup>27</sup>. Son todos ellos elementos esenciales cuyo examen el TC reprocha al TS haber desatendido, y que en adelante cabía esperar que conformaran pautas inexcusables de análisis para cualquier tribunal a la hora de aplicar una sanción penal en este tipo de supuestos y, *mutatis mutandis*, en los demás tipos penales relacionados con la libertad de expresión.

Con todo, creo relevante señalar que no debiera bastar un «análisis riguroso» sin más, sino uno basado en una concepción favorable a la prevalencia de la libertad de expresión salvo en aquellos supuestos en que claramente se esté incitando al delito y causando un riesgo<sup>28</sup>. De lo contrario, volveríamos al punto de partida por mucho rigor y detalle que se empleara en el análisis: no es cuestión de intensidad, sino de qué baremo se emplea. Y esto quizá explica que, sorprendentemente, el propio TC haya dado marcha atrás a la evolución experimentada y regresado con ello en buena parte a la sentencia de 2015, al pasar a realizar él mismo en las dos sentencias de finales de 2020 análisis «rigurosos» de las circunstancias del caso, pero a la luz de una concepción muy restrictiva de la libertad de expresión<sup>29</sup>.

### 3. EL RETROCESO EN EL TRATAMIENTO DE ESTOS SUPUESTOS: ¿UN PROBLEMA DEL MÉTODO DE APROXIMACIÓN AL CASO ENJUICIADO O DE LA FORMA DE APLICAR DICHO MÉTODO? LAS SSTC 190 Y 192/2020

#### 3.1. Introducción

Como se acaba de decir, la STC 35/2020 había culminado una evolución jurisprudencial en la que se ponía en el centro del análisis el papel de la libertad de expresión y se establecían toda una serie de criterios extrapolables a otros tipos penales con incidencia en aquella. Sin embargo, las dos sentencias que ahora veremos rompen con aquella línea.

<sup>26</sup> Sobre este criterio de la contribución a una opinión pública libre y sus problemas vd. *infra* apartado 3.2.5.

<sup>27</sup> Algunos de estos criterios se corresponden con los que había manejado el TEDH en la sentencia Savva Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018, o en la Stomakhin c. Rusia de 9 mayo de 2018.

<sup>28</sup> Riesgo que, como subraya Teruel Lozano, el TC sigue sin entrar a acotarlo suficientemente. Vd. (2021), «La jurisprudencia...», cit., pág. 434.

<sup>29</sup> Por tanto, no es solo el qué (el análisis) sino el cómo (de qué postulados se parte a la hora de analizar). En torno a ello vd. Cabellos Espiérrez, M.A. (2020), «Libertad...», cit., pág. 42.

Ambas presentan algunas diferencias (el método de aproximación al caso es más completo en la 190/2020, mientras que la 192/2020 prescinde de algunos aspectos esenciales; la 190/2020 se detiene en la proporcionalidad del recurso a la vía penal, la 192/2020 no entra apenas en ello), pero lo decisivo es lo que comparten: se basan en criterios restrictivos al fijar el alcance de la libertad de expresión y con ello ésta acaba cediendo ante la aplicación de diversos tipos penales, a partir de un examen de las circunstancias concurrentes que descuida elementos relevantes y muestra prevención frente al ejercicio de aquella libertad. El problema, pues, no es tanto, o no solo, de método, cuanto de los presupuestos de que se parte en relación con la función y alcance de ésta, presupuestos muy reduccionistas, y desde luego diferentes de los que inspiraron a sentencias como la 35/2020.

### 3.2. *Libertad de expresión y ultrajes: el caso de la STC 190/2020*

#### 3.2.1. Introducción

Resuelve la sentencia un recurso de amparo interpuesto frente a la de la Audiencia Provincial de A Coruña, que desestimó la apelación a su vez interpuesta contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol, que condenó al recurrente por un delito de ultrajes a España a la pena de 7 meses de multa: se declaró probado que en el marco de una concentración de protesta de carácter laboral ante el arsenal militar de Ferrol (motivada por los impagos a los trabajadores por parte de la empresa que se encargaba de la limpieza de las instalaciones de Defensa en esa localidad) un representante sindical, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional e interpretación del himno, en presencia de la guardia militar en formación, pronunció con un megáfono las frases «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume a puta bandeira» («aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera»).

En la sentencia del Juzgado de lo Penal los hechos son calificados como delito por concurrir «graves ofensas de palabra a la bandera española», ejecutadas con publicidad, teniendo el encausado «ánimo de menospreciar o injuriar». Y para la Audiencia, las frases «eran de tal modo ofensivas que el ánimo de injuriar se encontraba ínsito en las mismas», y tenían «capacidad de alteración de la normal convivencia ciudadana», pues «los trabajadores concentrados no jalearon la acción del recurrente, sino que algunos protestaron» y generaron en el personal militar presente «un intenso sentimiento de humillación, proporcional a la gravedad del ultraje».

Resulta relevante señalar que el Ministerio Fiscal, que había acusado en la vía ordinaria, ahora cambia su criterio y pide la estimación del amparo. Y lo hace con argumentos que, aun formulados antes de dictarse la STC 35/2020, coinciden con la línea que luego tomaría ésta: la obligación de realizar un cuidadoso examen de las circunstancias a fin de determinar la necesidad y proporcionalidad de la condena penal, y «en particular, el contexto, la forma, el lugar, la finalidad y el alcance de la

protesta laboral en cuyo ámbito se profirieron las expresiones (...) así como la condición de representante sindical de este, el contenido de esas expresiones y su finalidad, y las circunstancias relativas a los destinatarios». El Fiscal señala que la finalidad de la protesta era llamar la atención de las autoridades del Ministerio de Defensa; que se estaba en una reivindicación laboral en la que la actuación de los representantes sindicales frente a quienes ejercen funciones públicas alcanza el nivel máximo de protección (como señalara la STC 109/2018); o que considerar las expresiones como «grave ultraje» sería desproporcionado, generaría un efecto desaliento y supondría establecer una protección privilegiada de los símbolos frente a la libertad de expresión, contra lo que viene estableciendo el TEDH. Por su parte el recurrente, en su demanda de amparo, incide asimismo en la inexistencia de alteración del orden público. Pero como veremos el razonamiento de la sentencia no irá por esos caminos, sino que girará sobre ejes bien diferentes.

### 3.2.2. El encuadramiento inicial del contenido del delito y de la posición de la libertad de expresión

La sentencia conceptúa el tipo del art. 543 CP como dirigido al «mantenimiento del orden político que sanciona la propia Constitución, en atención a la función de representación que los símbolos y emblemas (...) desempeñan» (FJ 2) y que además se explicaría porque el símbolo ejerce «al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles». Con todo, debiera verse si las manifestaciones enjuiciadas representan realmente un peligro para el mantenimiento del orden político, o si esa pureza que ha de mantenerse prima en cualquier circunstancia sobre la libertad de expresión; son cuestiones que el TC no abordará con precisión.

Por otra parte, la sentencia comienza con un análisis en su FJ 3 en torno al papel de las libertades ideológica y de expresión, con cita diversa de jurisprudencia del propio Tribunal y del TEDH<sup>30</sup>, pero que no tendrá ulterior relevancia<sup>31</sup>. Se enuncian una serie de límites al ejercicio de la libertad de expresión y la necesidad de interpretarlos con rigor para no desnaturalizar la libertad de expresión ni hacer del Derecho Penal un factor de disuasión pero, como se verá, poco se parece todo ello a lo que hará después el Tribunal.

---

<sup>30</sup> En cuanto a las sentencias del TEDH que son citadas por el TC en el FJ 4, se retoman después en el FJ 5 bajo un enfoque que permite excluirlas con toda facilidad: no siendo los supuestos de hecho idénticos con el que ahora se estudia, no serían de aplicación. Pero con ello se descuidan, a mi juicio, las líneas de fondo de dichas sentencias sobre la libertad de expresión, que sí que son trasladables.

<sup>31</sup> La irrelevancia de lo establecido en los FFJJ 3 y 4 para lo que en el FJ 5 decidirá el Tribunal, y la desconexión práctica entre aquellos y este, las explica el magistrado Ollero Tassara en su voto al señalar que la sentencia tomó íntegramente partes de su inicial ponencia estimatoria que había sido descartada.

### 3.2.3. Un método de aproximación inicial que será posteriormente alterado

Es relevante que el TC anuncie en su FJ 4 que llevará a cabo un método de aproximación a los hechos mediante dos pasos, pero luego, en el FJ 5, el contenido de dicho método resulta variado. Así, se propone inicialmente el TC:

- a) «Precisar (...) si la conducta objeto de sanción penal constituye, en sí misma considerada, lícito ejercicio de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se encuentra amparada por estos. Se trata de un análisis que no se sitúa en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho fundamental, sino en el previo de la delimitación de su contenido y finalidad» de modo que no se esté desnaturalizando el derecho, usándolo como mero subterfugio para delinquir (por tanto, se establece una tajante dualidad: o ejercicio lícito o delito: no hay nada en medio).
- b) Hecho ello, «si la conducta enjuiciada penalmente forma parte del ámbito de protección propio de los derechos y libertades que han sido alegados, será preciso examinar en segundo término si, por ser ejercicio plenamente legítimo de su contenido, tal circunstancia opera como causa excluyente de su antijuridicidad».

El modo de aproximación así planteado en dos fases es un tanto redundante, y de hecho el segundo paso es innecesario por cuanto el TC indica a continuación que, si la conducta enjuiciada «se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho fundamental invocado y si, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio (...) no podría sufrir reproche penal alguno». La respuesta al segundo de los pasos, por tanto, es siempre afirmativa, y ambos pasos en realidad se funden (quizá habría que decir que se confunden) en uno.

Por el contrario, el método seguido luego en el FJ 5 varía, enlaza con algunos elementos de la jurisprudencia previa (vd. las SSTC 112/2016, FJ 2 y 35/2020, FFJJ 4d y 5b<sup>32</sup>) pero se enuncia con mejor sistemática que en estas y resulta más completo que el avanzado en el FJ 4:

- a) El primer paso que da el TC es el de determinar si la conducta está dentro de lo que sería un ejercicio regular de la libertad de expresión; coincidiría, pues, con el primer paso anunciado en el FJ 4. El TC, luego de valorar una serie de elementos relativos al contexto de la acción (a los que nos referiremos *infra*) concluirá que no, y que «el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión».
- b) El segundo paso acometido por el TC es el de determinar si, habiéndose excluido que haya habido un uso regular de la libertad de expresión, es posible

---

<sup>32</sup> Y en algún aspecto la STC 235/2007. Vd. sobre la aproximación metodológica del TC a estos casos Alcácer Guirao, R. (2020), *La libertad...*, cit., págs. 163-166.

entender al menos que se haya producido un uso excesivo de dicha libertad pero que no haya llegado a desnaturalizarla o desfigurarla, en cuyo caso sería desproporcionado recurrir a la sanción penal<sup>33</sup>. Así, se introduce un elemento no previsto en el método de aproximación anunciado en el FJ 4<sup>34</sup>, aunque en la práctica su aplicación resulte muy condicionada por lo decidido al resolver el primer paso: el TC niega también que haya habido un uso de la libertad de expresión meramente excesivo pero no completamente ajeno a ella y por ello no merecedor de sanción penal<sup>35</sup>.

- c) Y aún añadirá el TC un tercer paso, consistente en ver si, aun no quedando amparada la conducta por la libertad de expresión desde ningún punto de vista, era proporcionada la respuesta penal a la conducta castigada, a lo que responde afirmativamente en atención a la levedad de la pena impuesta.

El problema, en definitiva, no será tanto de método de aproximación al caso (por más que sea una cuestión relevante) sino de los parámetros interpretativos que luego se utilicen al aplicar ese método, y de qué valoración de las circunstancias concurrentes se haga y desde qué concepción de la posición de la libertad de expresión y sus límites. Y, como veremos, en la aplicación que hace el TC de su método predomina una concepción restrictiva de aquella posición y un muy notable recurso a elementos subjetivos de difícil concreción. En suma: un método correcto no sirve de mucho si se acompaña de una aplicación de esa índole.

### 3.2.4. El examen del contexto realizado por el Tribunal

#### 3.2.4.1. Una posición de partida muy restrictiva

El TC sí que realiza un examen del contexto, pero desde una perspectiva muy restrictiva del alcance de la libertad de expresión y de su condición de medio para el ejercicio de otros derechos (en este caso, la libertad sindical) así como usando algunos criterios en un sentido muy limitativo. Así, el Tribunal toma en consideración:

---

<sup>33</sup> «La gravedad que representa la sanción penal supondría [también] una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio» (FJ 5, con cita de la STC 62/2019).

<sup>34</sup> Y que se recogía muy de pasada en la STC 35/2020, cuyo FJ 5b decía que «este Tribunal no puede sino compartir con las resoluciones impugnadas la valoración que realizan en el sentido que no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal». En la 190/2020 ese *obiter dicta* adquiere mayor protagonismo.

<sup>35</sup> Lo contrario, ciertamente, hubiera resultado sorprendente después de que el TC dijera previamente que las expresiones eran innecesarias, desconectadas de la protesta laboral y lesivas de los sentimientos no ya solo de personas que contemplaron los hechos sino incluso de segmentos de la población no identificados pero al parecer existentes.

- El momento en que las expresiones fueron proferidas («la ceremonia más solemne de todas las que tienen lugar en un acuartelamiento militar, en la que se hace un acto de especial respeto y consideración a símbolos del Estado»).
- La utilización del término «puta» para calificar a la bandera, que para el Tribunal conlleva «un mensaje de menosprecio hacia la bandera, que cumple una función integradora de la comunidad».
- La innecesariedad, a juicio del TC, de las expresiones proferidas para sostener las reivindicaciones laborales, «pues no contenían ninguna palabra que permitiera asociarlas con el fin reivindicativo expresado, eran unas expresiones que no añadían nada más a aquella finalidad».
- La falta de vínculo o relación, también a juicio del TC, de las expresiones utilizadas con la reivindicación laboral.
- El «intenso sentimiento de humillación» del personal militar presente en el acto, y que algunos de los manifestantes, ante las expresiones proferidas, dijieran «no, eso no».

El problema de estos criterios —algunos de ellos empleados de manera tradicional por el TC— es que, tal como han sido aplicados, permitirían excluir la libertad de expresión en numerosísimos supuestos. Pensemos por ejemplo en la «innecesariedad», que ampliamente interpretada permitirá descartar cualquier expresión que resulte molesta, pues siempre podrá decirse que había otras formas distintas de expresarse<sup>36</sup>; lo mismo puede decirse de la «falta de vínculo o relación», pese a la evidencia de que la protesta se hacía por motivos laborales y para presionar a las autoridades de Defensa para que a su vez actuasen<sup>37</sup>; por su parte, el «sentimiento de humillación» es difícilmente mensurable; tampoco parece que las palabras proferidas sean de uso tan extraño en el lenguaje común como para poder suscitar humillación o escándalo en los testigos de los hechos<sup>38</sup>, o que la inexistencia de unanimidad entre los manifestantes sobre la expresión proferida anule la posibilidad de expresarse de uno de ellos; y sobre el momento, cuya solemnidad excluiría el ejercicio de la libertad de expresión que incomode, se primaría de modo absoluto el elemento simbólico<sup>39</sup>, cuando precisamente la libertad de expresión, unida al ejer-

---

<sup>36</sup> Sobre la necesidad de interpretar restrictivamente la innecesariedad vd. Urías Martínez, J. (2021), «Insultos en el Tribunal Constitucional (sobre un requisito para el ejercicio de las libertades de expresión e información)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 121, págs. 295 ss.

<sup>37</sup> Discrepan de esta «falta de vínculo» los magistrados Ollero Tassara, Xiol Ríos y Balaguer Callejón.

<sup>38</sup> Incide en ello el magistrado Ollero Tassara en su voto.

<sup>39</sup> Como señalan los magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón, «la sentencia parte del presupuesto de que (...) la preservación de lo simbólico asociado a la bandera, y por tanto del sentimiento de adhesión a ese símbolo, merece mayor consideración que la garantía de un derecho fundamental, el de la libertad de expresión».

cicio de la libertad sindical, busca el momento en que pueda ser más efectiva, y no el que la haga pasar más desapercibida.

### 3.2.4.2. Un recurso excesivo a elementos subjetivos poco o nada verificables

Como se ha dicho, subyacen en el razonamiento del TC toda una serie de elementos subjetivos: al sentimiento de humillación que habrían sentido los presentes se añaden otros concretados en el menosprecio hacia determinados sentimientos<sup>40</sup> o la difusión de sentimientos de exclusión de una parte de los ciudadanos<sup>41</sup>. Sin embargo, con todo ello se vuelve a diluir el papel de la libertad de expresión en un genérico marco de sentimientos de titularidad difusa («muchos ciudadanos»; «aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos») o de proyección de un indefinido «reflejo emocional de hostilidad»<sup>42</sup>: una especie de ofensa colectiva de destinatario incierto, que el propio Ministerio Fiscal no ha considerado como identificable. El Tribunal, por tanto, basa su tesis de que no se está ejerciendo la libertad de expresión correctamente en elementos de índole subjetiva<sup>43</sup>, lo que —junto a los demás elementos antes mencionados— permite excluirla sin mayor dificultad<sup>44</sup>.

### 3.2.5. Algunas conclusiones preliminares

Como se ha señalado, el método de análisis anunciado por el Tribunal resulta un tanto redundante, y luego es sustituido por otro más completo y sistemático aunque en la práctica se traduce en ir confirmando en varios pasos la primera conclusión a la

<sup>40</sup> Las expresiones proferidas conllevan «una carga (...) de rechazo hacia la simbología política que representa la enseña nacional y, por tanto, menospreciativa de los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir por aquella» (FJ 5).

<sup>41</sup> «La expresión de ese deseo supone (...) la difusión de los demás de un sentimiento de intolerancia y de exclusión que se proyecta con su afirmación a todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad nacional» (FJ 5).

<sup>42</sup> Frente a la línea mayoritaria, resulta más certera la del magistrado Ollero Tassara que señala que las expresiones iban dirigidas no a generar odio sino a reclamar frente a la autoridad militar. En idéntico sentido el voto del magistrado Conde-Pumpido Tourón.

<sup>43</sup> Se puede por tanto coincidir con la apreciación del magistrado Conde-Pumpido Tourón, quien señala que «la interpretación conforme a la CE del tipo penal aplicado hubiera exigido objetivar el bien jurídico digno de protección. No pueden serlo los sentimientos subjetivos de ofensa que puedan experimentar los ciudadanos, muchos o pocos, civiles o militares; sino únicamente el peligro real de alteración de la paz pública».

<sup>44</sup> Como señala Alcácer Guirao, «en [un] clima de conformidad y de corrección política, los sentimientos subjetivos se erigen en interés personal merecedor de protección y en exclusiva medida de la ofensa sufrida, por lo que toda afectación a tales sentimientos se equipara axiológicamente al daño a un bien jurídico. Surge con ello un nuevo «derecho»: el derecho a no sentirse ofendido». Vd. Alcácer Guirao, R. (2019), «Símbolos y ofensas. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-15, pág. 4. Del mismo autor (2020), *La libertad...*, cit., págs. 238-240.

que se ha llegado. Por lo demás, al analizar los hechos y sus circunstancias se abusa del recurso a elementos de índole subjetiva, difícilmente mensurables.

Se llega así a conclusiones que prescinden de la posición de la libertad de expresión (y en este caso de su conexión con la libertad sindical y, como sustrato de ambas, la ideológica<sup>45</sup>). Ello es bien visible en las consideraciones del TC sobre el momento de los hechos, la necesidad o no de los mismos, y su conexión con la protesta laboral (ignorando así la jurisprudencia relativa al mayor alcance de la libertad de expresión en casos como estos), criterios que se aplican (y esto será clave en la sentencia) desde una perspectiva muy restrictiva y de desconfianza frente a la libertad de expresión.

Así, el ejercicio de tal libertad acaba cediendo ante la protección absoluta a un símbolo, hasta el punto de que ni siquiera es necesaria la causación de un daño material, bastando con una manifestación relativa a lo que se querría hacer con aquél, o con una manifestación despectiva<sup>46</sup>. Se muestra con ello un concepto pobre de la libertad de expresión, que se refuerza con el recurso, en un sentido restrictivo, al criterio de la contribución o no de las expresiones a la formación de una opinión pública libre<sup>47</sup>, para negar que hubiese habido siquiera un ejercicio no regular, extra-limitado, de la libertad de expresión pero que no llegase a desnaturalizarla y no fuera en consecuencia merecedor de sanción penal.

Lo anterior lleva a comprobar que de poco sirve utilizar un método de aproximación adecuado (como es el caso) y examinar el contexto (como pedía la STC 35/2020), si se hace desde parámetros imposibles de objetivar mínimamente y añadiendo exigencias que permiten fácilmente excluir dicha libertad. Así, los criterios relativos a limitar la libertad de expresión solo cuando suponga incitación a la violencia, altere el orden público, etc., son claramente preteridos en favor del recurso en un sentido

---

<sup>45</sup> Y respecto de la que el TC había dicho en anterior jurisprudencia que solo debía ceder cuando su ejercicio se valiera de la alteración del orden público, en coherencia con lo que dispone el art. 16 CE (vd. STC 20/1990, FJ 2). Ciertamente en la sentencia de 2020 el TC ha olvidado ese criterio.

<sup>46</sup> Como señalan en su voto los magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón, esto «supone una exigencia de adhesión a los símbolos que se acerca en exceso a una idea de democracia militante que la Constitución no contiene».

<sup>47</sup> La admisión de la libertad de expresión solo cuando contribuya a construir una «opinión pública libre» lleva lógicamente a reducir el alcance de aquella en función de lo que se entienda por tal opinión pública. Son de interés las reflexiones de Solozábal Echavarría sobre el peligro de «funcionalizar estos derechos, convertirlos de derechos de libertad en derechos de participación, y sobre todo posibilitar una intervención organizadora y configuradora del Estado, lo que no puede brindar sino la ocasión de su manipulación» Vd. Solozábal Echavarría, J. J. (1991), «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, pág. 104. También son relevantes las advertencias de Teruel Lozano al respecto en (2021), «La jurisprudencia...», cit., págs. 416 ss. Por último, la admisión de ese criterio limitativo de la opinión pública libre resulta difícilmente compatible con una fundamentación mínimamente amplia del papel de la libertad de expresión, como pone de manifiesto un mero examen de las principales formas de fundamentación de esta, en torno a las que podemos remitir a Rosenfeld, M. (2000), «La filosofía de la libertad de expresión en América», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, págs. 474-477. También de interés sobre el tema vd. Fiss, O. (1997), *Libertad de expresión y estructura social*. México D.F., Fontamara.

claramente restrictivo a los relativos a la (in)necesariedad de las expresiones, la (des) conexión con la reivindicación o la contribución a la opinión pública libre; y resulta ilustrativo comparar la aproximación hecha por el TC con la ofrecida por el Ministerio Fiscal, que por otra parte aquel ignora<sup>48</sup>.

Por último, dos cuestiones: sorprende que la jurisprudencia del TEDH se use solo para excluirla, bajo el argumento formalista de que el presente caso no sea idéntico a los tratados por aquel, como si ello fuera un requisito para considerar las sentencias del TEDH y sus líneas de fondo<sup>49</sup>; y en cuanto a la proporcionalidad del recurso a la sanción penal, el TC llega a la conclusión de que existe al considerar solo la —leve— pena impuesta, pero no se tienen en cuenta otros factores relevantes: el hecho de haber sido el recurrente juzgado penalmente en varias instancias, lo que social y personalmente conlleva este hecho, etc.; de considerarse, seguramente hubiera dado otros matices a la respuesta, ya que lo que disuade *pro futuro* de ejercer la libertad de expresión, más que una posible pena de multa, es el hecho de saber que se puede entrar como acusado en el proceso penal. Por otra parte, fijarse solo en la cuantía de la multa descuida el análisis de si, no habiendo incitación a la violencia o alteración del orden público, es proporcional recurrir a la sanción penal.

### 3.3. *Libertad de expresión y libertad religiosa: el caso de la STC 192/2020*

#### 3.3.1. Introducción

Con solo dos días de diferencia dictó el TC otra sentencia relativa a la libertad de expresión, solo que en conexión con la libertad religiosa. Aun cuando haya quedado en su conocimiento público un tanto eclipsada por la de la bandera, resulta también de interés porque representa un supuesto quizá no tan flagrante pero también significativo de aplicación restrictiva de la libertad de expresión.

Trae causa la STC 192/2020 de la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Girona y confirmada posteriormente en casación por el TS por la comisión de un delito previsto en el art. 523 CP. El condenado, junto con un grupo de personas, se hallaba sentado en los bancos de la iglesia de Sant Pere de Banyoles durante la misa, levantándose en un momento determinado para proferir una serie de consignas contra

---

<sup>48</sup> De «eclipse de Fiscal» habla en su voto el magistrado Ollero Tassara, dado que el TC ignora por completo las alegaciones de aquel, «lo que dio paso a una pintoresca situación, en la que se le acaba negando [el amparo] a quien, en el proceso constitucional, nadie acusa».

<sup>49</sup> Cabe recordar cómo la STEDH *Christian Democratic People's Party v. Moldova* n.2, de 2 de febrero de 2010, señaló que la quema de banderas por parte del partido político condenado fue una forma de expresar su opinión respecto de un asunto de interés público y ello no podía conducir a una condena (vd. §27). Aun no tratándose ahora de la actuación de un partido político o de protestas contra un país extranjero, sí que, como señalan los magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón, estamos ante un caso de expresión de un asunto de interés público ante autoridades públicas, al que debería haberse aplicado la misma línea interpretativa.

el proyecto de ley de reforma del aborto y la posición de la Iglesia católica en esta cuestión, así como arrojando pasquines, todo ello durante «dos o tres minutos», paralizando el desarrollo de la misa, tras lo cual los manifestantes abandonaron la iglesia. La pena impuesta fue de seis meses de prisión.

De nuevo en este caso debe hacerse notar la posición del Ministerio Fiscal, que acusó en la vía ordinaria y ahora solicitaba la estimación del amparo por vulneración de la libertad ideológica y de expresión y del derecho a la legalidad penal. Considera el Fiscal que de las sentencias previas se deriva que el problema de la acción condenada no era ésta en sí misma, sino su lugar y momento, lo que llevaría a considerar que «la libertad religiosa, en su manifestación colectiva, goza de una protección que no admite límite alguno y que toda perturbación de la misma puede ser sancionada con una pena privativa de libertad, independientemente del tipo de perturbación» ignorándose el principio de proporcionalidad. Por lo demás, se realiza a su juicio una interpretación muy amplia y ajena al significado técnico-jurídico del concepto de «vía de hecho» como modalidad comisiva del art. 523 CP, que comportaría que «cualquier conducta que se lleva[ra] a cabo sería típica, dándole así al precepto una amplitud desmesurada».

### 3.3.2. El encuadramiento inicial del contenido del delito y de la posición de la libertad de expresión

La sentencia se refiere repetidamente al «delito contra los sentimientos religiosos del art. 523 CP», aunque de la estructura plural de la sección en que está encuadrado este delito debemos inferir que éste en concreto es un delito contra la libertad de conciencia. Con todo, esa mezcla con los sentimientos religiosos le servirá al TC también para afirmar que los sentimientos de los presentes en la ceremonia habrían resultado heridos, lo que por un lado no se acredita y, por otro, no es propiamente el objeto del tipo penal aquí aplicado.

Sea como fuere, lo que también se constata en la sentencia es la habitual exaltación inicial de la importancia de la libertad de expresión y de cómo sus límites «deben ser siempre ponderados con el máximo cuidado», y que el juez penal debe «tener siempre presente su contenido constitucional» para no «hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de [esa] libertad». Con todo, como se verá, la línea de la sentencia será otra.

### 3.3.3. La metodología de análisis utilizada

La metodología se concentra en un paso: «es preciso determinar si la conducta constituye un ejercicio lícito de los derechos fundamentales invocados y se encuentra amparada por estos (...) Si la conducta constituye un acto ajustado al ejercicio regular del derecho (...) no resultará constitucionalmente legítima la imposición de una sanción penal, la cual solo será constitucionalmente posible cuando estemos frente a

un «aparente ejercicio» del derecho fundamental, (...) que desnaturalice o desfigure el derecho y se sitúe objetivamente al margen de su contenido esencial, quedando por ello en el ámbito de lo potencialmente punible» (FJ 2).

No se contempla, pues, el segundo paso que sí contemplaba —en el método que finalmente aplicó— la STC 190/2020, es decir, que hubiera un ejercicio excesivo pero que no mereciera sanción penal. No solo eso, sino que de hecho se excluye esa posibilidad cuando más adelante, en el FJ 4, se señala que «solo si esta libertad [de expresión] se ejerció sin exceso, teniendo en cuenta que también se ve concernido (...) el derecho de libertad religiosa (...), procedería la estimación (...) del recurso de amparo» (FJ 4). Por tanto, para esta sentencia, una vez se cruza la línea del ejercicio regular de la libertad de expresión entramos ya, directamente y sin zona intermedia de ningún tipo, en el ámbito de lo penalmente castigado<sup>50</sup>, diferencia notable con la sentencia previa<sup>51</sup>. Tampoco se atiende, como se verá, al elemento (clave) de la proporcionalidad<sup>52</sup>.

### 3.3.4. El examen del contexto realizado por el Tribunal

Pareciera que de la jurisprudencia del TEDH podían extraerse pautas para este caso, pero el TC disiente y considera que las circunstancias que se daban en la STEDH *Mariya Alekhina c. Rusia*, de 17 de julio de 2018, no eran las que aquí concurren, porque «los actos de las allí demandantes no interrumpieron ningún servicio religioso» (FJ 3). Como se dirá, no obstante, la citada STEDH dice mucho más que lo poco que el TC selecciona de ella<sup>53</sup>, y da una serie de pautas aplicables a este caso, que el TC ignorará en todo lo que no resulten compatibles con su decisión.

La clave estará, por tanto, en la interrupción de la celebración de la misa, momento y lugar excluido al intercambio de ideas o a la protesta, pues durante la misma «no existe ningún punto de conexión que permita considerar que la ceremonia esté abierta a un intercambio de ideas que reflejen una protesta ejercida por terceros» (FJ 4). Tal interrupción se considera innecesaria: los manifestantes tenían, dice el TC, otras alternativas para comunicar su mensaje, y desplegaron una pancarta que «podía considerarse capaz de herir los sentimientos de dichos fieles» —de nuevo el recurso por

<sup>50</sup> Crítica esto en su voto el magistrado Conde-Pumpido Tourón, quien además recuerda cómo la STC 104/2011 señalaba que más allá del ejercicio regular del derecho fundamental hay un ámbito de ejercicio, podríamos decir, excesivo, en el que la sanción penal no puede operar, quedando esta para casos no de simples excesos sino de uso del derecho como mero subterfugio para cometer actos antijurídicos. En la misma línea Xiol Ríos y Balaguer Callejón. En la doctrina, vd. Dopico Gómez-Aller, J. (2021), «El segundo caso Pablo Hasél», *Eunomia*, 20, pág. 412.

<sup>51</sup> Aunque en la práctica, como se vio, el uso posterior de criterios restrictivos hace que la diferencia metodológica no resulte relevante.

<sup>52</sup> Sobre la tendencia del TC a no atender al criterio de la proporcionalidad en este tipo de casos vd. Alcácer Guirao, R. (2020), *La libertad...*, cit., págs. 166-167.

<sup>53</sup> Y que es básicamente lo que resulta funcional respecto de la desestimación del amparo, como es la referencia del TEDH a la no existencia de una libertad de foro a la hora de ejercer la libertad de expresión.

hipótesis a los sentimientos—<sup>54</sup> y la brevedad de la interrupción, concluye, no es argumento suficiente<sup>55</sup>.

Con todo, se hace evidente que esta última cuestión preocupa al Tribunal pues, a pesar de considerar que no es atendible tal argumento, al analizar el concepto de vía de hecho señala que esta y el resto de medios comisivos que cita el tipo penal han de tener una «cierta relevancia», relevancia que se mide «teniendo en cuenta las características de la actuación enjuiciada, especialmente la duración, la forma en que se ha causado, y la forma en que cesó». No obstante, luego el TC se limita a atender al factor de la duración, prescindiendo del resto de elementos, y señala que «ello permite excluir del tipo (...) los supuestos en que por breves instantes se causa una pequeña interrupción o una perturbación que cesa inmediatamente y que pudiera considerarse menor. Incluso algunas conductas que pudieran calificarse como impeditivas por momentos muy breves (...) si cesan inmediatamente, podrían entenderse no delictivas». Dado que la interrupción de la misa duró dos o tres minutos, el Tribunal entiende que excede de lo anterior, y con ello «perturbó gravemente su normal celebración, y (...) vulneró la libertad religiosa de los feligreses» (FJ 5). Se trata, pues, de una valoración meramente temporal, donde tampoco sabemos bien dónde está la frontera entre lo penalmente relevante y lo que no (¿medio minuto, un minuto?) descartándose toda otra consideración sobre las circunstancias, forma y características de la protesta<sup>56</sup>.

Y no se estudia uno de los aspectos relevantes del contexto de la conducta: su incardinación en el debate sobre la reforma entonces en marcha del aborto, debate en el que la Iglesia había expresado su postura. Con ello, el análisis del contexto resulta incompleto, porque la conducta penada se desliga de su vínculo con el ejercicio, por más que excesivo, de la libertad de expresión (e ideológica) en torno a un asunto de interés público, que hubiera debido llevar a examinar la posición preferente de aquella en la línea establecida por el TEDH<sup>57</sup>, y a valorar si la breve interrupción y las cir-

---

<sup>54</sup> Advertía Alcácer Guirao de la «falaz identificación que a veces se establece entre los sentimientos de ofensa y el contenido de derechos fundamentales que, como (...) la libertad religiosa, se sitúan en conflicto con la libertad de expresión». Vd. Alcácer Guirao, R. (2019), «Símbolos...», cit., pág. 5. Sobre la relación entre libertad religiosa y libertad de expresión, los modelos de intervención penal en esta confluencia, o la distinción entre blasfemia y discurso del odio, vd. por todos Vázquez Alonso, V., (2016), «Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo postsecular». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 146, págs. 305-341.

<sup>55</sup> «Constituye un argumento muy débil, pues el lugar y el modo en que se ejerce la libertad de expresión no son irrelevantes, cuando, como en el caso, ese ejercicio entra en conflicto con la libertad religiosa» (FJ 4).

<sup>56</sup> Que, para el magistrado Conde-Pumpido Tourón en su voto, era «una conducta de protesta que no incitó al odio religioso, que no utilizó ninguna expresión ofensiva o hiriente, y que tenía como objetivo visibilizar críticamente la postura de la jerarquía de la confesión católica en un asunto de importancia para la ciudadanía, sin valorar que comportó una breve y casi momentánea interrupción de la celebración religiosa, que se reanudó a los dos o tres minutos, sin incidencia alguna».

<sup>57</sup> Ha señalado reiteradamente el TEDH que «existe poco margen con arreglo al artículo 10.2 del Convenio respecto a las restricciones sobre expresión política o de debate de cuestiones de interés público» (vd. STEDH Toranzo Gómez c. España, de 20 de noviembre de 2018, §50).

cunstancias de la protesta revestían tal entidad como para negar dicha posición preferente. Si no, la libertad religiosa adoptaría un carácter absoluto cuando se ejerce colectivamente, y cualquier interferencia con ella iría directamente a la vía penal, dado además que para el TC, en esta sentencia, no hay ninguna zona intermedia entre el ejercicio regular del derecho y el delito.

Por último, un adecuado examen del contexto hubiera debido llevar al TC a preguntarse por la proporcionalidad de recurrir a la vía penal. Dado que aquel examen se lleva a cabo con parámetros muy restrictivos y bajo un planteamiento estrictamente dual de «o ejercicio absolutamente regular o delito», no puede sorprender que el examen de dicha proporcionalidad, pese a su relevancia<sup>58</sup>, se vea totalmente desatendido en la sentencia<sup>59</sup>.

### 3.3.5. Algunas conclusiones preliminares

La primera cuestión relevante es si la entidad de los hechos se acomoda a una interpretación mínimamente restrictiva de un tipo penal como este. ¿Estaba realmente el art. 523 CP pensado para una breve interrupción de 2-3 minutos realizada en el marco del debate sobre una cuestión de interés público? Cuando habla de «violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho» ¿no debiera interpretarse en el sentido de actos de gravedad constatable, que provoquen una perturbación grave y mínimamente duradera, que suponga un impedimento real para la continuación de una ceremonia?

Los actos enjuiciados eran de ejercicio de la libertad de expresión (en torno a un tema de interés público sobre el que la propia Iglesia había fijado su postura) bien que con medios ciertamente discutibles. Había un exceso en el ejercicio de aquella, pero ¿tanto como para recurrir a la sanción penal? Por otra parte, no se estaba realizando una burla de los dogmas de una confesión apta para promover la intolerancia religiosa o incitar al odio, supuestos en que el TEDH ha admitido que la libertad de expresión ceda ante la libertad religiosa.

El examen del contexto que realiza el TC es muy parcial: se pone el acento en la interrupción, y se configura en realidad la libertad religiosa como un derecho absoluto. El art. 523 CP se interpreta en un sentido literal, en el que la respuesta penal se alza frente a cualquier interrupción, aun anecdótica, perdiéndose así la perspectiva de la concurrencia del ejercicio de otros derechos, así como la de la proporcionalidad. El contraste entre la línea interpretativa del TC y el de la STEDH del caso *Mariya Ale-*

<sup>58</sup> Y más en un caso como este, en que se podría afirmar una lesión a la libertad religiosa que, por tanto, de concurrir debiera llevar a examinar si el daño causado tiene tal entidad como para que recurrir a la vía penal. Como señala Alcácer Guirao, «solo deben ser sancionadas bajo pena las conductas con mayor lesividad social porque solo en tal caso es proporcionado acudir a la restricción de la libertad del ciudadano que conlleva la sanción penal (...). Si no (...) la restricción coactiva a la libertad constituiría, en palabras de nuestro TC, un patente derroche inútil de coacción». Vd. Alcácer Guirao, R., (2020), *La libertad...*, cit., pág. 171.

<sup>59</sup> Critican este olvido de la sentencia los magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón.

khina (que el TC, haciendo una muy selectiva cita de sus contenidos, viene a considerar poco menos que irrelevante) es total: el TEDH examina allí toda una serie de factores que le llevan a dar primacía a la libertad de expresión frente a la religiosa, y que si el TC hubiera analizado seriamente le hubieran tenido que llevar a igual conclusión<sup>60</sup>.

El TC expone, por lo demás, que los manifestantes tenían otras alternativas, pero esto siempre sucederá ante cualquier ejercicio de la libertad de expresión. La clave no es si había otras opciones (siempre las habrá) sino si la utilizada era, por su gravedad, riesgo generado, capacidad ofensiva o de incitar al odio, etc., admisible o no. Y en este caso nos hallamos, como se dijo, ante una breve interrupción, sin incitación al odio ni ofensas realmente constatables ni peligro para personas o bienes o alteración del orden público, y con una conexión con un debate público de interés general. Ante tales circunstancias, el TC deja sin tratar adecuadamente la pregunta principal: ¿es proporcionada la respuesta penal?<sup>61</sup> ¿No estaríamos ante un mero ejercicio excesivo de la libertad de expresión que no requiere tal respuesta por su efecto disuasorio, y por su innecesariedad en una sociedad democrática<sup>62</sup>? Cuando menos habría argumentos atendibles para sostener esto, pero el TC evita este debate.

#### 4. RECAPITULACIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A ESTOS CASOS Y AL USO DE LA VÍA PENAL FRENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. A lo largo del trabajo se ha querido mostrar cómo el TC no ha logrado aún fijar una metodología reconocible y previsible al enjuiciar en amparo casos relativos a la libertad de expresión en el ámbito penal, y que hay una cesura entre las proclamas que realiza sobre la (teórica) importancia de dicha libertad y las soluciones que, luego, acaba adoptando en la mayoría de los casos. Late ahí una contradicción que el TC debiera resolver: si la libertad de expresión es tan relevante, no resulta coherente que los límites penales a esta sean tan amplios y provengan de tantos frentes diversos, ni que cual-

---

<sup>60</sup> El TEDH valora si las declaraciones se realizaron en un contexto político o social tenso (solo en caso afirmativo podría afirmarse la necesidad de injerencia en la libertad de expresión); si eran un llamamiento directo o indirecto a la violencia o la justificaban (ídem); y si por su forma de realizarse tenían capacidad directa o indirecta de provocar consecuencias dañinas (§217 a 221); e incluso el TEDH señala que no bastaría un solo factor. Resulta claro que en el caso juzgado por el TC no se daba ninguno de ellos.

<sup>61</sup> No está de más señalar que el TEDH, en la sentencia Mariya Alekhina, recordó que la Comisión de Venecia, en su informe sobre libertad de expresión y libertad religiosa, consideró las sanciones penales «inapropiadas respecto a las ofensas a los sentimientos religiosos e, incluso, respecto a la blasfemia» (§110).

<sup>62</sup> Vd. en torno a la innecesariedad de la sanción penal en estos casos la clara doctrina de la STC 104/2011, que el TC ahora ignora.

quier ejercicio extralimitado de esa libertad conduzca a la vía penal como única solución. Hacen falta criterios claros, coherentes y estables, y el TC no los está ofreciendo.

2. Para establecer la línea coherente que se acaba de mencionar, el TC ha de fijar una metodología que no varíe de sentencia en sentencia. En la 190/2020 se empieza de un modo y se acaba de otro; en la 192/2020 se reformula lo anterior y parece partirse de la idea de que entre el ejercicio completamente regular de la libertad de expresión y la comisión de un delito no hay ninguna zona intermedia, y se ignora toda referencia a la proporcionalidad de ir a la vía penal. Si el método parece cambiar en función del ponente, e incluso un mismo ponente anuncia una cosa y luego hace otra, la predictibilidad para el operador jurídico de lo que el TC pueda decir se reduce a cero, y la inseguridad jurídica crece exponencialmente.
3. Aunque el propio TC haya destacado en diversas sentencias la importancia de analizar el contexto, la intención, el riesgo o el daño generados, con esto, que es importante, no se acaba el problema. Se puede analizar todo ello con gran detalle por parte del mismo TC pero hacerse desde una posición de desconfianza o prevención frente a la libertad de expresión (o desde un concepto de discurso del odio difuso y muy expansivo, o desde el recurso a criterios puramente subjetivos, etc.) lo que llevará a dar por buena la condena penal en casi cualquier circunstancia, y con ello, por tanto, poco habremos avanzado por más análisis que haya. Tan importante como éste es la concepción de fondo que se tenga sobre la libertad de expresión y su función, que lleve a que no sirva cualquier contexto, intención o incitación para condenar, ni el riesgo más hipotético y nimio. Y en las dos sentencias de finales de 2020 no parece que el TC haya tenido en cuenta esta concepción de fondo, y los elementos que acaban de indicarse son considerados desde una perspectiva tendente a magnificar su hipotética existencia, junto con una valoración superficial —en un caso— y la ausencia —en el otro— del examen de la proporcionalidad de recurrir a la pena.
4. La aplicación de aquellos tipos penales de un modo restrictivo para con la libertad de expresión tiene efectos paradójicos: lleva a imponer penas normalmente poco elevadas, pero genera al mismo tiempo una difusión enorme de expresiones que, representativas muchas veces de la imprudencia o la estulticia de su autor, ven sus efectos y difusión multiplicados cuando, de no haber intervenido la vía penal, hubieran pasado desapercibidas, reducida su difusión a un número ínfimo de personas. Con ello, al aplicar la vía penal a conductas objetivamente poco graves se les acaba dando aquello que buscaban: una notoriedad que normalmente no merecerían.
5. Al mismo tiempo esta aplicación muchas veces desmesurada de los tipos de enaltecimiento, de injurias a símbolos, autoridades o instituciones, a los

sentimientos religiosos, etc., lo que logra es deslegitimar a los bienes jurídicos que se pretende tutelar, que pasan a ser percibidos por parte de la ciudadanía como bienes «sobrepotejados», que obstaculizan la libertad de expresión, en vez de como bienes merecedores de tutela, pero de tutela frente a agresiones con entidad, no frente a cualquier expresión poco elegante.

6. No menos importantes son los efectos que todo ello puede conllevar para la imagen de nuestro país ante el exterior. La STC 177/2015 ya mereció una sentencia adversa del TEDH, como también más recientemente la STC 112/2016. Habrá que ver qué pasará con las dos últimas de 2020. En marzo de 2021 la Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa escribió una carta al Ministro de Justicia para trasladarle su preocupación por la aplicación de tipos penales como los antes mencionados. Ello muestra cómo puede afectar a la imagen de España la ausencia de criterios estables y constitucionalmente coherentes en torno a dichos tipos; lograrlos no debiera ser tan complejo, y más cuando parecía que se había conseguido con la STC 35/2020.
7. Recurrir a la vía penal en muchos de esos casos es manifiestamente desproporcionado, y la vía civil o la administrativa —según los casos— debieran bastar. Debe tenerse en cuenta que el efecto desaliento de la vía penal lo causa no solo la pena finalmente impuesta (que muchas veces es baja) sino el mero inicio del proceso penal, la «pena de banquillo», el aparecer el individuo en los medios de comunicación. Incluso cuando el resultado final fuera la absolución, el daño (y el efecto disuasorio *pro futuro*) ya está hecho. En este sentido, la existencia de esos tipos penales favorece también, a través de un uso interesado y partidista de la acción popular, que se impulsen querrelas aun a sabiendas de su nula base con el único objetivo de intentar que se admitan a trámite y se ponga en marcha, aunque sea por poco tiempo, la maquinaria judicial con el consiguiente eco mediático.
8. Ese efecto desaliento no es lo único que se produce en relación con la libertad de expresión. La limitación de esta al ámbito de lo que no moleste demasiado puede acabar por provocar en la sociedad, como efecto reflejo, una cierta idea de que la libertad de expresión no debe importunar, y que no será libertad de expresión todo aquello que subjetivamente moleste, y frente a lo que tendrían hipotéticamente derecho a reaccionar por vía penal cuantos ofendidos surjan (o los poderes públicos en su nombre). En definitiva, la progresiva limitación del ámbito de actuación de la libertad de expresión genera paulatinamente como efecto una sociedad pronta al victimismo y a sentirse ofendida<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Vd. en esta línea Alcácer Guirao, R. (2019), «Símbolos...», cit., pág. 4.

9. Es oportuno también atender a una cuestión que *a priori* pudiera parecer colateral pero es relevante: determinados criterios fundamentadores de la libertad de expresión, de largo recorrido y tradición, pueden actuar como modos de reducir notablemente el ámbito de aquella según cómo se apliquen. Así ocurre cuando se la interpreta en el sentido de ponerla al servicio de una determinada concepción de lo que sea una «opinión pública libre», excluyendo así toda expresión que no contribuya de manera constatable al debate político o de cuestiones de interés público, bajo una concepción de la libertad de expresión estrictamente ligada al principio democrático; el criterio puede dejar fuera en la práctica muy variadas formas de expresión y supeditar totalmente la libertad de expresión al ámbito de la participación política, acaparando la dimensión institucional de dicha libertad todo el contenido de esta negándole su vertiente de autonomía personal. Parecidos efectos reductores se derivan de criterios empleados por el TC como el de la «necesidad» de la expresión o si existían «otras alternativas» a la misma, criterios clásicos que tienen sentido si se aplican a manifestaciones claramente injuriosas que no persigan otra cosa que el insulto o la intimidación en sí mismos pero que aplicados de manera inmoderada y expansiva siempre permitirán excluir cualquier expresión que moleste sin mayor esfuerzo argumentativo, y someten a quien ejercita la libertad de expresión a una especie de prueba casi imposible en torno a la absoluta necesidad de decir algo o de no poder decirlo de otro modo.
10. Por último: el gobierno estatal ha anunciado su voluntad de impulsar en las Cortes la reforma en el Código Penal de los tipos antes mencionados; hay también diversas proposiciones de ley ya presentadas. El tiempo dirá si la reforma resulta viable y, sin pasar al otro extremo y eliminar por completo la protección a determinados bienes jurídicos, se reserva dicha protección en lo penal a los casos graves, en los que se genere un riesgo cierto de una entidad constatable y ni se sobreprotejan instituciones y cargos (que deben estar particularmente sometidos a la crítica) ni hipotéticos sentimientos colectivos de identificación difusa o imposible; y donde, por último, no se dupliquen tipos penales. Está en juego, en fin, no solo la libertad de expresión, sino otros derechos que muchas veces convergen con ella. Una reforma normativa que contribuya a brindar a los tribunales las pautas claras que, parece, está costando tanto encontrar, resulta cada vez más urgente.

### Title

A problem of methodology? The difficulties of constitutional jurisprudence to prosecute with stable guidelines the punishment of potentially harmful forms and speeches of vindication, criticism or protest.

### Summary

1. INTRODUCTION. 2. ON THE IMPORTANCE OF A CAREFUL EXAMINATION OF THE CONTEXT AND THE RISK IN THIS TYPE OF CASES: A BRIEF REFERENCE TO THE EVOLUTION FOLLOWED UP TO THE STC 35/2020. 2.1. Previous questions. 2.2. STC 177/2015 and the excessive use of hypothetical elements and factors that are difficult to objectify on the basis of an exorbitant concept of hate speech. 2.3. STC 112/2016 and the reminder of the importance of examining the risk produced and the existence of incitement to crime. 2.4. STC 35/2020 and the establishment of the need to carefully analyze the context from a perspective consistent with the role of freedom of expression. 3. THE SETBACK IN THE TREATMENT OF THESE ASSUMPTIONS: A PROBLEM OF THE METHOD OF APPROACH TO THE CASE PROSECUTED OR OF THE WAY TO APPLY THIS METHOD? STC 190 AND 192/2020. 3.1. Introduction. 3.2. Freedom of expression and outrages: the case of STC 190/2020. 3.2.1. Introduction. 3.2.2. The initial framing of the content of the crime and the position of freedom of expression. 3.2.3. An initial approach method that will be later altered. 3.2.4. The examination of the context carried out by the Tribunal. 3.2.4.1. A very restrictive starting position. 3.2.4.2. An excessive use of subjective elements with little or no verifiability. 3.2.5. Some preliminary conclusions. 3.3. Freedom of expression and religious freedom: the case of STC 192/2020. 3.3.1. Introduction. 3.3.2. The initial framing of the content of the crime and the position of freedom of expression. 3.3.3. The analysis methodology used. 3.3.4. The examination of the context carried out by the Tribunal. 3.3.5. Some preliminary conclusions. 4. RECAPITULATION: SOME REFLECTIONS ON THESE CASES AND THE USE OF CRIMINAL PROCEEDINGS AGAINST FREEDOM OF EXPRESSION.

### Resumen

El Tribunal Constitucional no ha logrado encontrar una metodología estable que le permita enjuiciar casos relativos a la libertad de expresión cuando el ejercicio de esta, por su contenido y características, ha llevado a una condena penal. La jurisprudencia del Tribunal ha sido cambiante hasta el punto de que en la actualidad resulta sumamente difícil predecir con una mínima certeza cómo vaya a enfrentarse aquél a un caso de este tipo: tras un proceso de inicial y trabajosa ampliación del ámbito de la libertad de expresión que culminó en la STC 35/2020, el Tribunal ha vuelto en poco tiempo a etapas que parecían superadas y que se basaban en una cierta desconfianza o prevención frente al ejercicio de tal libertad y en una

interpretación expansiva de los tipos penales que pueden incidir sobre ella excluyéndola. Paradójicamente, esa desconfianza convive en su jurisprudencia última con toda una serie de loas a la función de la libertad de expresión que después no hallan reflejo real en la decisión del Tribunal, que tras realizar esa valoración inicial favorable procede a una interpretación restrictiva de dicha libertad, acudiendo a un entendimiento estricto y muy limitativo de criterios como el de la vinculación de aquella a la formación de una opinión pública libre o el de la necesidad o no de la expresión proferida. No menos relevante es el habitual recurso al discurso del odio y a factores subjetivos de toda índole, que resultan útiles para excluir sin especial esfuerzo argumentativo la libertad de expresión en los supuestos más variados. Sobre esas bases, el Tribunal ha ensayado diferentes metodologías de aproximación a estos casos, sin que aparezcan razones que expliquen los constantes cambios de criterio que se muestran de sentencia en sentencia. El resultado global, como se ha dicho, es una notable inseguridad jurídica para el intérprete y para el ciudadano en general; un creciente efecto desaliento para el ejercicio de la citada libertad ante el riesgo de que se active la vía penal; la insuficiente valoración del criterio de proporcionalidad en el recurso a dicha vía y, por último, la sobreprotección de una serie de bienes jurídicos cuya prevalencia sobre un derecho fundamental como el analizado resulta compleja de explicar con las razones que el Tribunal adopta. Por todo ello, el propósito último de este trabajo es el de poner de manifiesto la problemática existente en el ámbito analizado y aportar propuestas que permitan superar la actual situación.

### Abstract

The Constitutional Court has not been able to find a stable methodology that allows it to prosecute cases related to freedom of expression when the exercise of this, due to its content and characteristics, has led to a criminal conviction. The jurisprudence of the Court has been changing to the point that at present it is extremely difficult to predict with a minimum certainty how it will face a case of this type: after a process of initial and laborious expansion of the scope of freedom of expression culminating in STC 35/2020, the Court has returned in a short time to stages that seemed to be overcome and that were based on a certain distrust or prevention against the exercise of such freedom and on an expansive interpretation of the criminal offenses that may affect it, excluding it. Paradoxically, this distrust coexists in its last jurisprudence with a whole series of praises to the function of freedom of expression that later find no real reflection in the decision of the Court, which after making that initial favorable assessment proceeds to a restrictive interpretation of said freedom, resorting to a strict and very limiting understanding of criteria such as the linking of that freedom to the formation of a free public opinion or the need or not of the uttered expression. No less relevant is the usual recourse to hate speech and subjective factors of all kinds, which are useful to exclude freedom of expression without special argumentative effort

in the most varied cases. On these bases, the Court has tried different methodologies for approaching these cases, with no reasons appearing to explain the constant changes in criteria shown from sentence to sentence. The overall result, as has been said, is a notable legal uncertainty for the interpreter and for the citizen in general; a growing discouraging effect for the exercise of the aforementioned freedom in view of the risk of criminal proceedings being activated; the insufficient assessment of the criterion of proportionality in recourse to this means and, finally, the overprotection of a series of legal rights whose prevalence over a fundamental right such as the one analyzed is complex to explain with the reasons that the Court adopts. Therefore, the ultimate purpose of this work is to highlight the existing problems in the field analyzed and provide proposals that allow overcoming the current situation.

**Palabras clave**

Libertad de expresión; límites penales; proporcionalidad; símbolos; libertad religiosa.

**Keywords**

Freedom of expression; criminal limits; proportionality; symbols; religious freedom.

