

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LÍMITES PENALES: UNA NUEVA FASE EN EL CAMINO HACIA LA FIJACIÓN DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS CONSTITUCIONALMENTE COHERENTES

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez*

Resumen

La presencia en el Código Penal de una serie de tipos de contenido abierto e impreciso que inciden en los ámbitos propios de la libertad de expresión ha generado en los últimos años en la jurisdicción ordinaria líneas interpretativas que han resultado heterogéneas y cambiantes, pero mayoritariamente tendentes a restringir el ejercicio de dicha libertad. Ello se ha manifestado en diversa medida en relación con ciertos delitos, como los relativos al enaltecimiento del terrorismo, la protección de los sentimientos religiosos o la de símbolos e instituciones; se ha unido a ello con frecuencia una concepción muy expansiva del concepto del discurso del odio. El TC, en su STC 112/2016, comenzó a limitar esa tendencia restrictiva, pero lo hizo de un modo incompleto. La STC 35/2020 viene a culminar el camino iniciado por la primera, y a fijar una nueva posición que debiera estar llamada a incidir, no solo en la aplicación por los tribunales del tipo penal que originó el caso, el art. 578 CP, sino también en el de los demás delitos vinculados a la libertad de expresión. El trabajo analiza la problemática relación entre tipos penales y la libertad de expresión, la novedad que supone la STC 35/2020, los avances que implica en la interpretación del ámbito de la libertad de expresión, los aspectos mejorables que presenta (como la delimitación del concepto de discurso del odio) y las dificultades que pudiera encontrar esta línea interpretativa en su aplicación por la jurisdicción ordinaria.

Palabras clave: libertad de expresión; límites de los derechos; discurso del odio; efecto de desaliento; redes sociales; proporcionalidad.

FREEDOM OF EXPRESSION AND LEGAL LIMITS: A NEW STAGE ALONG THE ROAD TOWARDS ESTABLISHING CONSTITUTIONALLY CONSISTENT INTERPRETATIVE CRITERIA

Abstract

The presence in Spain's Criminal Code of a series of types of crimes with an open and imprecise definition that impact upon the freedom of expression has, in recent years, led to the country's ordinary jurisdiction developing a number of lines of interpretation that, whilst heterogeneous and changing, mostly tend to restrict the exercising of said freedom. This has manifested itself to varying degrees with regard to offences such as the glorification of terrorism, the protection of religious feelings or that of national symbols and institutions, frequently combined with a very broad interpretation of the concept of hate speech. The Supreme Court, in its ruling STC 112/2016, began to limit this restrictive trend, but did so in an incomplete way. STC 35/2020 completes the journey embarked upon by the former ruling and establishes a position that should be referenced not only in the courts' application of the type of offence that gave rise to the case in question, governed by Article 578 of the Criminal Code, but also other offences associated with the freedom of expression. This article examines the troublesome relationship between criminal offences and the freedom of expression, the innovations arising from STC 35/2020, the progress it represents in the field of interpreting this freedom, the room for improvement (such as the delimitation of the concept of hate speech) and the difficulties in the application of this line of interpretation by the ordinary jurisdiction.

Key words: freedom of expression; limits of rights; hate speech; chilling effect; social media; proportionality.

* Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, catedrático de derecho constitucional en la Universidad de Girona. Facultad de Derecho. Edificio Dret, c. de la Universitat de Girona, 12. Campus Montilivi. 17003 Girona. miguel.cabellos@udg.edu.

Artículo recibido el 23.06.2020. Evaluación ciega: 19.07.2020 y 13.08.2020. Fecha de aceptación de la versión final: 03.09.2020.

Citación recomendada: Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel. (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*, 61, 30-49. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3480>.

Sumario

1 Introducción: algunos problemas de la libertad de expresión en los últimos tiempos frente a la aplicación de tipos penales expansivos

2 La evolución hacia el examen del contexto y de las circunstancias que rodean al autor y al hecho a través de la relevancia del tipo subjetivo del delito en la STC 35/2020: ¿una nueva etapa?

2.1 Introducción

2.2 Las visiones contradictorias en torno a la función constitucional de la libertad de expresión de las que ha de partir el TC

2.2.1 El análisis del contexto y del elemento subjetivo en la SAN 20/2016

2.2.2 Un enfoque opuesto: la irrelevancia de todo elemento subjetivo y la suficiencia de un dolo básico en la STS 4/2017

2.3 La reafirmación del papel de la libertad de expresión en la STC 35/2020: avances y alguna ocasión perdida

2.3.1 Introducción

2.3.2 Una oportunidad perdida para acotar mejor el concepto de discurso del odio

2.3.3 En torno al papel de la libertad de expresión y al necesario juicio de proporcionalidad de las limitaciones que se le opongán

2.3.4. Las posibles dificultades para la consolidación de la doctrina de la STC 35/2020 en la jurisdicción ordinaria

3 Algunas conclusiones y una tarea por abordar: la reforma del Código Penal en los tipos que inciden en la libertad de expresión

Referencias bibliográficas

1 Introducción: algunos problemas de la libertad de expresión en los últimos tiempos frente a la aplicación de tipos penales expansivos

No es desde luego arriesgado afirmar que la STC 35/2020, de 25 de febrero, debiera estar llamada a suponer un punto de inflexión para la libertad de expresión en nuestro sistema. En la última década y media, esta libertad había sido objeto, en los diversos niveles jurisdiccionales, de una interpretación un tanto accidentada y contradictoria (aunque de signo predominantemente restrictivo) en lo relativo a su contenido y alcance a raíz, sobre todo, aunque no solo, de casos vinculados a mensajes difundidos en internet y en las redes sociales.

El punto de partida de todo ello lo constituye la presencia en el Código Penal de tipos de contenido abierto e impreciso que inciden en los ámbitos propios de la libertad de expresión: los relativos al enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas, a la protección de símbolos e instituciones, a la tutela de los sentimientos religiosos y también el delito de odio, que parece en la actualidad ser objeto en la sociedad de un entendimiento cada vez más extensivo. Por razones de espacio, no se podrá entrar en el análisis detallado de todos ellos, sino que se harán una serie de consideraciones generales sin perjuicio de realizar una alusión algo mayor al delito relativo al enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas, por ser el examinado en la STC 35/2020 —a la que nos referiremos en apartados posteriores— y porque, de hecho, ha sido el que en los últimos años más ha puesto de manifiesto ante los tribunales la tensión entre libertad de expresión y los tipos penales potencialmente restrictivos de la misma.

Todos estos tipos se mueven, inevitablemente, en torno a términos vagos, cuya concreción abre al juez muy diversas posibilidades, que traerán como resultado, según sea la interpretación que se realice, una ampliación o un estrechamiento del ámbito de la libertad de expresión. Silva Sánchez se ha referido al recurso por parte del legislador penal a “términos porosos”, que permiten adecuar la norma “a las circunstancias cambiantes o a las exigencias de justicia del caso concreto”.¹ En tal caso, añade, la seguridad jurídica no viene de la mano del texto de la norma, sino de cómo se aplique después por los jueces y si ello se hace de modo estable. También nuestro TC ha considerado lógico el recurso a términos abiertos que corresponderá después acotar, mediante criterios técnicos, lógicos o de experiencia, a los jueces (v., entre otras, las SSTC 62/1982, 69/1989, 137/1997 o 151/1997) y siempre con límites pues, recuerda el TC, no cabría “admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador” (STC 104/2009, FJ 2).

El problema, pues, sobreviene cuando las interpretaciones por parte de los tribunales de un tipo penal de tales características resultan heterogéneas, cambiantes y aun contradictorias, o cuando a través de ellas se llega a una limitación constitucionalmente inadecuada del papel de la libertad de expresión, sin considerar suficientemente su importancia en una sociedad democrática, esto es, su vertiente institucional: tal cosa ha sucedido en la aplicación judicial de todos los delitos antes señalados, por más que con variaciones de intensidad según el caso.

Como se dijo al inicio, en muchas ocasiones han tenido un papel esencial internet y las redes sociales, y el efecto multiplicador de la difusión de cualquier mensaje que tales medios son capaces de producir. El legislador penal no es ajeno a dicho efecto, y así por ejemplo en el art. 510.3 CP, o en el 578.2 CP, agrava las penas cuando el acto se lleve a cabo a través, entre otros medios, “de internet o mediante el uso de tecnologías de la información”. Con ello se transmite de algún modo la idea de que estas vías entrañarían una potencial peligrosidad, de que, en palabras de Boix Palop, generan “nuevos riesgos sociales frente a los que urgía una respuesta más severa” lo que lleva fácilmente a rebajar los “umbrales de admisibilidad”.² No resulta difícil advertir esta especie de prevención frente a los nuevos medios de expresión en el modo de aproximarse a ellos en algunas sentencias de la AN y el TS, como se verá.

El problema que presenta la vaguedad terminológica de los tipos mencionados es que, unido ello a la ya citada prevención frente a determinados medios de comunicación y expresión, se lleva al derecho penal a terrenos alejados de los principios que deben guiarle en un Estado social y democrático de Derecho, esto es, de su carácter de *ultima ratio* o del principio de intervención mínima, y acaban en la vía penal

¹ Silva Sánchez (2015: 2). V. también diversas reflexiones en torno a ello en Ferreres Comella (2002: 153 s.), Lascurain Sánchez (2009) y Cabellos Espiérrez (2018: 51-56).

² Boix Palop (2016: 66).

expresiones y mensajes que, más allá de mostrar la inmadurez o la estulticia de quien los profiere, no reúnen realmente la relevancia mínima ni generan el riesgo necesario para nadie que serían exigibles para entrar en el ámbito penal.³ Con ello se ha estado generando, por ejemplo, la paradoja de que, años después de cesar en su actividad delictiva la banda terrorista ETA, el número de procesos judiciales por enaltecimiento del terrorismo no hiciera más que aumentar.⁴

En el caso del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas previsto en el art. 578 CP, por ejemplo, la jurisprudencia ha sido cuando menos contradictoria en lo relativo, tanto a la interpretación del alcance de sus términos, como a la metodología empleada para resolver los casos enjuiciados. Tuvo para empezar cierta influencia inicial la STS 656/2007, que tras recurrir a una definición muy amplia de los términos del art. 578 CP relativos al descrédito, el menosprecio o la humillación, abría la puerta a incluir en ellos todo género de conductas, de muy variopinta significación y relevancia.⁵ Lo mismo puede decirse de la interpretación de los términos enaltecimiento o justificación en sentencias como la STS 846/2015,⁶ que viene a continuar esa línea de definición muy amplia de los términos del tipo penal.⁷

En la medida en que el aplicador judicial se quede ahí, en la mera comprobación de que el texto de un mensaje se puede incardinar en alguna de las amplias definiciones previamente extraídas del texto del art. 578 CP, la extensión de la aplicación de este aumenta exponencialmente, siendo tan numerosos como son los mensajes irrespetuosos, sarcásticos o carentes de sentido común que diariamente pueden hallarse en las redes sociales o en internet. Ya el TC constató en su STC 112/2016 la deriva que se producía, advirtiendo de que el recurso al art. 578 CP solo resulta admisible cuando las expresiones enjuiciadas “puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades” (FJ 4). Más allá de la dificultad de definir que sea esa incitación indirecta, prevista expresamente en el art. 510 CP (y en la Directiva (UE) 2017/541),⁸ y a la que se refirió igualmente la STC 235/2007 (FJ 9),⁹ la alusión a

3 Salvo que se quiera ampliar dicho ámbito penal de manera totalmente inmoderada. Como subraya Sáez Valcárcel (2018: 5) “la lectura constitucional de tipos que no exigen lesión ni puesta en peligro requiere que el mensaje tenga potencia suficiente para poner en peligro los derechos y las libertades de los grupos afectados, porque provoque a otros a la acción violenta. Incitar significa atizar el odio, y en ausencia de un llamamiento directo pide expresiones susceptibles de fomentar violencia, basada en la discriminación o diferencia de algún tipo, contra otras personas o grupos”. Por ello aboga igualmente el autor por no considerar que en todos los casos en que se abusa de la libertad de expresión se esté por ello automáticamente entrando en el ámbito penal (2016: 59).

4 Por ejemplo, en relación con el tipo penal del art. 578 CP Sáez Valcárcel (2016: 45) señala que “las cifras son elocuentes de tal evolución inversa a la del terrorismo: en el 2007 hubo tres juicios por enaltecimiento, y uno en el 2008, frente a 25 en el 2015. Como ocurre en el campo de la criminalidad conocida, ese dato pudiera explicarse más que por el frenesí de airados activistas de las redes, que también, por la actividad profesional de los aparatos de persecución penal especializados en la materia, en una época de deflación del objeto que justificara su creación”.

5 Indicaba el TS que descrédito ha de entenderse como “disminución o pérdida de la reputación de las personas”; que menosprecio es “poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén”; y humillación conlleva “herir el amor propio o dignidad de alguien” de modo que dicha dignidad sufra “algún menoscabo”. Al realizar estas definiciones tan amplias, son innumerables las afirmaciones que podrían reconducirse a esa “disminución de la reputación”, ese “poco aprecio”, ese “herir el amor propio” que produce “algún menoscabo” (FJ 2). Si no se examinan además otros factores (la gravedad objetiva, la intención del autor del mensaje, etc.), las posibilidades de aplicar el tipo penal se multiplican exponencialmente.

6 Explica el TS en el FJ 1 que la voluntad del legislador con este precepto es prohibir “conductas de alabanza de actividades terroristas que propicie[n] un clima favorable a su reproducción o se constituya[n] en germen remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza, acciones que cuarteen los pilares del Estado de derecho”. Al emplear expresiones como “propiciar un clima” o “germen remoto”, el número de conductas susceptibles de adquirir relevancia penal se vuelve potencialmente inabarcable.

7 Como explica Sáez Valcárcel (2016: 48), “los verbos enaltecer y justificar, sin otra referencia, han demostrado su potencial criminalizador de conductas relacionadas con la comunicación de ideas o deseos, abren la puerta a las convicciones personales del intérprete, hacen muy complicado por la falta de estándares de valoración, incluso para el jurista, elaborar un pronóstico sobre los límites de la ley penal, cuando la previsibilidad sobre las consecuencias punitivas de la acción es un requerimiento básico en el estado de derecho”.

8 V. el art. 5 de la citada Directiva (UE) 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra el terrorismo. También en el mismo sentido el art. 5 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005.

9 Critica el recurso a este término de incitación indirecta Ramos Vázquez (2008, 791) señalando que en la apología del art. 18 CP se exige incitación directa, lo que debiera mantenerse en otros lugares del CP, frente a lo que sin embargo ocurre tanto en el art. 578 CP como en el 510 CP. Señala el autor que “Los problemas que supone el mantenimiento de dicha interpretación [la admisión de la incitación indirecta] son múltiples y van desde el problema probatorio (o, en el peor de los casos, la utilización de presunciones) hasta la evidente dificultad de trazar una frontera clara entre expresión de juicios de valor, adhesión a una determinada ideología y peligro *real* para bienes jurídico-penales” (793). Igualmente, Díaz García-Conlledo señala que “la inclusión del carácter indirecto de la incitación es perturbador, pues obliga a ponderaciones poco deseables en un tipo penal, por inseguras” (2018: 20). También en sentido crítico v. Alcácer Guirao (2018: 21), o Dopico Gómez-Aller (2018: 16) —que califica la construcción del TC como una

la creación de riesgo¹⁰ debiera, al menos, llevar a que se examine algo más que la mera literalidad de unos mensajes y su capacidad para subsumirse en una serie de términos amplios como los contenidos —entre otros preceptos— en el art. 578 CP, cuando menos para evitar el peligro, que también apunta el TC, de “hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático” (STC 112/2016, FJ 2, recogiendo jurisprudencia previa). Y, en ese sentido, puede compartirse la principal crítica del magistrado Xiol Ríos en su voto particular a esta sentencia en relación con que, tras el acierto de subrayar aquella necesidad de causación de una situación de riesgo para entender que hay delito, el TC no hace después un examen realmente en profundidad de las circunstancias del caso enjuiciado, quedándose así a medio camino.

A la anterior advertencia del TC sobre la necesidad de no caer en el efecto de desaliento a través de la disuasión que genera la amenaza de la vía penal, cabe añadir otro factor: paradójicamente, lo que da auténtica publicidad a muchos de los mensajes enjuiciados es, precisamente, el proceso judicial que en torno a ellos se pone en marcha, que incluso a veces tiene lugar, no a instancias de algún perjudicado, sino como resultado de investigaciones policiales aleatorias en las redes.¹¹ Se trata de ocurrencias que muchas veces no denotan otra cosa que inmadurez o estulticia de su autor, aparte de mal gusto, inoportunidad o ausencia de empatía, pero que no hubiesen tenido más que una difusión meramente marginal y jamás hubieran llegado al conocimiento general, y sin embargo reciben, de repente, una gran atención social (con lo que se verifica e intensifica el daño, un daño que, de otro modo, hubiera resultado mucho menor) gracias al eco que los medios de comunicación se hacen de la apertura de un proceso judicial en torno a algo que quizá, finalmente, acabará en absolución o, en caso de condena, en una condena testimonial. Téngase igualmente en cuenta la facilidad de poder dirigir la aplicación de estos tipos, específicamente contra expresiones buscadas a través de las redes en función de la adscripción de sus autores a una u otra línea ideológica, razón por la que, desde la doctrina penal, se han vertido críticas en relación con la clase de derecho penal al que el precepto podría conducirnos, señalando su posible deriva hacia un “derecho penal del enemigo”¹² o hacia el castigo de “delitos de clima”, basados en actitudes que no causan peligro real, pero que molestan por escaparse de determinados márgenes de expresión considerados correctos.¹³

En la jurisprudencia de la AN y el TS relativa al precepto mencionado se han combinado varias líneas metodológicas e interpretativas:¹⁴ para empezar, la línea de aquellas sentencias que se limitaban a un análisis en bloque de los mensajes enjuiciados, sin entrar siquiera a examinarlos de manera individualizada, y siempre desde una aproximación meramente literalista, esto es, considerándose consumado el delito con la mera emisión del acto comunicativo mediante expresiones que pudieran considerarse enaltecedoras o despreciativas, sin ir más allá de eso ni examinar otras circunstancias concurrentes. En un segundo grupo de sentencias se avanza algo: el tipo de análisis era el mismo, pero al menos los mensajes se consideraban separadamente, no en grupo, aunque de nuevo sin atender a factor alguno de contexto. Por último, en el extremo metodológico opuesto, un último grupo de sentencias sí que analizaba una serie de factores que permitían calificar con mayor precisión la conducta antes de decidir sobre la absolución o la condena, y posibilitaban calibrar la peligrosidad real de los mensajes emitidos: el carácter irónico del mensaje, su posible

versión “algo aguada” del test Brandenburg del TS de EE. UU.— y Alastuey Dobón (2016) que compara la versión del artículo previa y posterior a la reforma de 2015.

10 Que posee evidentes ventajas, pero al mismo tiempo introduce una cierta dificultad a la hora de distinguir entre el art. 578 CP y el 579 CP. En este el riesgo que se daría sería más intenso que en aquel, y estaríamos ante una incitación más directa, frente a la indirecta del art. 578 CP. Pero todas estas diferencias tan sutiles se desdibujan en la práctica y facilitan la existencia de sentencias contradictorias, así como que en este tipo de casos el resultado del juicio sea especialmente imprevisible.

11 Lo expresa de forma clara la SAN 12/2017, de 21 de marzo (secc. 1.^a), que al descartar la relevancia de los mensajes examinados indica que “la mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública” (FJ 2).

12 En tal sentido Cancio Meliá (2010: 285), para quien el precepto actúa proclamando “un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones”, como si de esta forma desaparecieran quienes las profieren.

13 Como señala Teruel Lozano (2015: 502-505), en “estos delitos de peligro potencial o hipotético [...] se terminaría por castigar aquellos discursos que ‘pudieran sonar’ como una instigación susceptible de que se cree un ‘clima’ de odio o violencia entre un público potencialmente receptivo, pero sin una verificación de que *efectivamente* se hubiera creado ese peligro o, ni siquiera, de la virtualidad amenazante o coactiva del discurso”.

14 Sobre ello v. para mayor detalle Cabellos Espiérrez (2018), donde se analizan los tres grupos de sentencias identificando las pertenecientes a cada uno y estudiando sus elementos de interés.

finalidad de crítica política, o si realmente tenía o no el mensaje capacidad para incitar a otros a realizar conductas punibles (valorando, por ejemplo, si estaba en activo o no la organización a la que se apoyaba u otras semejantes, etc.). Se va en tales casos más allá del mero examen literal del mensaje.

Han faltado, en definitiva, una línea y un método claros, y se han ido entremezclando corrientes jurisprudenciales diversas. Como se dijo, la propia STC 112/2016 se quedó a medio camino del que posiblemente fuera su propósito, al enfatizar la necesidad de que para poder limitar la libertad de expresión deba darse una situación de riesgo, pero no haber hecho, acto seguido, un examen realmente a fondo del contexto en que se produjeron los hechos —intención, finalidad, capacidad de generar peligro, etc.— Por ello no extraña que, tras ser dictada, siguieran recayendo sentencias de la AN o el TS que tampoco hacían tal examen, pues la propia STC de 2016 —que a veces ni siquiera era citada o lo era a efectos meramente rituales— lo había acometido tan solo de modo muy parcial.¹⁵ A esas líneas divergentes y a ese quedarse a medio camino de la STC de 2016 cabe suponer que pondrá fin la STC 35/2020, y ese ha de ser sin duda su principal valor y efecto.

En materia de protección penal de símbolos e instituciones también se ha dado en los últimos años una cierta dificultad de la libertad de expresión para abrirse paso.¹⁶ Ha pesado aquí una interpretación en la jurisdicción ordinaria de determinados tipos penales¹⁷ muy tributaria de una especie de honor de instituciones y símbolos, que de hecho el TC ya había negado que realmente existiera, en la medida en que puede hablarse de prestigio de las instituciones (“dignidad, prestigio y autoridad moral”, dice en concreto el TC) pero no, en cambio, atribuirles el “honor consagrado en la Constitución como derecho fundamental” (STC 107/1988, FJ 2). Ocurre que, con frecuencia en la jurisprudencia, se identifica en ellos un doble bien jurídico protegido: en el caso de las instituciones, el honor de la persona que ocupa una determinada institución y el prestigio (en la práctica convertido, pese a lo que dijera el TC, en una especie de honor) de esta.¹⁸ Este bien jurídico bifronte lleva lógicamente a poder ampliar notablemente la aplicación del tipo penal. Y lo propio ocurre en materia de símbolos,¹⁹ pero aquí en algunas resoluciones judiciales se ha construido una especie de injuria mediata: se protege al símbolo y, al mismo tiempo, el honor de quienes hacen suyo dicho símbolo, en una extensión inmoderada del concepto de injuria que acaba tomando por injuriados a grupos inespecíficos de personas contra los que propiamente no se dirigía el acto enjuiciado.²⁰

Esta ampliación de la protección al prestigio de las instituciones plantea el problema de conocer en qué consista este,²¹ cuando además son precisamente las instituciones las que han de estar más sometidas a la crítica. El propio TEDH ha subrayado que tipos penales como el relativo —por ejemplo— a las injurias al Jefe de Estado, resultan muy problemáticos.²² La protección penal, por tanto, debiera reservarse al ataque

15 Tras la STC 112/2016 hallamos por ejemplo sentencias del TS que siguen a la STC de 2016, como la STS 378/2017, de 25 de mayo, que remarca la necesidad de examinar la intención del autor y el riesgo que el mismo debe generar. En la misma línea la STS la 52/2018, de 31 de enero, o la 59/2019, de 5 de febrero, por citar solo algunos ejemplos. En cambio, la STS 4/2017, de 18 de enero (a la que nos referimos en este trabajo), la 706/2017, de 27 de octubre, o la 72/2018, de 9 de febrero, prescinden de la intención del autor y del análisis del riesgo. Iguales avances y retrocesos se alternan en la Audiencia Nacional, como lo prueba el hecho de que la doctrina de la STS 378/2017 (y de la STC 112/2016, por tanto) haya sido aplicada en la SAN 3/2018, de 2 de febrero, mientras que la SAN 1/2018, de 22 de enero se mantenía en la línea más restrictiva.

16 V. en torno a este tema Cabellos Espiérrez (2019 y 2020) y Ridaó Martín (2018 y 2019).

17 Nos referimos a los encuadrados dentro de los delitos contra la Constitución (título XXI del Código Penal), que prevén las injurias o calumnias a la Corona y a otras instituciones o el delito de ultrajes a España.

18 Ello ocurre tanto en la jurisprudencia ordinaria (v. por ejemplo la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 4837/2008, de 5 de diciembre, que se refiere a la protección de la “incolumidad” de las personas que cita el tipo penal de injurias a la Corona y a la vez a la protección de la institución, en el marco de un delito pluriofensivo) como ante el TC, cuya STC 177/2015, por ejemplo, explicaba que en delito de injurias contra la Corona se protege “el mantenimiento del orden político que sanciona la Constitución” y al mismo tiempo “el honor y la dignidad del monarca” (FJ 3a).

19 Sobre este tema v., entre otros, Vernet i Llobet y Rodríguez Aguilera de Prat (1993), Vernet i Llobet (2003) y Ridaó Martín (2019).

20 Véase como ejemplo paradigmático de ello la sentencia de la Audiencia Nacional 35/2017, de 21 de diciembre, del Juzgado Central de lo Penal, relativa a la pitada del himno nacional en la final de la Copa del Rey de fútbol de 2015. Para la sentencia: “los ultrajes a España y sus símbolos tienen un componente evidente de ataque subjetivamente pluriofensivo pues afecta a todos los españoles que respetan y hacen suyos y propios los símbolos (bandera, himno, escudo constitucional) de España. La bandera, como el himno, representan lo que España ha sido y lo que España es (un Estado social y democrático de derecho), a los españoles que han sido y a los españoles que son” (FJ 3).

21 Subraya Rebollo Vargas de los “niveles de indeterminación e inseguridad jurídica” que ello provoca, al no ser fácil acotar a dónde se extiende ese prestigio de la institución (2014, esp. págs. 103-104 y 122).

22 “En materia de insulto contra un Jefe de Estado, el TEDH ya ha declarado que una mayor protección mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio [...]. En efecto, el interés de un Estado en proteger la

al honor de quienes ocupan instituciones, y para ello ya está la protección general que se brinda a través de los tipos de injurias y calumnias. En relación con los símbolos, además, ni siquiera resulta posible individualizar realmente un concreto ofendido, salvo que se quiera interpretar el sujeto pasivo de modo totalmente expansivo. Con tales tipos penales, en cuya aplicación tampoco suele atenderse al contexto de las acciones o los mensajes enjuiciados, generalmente ligado a la voluntad de realizar una crítica política, se puede contribuir igualmente a desalentar el ejercicio de dicha crítica²³ si no se reserva su aplicación a casos en que claramente se esté incitando a la comisión de un delito.

Dígame lo mismo, por otra parte, de la interpretación que en ocasiones se ha hecho en el pasado del delito contra los sentimientos religiosos, si bien en este caso la más reciente jurisprudencia ordinaria camina en la línea después marcada por el TC en su última sentencia de examinar el contexto y la finalidad.²⁴

En ocasiones ha colaborado con ese tipo de interpretaciones limitativas de la libertad de expresión un entendimiento muy expansivo del concepto de discurso del odio por parte de los tribunales,²⁵ que ha servido, asimismo, como factor coadyuvante para fundamentar las condenas en aplicación del resto de tipos penales mencionados. Ha incurrido en este entendimiento problemático el propio Tribunal Constitucional, en su STC 177/2015. Como más adelante se explicará, en esta sentencia el Tribunal aceptaba la aplicación de

reputación de su propio Jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio o una protección especial con respecto al derecho de informar y de expresar opiniones que le conciernen” (asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España, de 13 de marzo de 2018, ap. 35).

23 Sobre la relevancia del efecto de desaliento en el momento de la aplicación judicial es de interés lo que señala Cuerda Arnau (2007: 31), para quien “la doctrina del desaliento pasa a formar parte del análisis global que debe preceder a la decisión judicial relativa a la incardinación en el tipo de la conducta enjuiciada. En su virtud, no basta con que el juez se ajuste al tenor literal de la ley y, por tanto, elimine de la órbita del tipo las conductas que claramente están fuera de la zona indudable de exclusión. Es, además, preciso que su interpretación no sea incompatible con el reconocimiento constitucional del derecho, cuyo legítimo ejercicio no puede resultar desalentado por una interpretación del tipo ajena a las exigencias de la proporcionalidad penal”.

24 Es expresiva de ello, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid de 21 de febrero de 2020 (previa en pocos días a la STC 35/2020) relativa a las manifestaciones vertidas, también en las redes sociales (en concreto en Facebook), por el actor Guillermo Toledo, y que motivaron el procesamiento de éste por —entre otros— la presunta comisión de un delito contra los sentimientos religiosos. Si la sentencia se hubiera limitado a realizar un examen estrictamente literal de los mensajes, hubiera podido fácilmente fundamentar una decisión condenatoria. Por el contrario, la sentencia atiende no a concretas expresiones sino a los mensajes en su integridad, al contexto de crítica en que se insertaban, la finalidad de los mismos y la difusión limitada que se pretendía de las expresiones contenidas en los mensajes, que según la sentencia “iban dirigidas a sus seguidores, y personas que compartan las ideas del acusado y el gusto por su especial estilo literario”, así como a la propia trayectoria del acusado y al tono que suele emplear en sus críticas. Ese análisis del contexto lleva a la magistrada a considerar que la finalidad del acusado al realizar sus manifestaciones no se correspondía con la que exige el tipo penal del art. 525 CP, dando por lo demás relevancia al elemento subjetivo del delito en la misma línea que poco después fijaría la STC 35/2020. En igual línea la previa sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Sevilla de 9 de octubre de 2019, sobre las organizadoras de la llamada “Procesión del coño insumiso”; el magistrado considera que la finalidad no era la ofensa de los sentimientos religiosos sino incidir en el “debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto que, impulsado por el Ministerio de Justicia bajo la denominación Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo, se encontraba en ese momento sometido a la fase de informe del Consejo General del Poder Judicial, no habiendo sido todavía emitido”. Contrasta lo anterior con la condena que recibió el 7 de febrero de 2018 en el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Jaén una persona por haber publicado en Instagram una foto del Cristo de la Amargura sustituyendo mediante un fotomontaje el rostro de éste por el del citado condenado. La sentencia derivó de la conformidad del acusado tras acuerdo con el Ministerio Fiscal. Es de suponer que tras sentencias como la STC 35/2020 y la aplicación a estos casos de la doctrina de éste en torno a la libertad de expresión y la necesidad de realizar un examen del contexto de los mensajes, este tipo de casos tengan una finalización bien distinta.

25 Contrasta el avance y peso de esta noción en Europa (y no solo a nivel estatal sino en la jurisprudencia del TEDH) con su papel opuesto en EEUU, donde se ha considerado tradicionalmente que la libertad de expresión no tolera perseguir este tipo de discursos, excepto cuando se dé un peligro claro e inminente de que produzca violencia (test *Brandenburg* del TS en su sentencia *Brandenburg vs. Ohio*, 395 U.S. 444, 1969). Como recuerda Alcácer Guirao (2015: 69) la respuesta ante ese tipo de discurso no es impedirlo, sino animar a que se exprese el discurso contrario y ambos compitan en el “libre mercado de las ideas”. Véase también al respecto lo que estableció el TS de EE. UU. en su sentencia *Snyder vs. Phelps*: “la expresión es poderosa. Puede [...] infligir un gran dolor. [...] No podemos reaccionar a ese dolor castigando al orador. Como nación, hemos elegido un modo de actuar diferente: proteger incluso los discursos hirientes sobre temas públicos para asegurarnos de no sofocar el debate público” (562 U.S. 460, 2011). Con todo, en algún caso de estos últimos años parece haberse atenuado esa jurisprudencia tradicional en algunos supuestos: es el caso de la sentencia *Holder vs. Humanitarian Law Project* (561 U.S. 1, 2010). En lo relativo a la jurisprudencia del TEDH, la aplicación del concepto ha sido amplia -no exigiendo por ejemplo incitación de ningún tipo al delito en muchas ocasiones; como excepción, v. no obstante la STEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018- pero también contradictoria en función del tema tratado o del colectivo afectado, y bajo criterios que varían según la circunstancia: en ocasiones aplica el test de proporcionalidad y en otras no llega a ello al excluir *a radice* toda protección al discurso examinado por considerarlo constitutivo de abuso de derecho (art. 17 CEDH). V. sobre ello y sobre los vaivenes de la jurisprudencia del TEDH Valero Heredia (2017) y Teruel Lozano (2017b). V. igualmente este último sobre la relación entre discurso del odio y delito de odio y sus posibles diferencias. Asimismo, para un análisis comparativo entre la jurisprudencia del TEDH y del TS de EEUU en el ámbito concreto de la creación artística v. Díez Bueso (2017).

este concepto sobre personas no pertenecientes a grupo tradicionalmente discriminado alguno, de manera que cualquier mensaje hiriente hacia alguien pudiera acabar constituyendo, sin necesidad de más requisitos, discurso del odio, y subsumirse así en alguno de aquellos tipos penales antes mencionados, de modo que acaba por considerarse discurso del odio lo que, o bien debiera quedar fuera del ámbito penal por estar amparado en la libertad de expresión o, en los casos más graves, vehicularse en todo caso vía delito de injurias.²⁶

En definitiva, faltaba aún en una parte de la jurisprudencia un entendimiento claro de que, habida cuenta de lo que la libertad de expresión supone en un sistema democrático, los tipos penales que puedan incidir sobre ella deben ser interpretados y aplicados de modo restrictivo y no expansivo, y que ello pasa también por premisas tales como considerar muy cuidadosamente las circunstancias en que ha sido realizado el acto enjuiciado, su contexto y finalidad; entender que las personas que ocupan instituciones no deben tener frente a la libertad de expresión una protección reforzada sino, de hecho, una mayor obligación de soportar la crítica; considerar que por las mismas razones los símbolos no pueden operar como un factor impeditivo frente a la libertad de expresión, y tampoco aunque ello se haga identificando colectivos de ofendidos que en realidad no pueden ser tales; y lo propio vale, por otra parte, en el caso de delitos cuyos sujetos pasivos parecen ser colectividades de incierta identificación, como ocurre en el caso del delito contra los sentimientos religiosos.

La principal contribución que puede realizar la STC 35/2020 a este estado de cosas es la de reclamar ese análisis riguroso del contexto en que una determinada expresión se ha realizado, a fin de garantizar que la libertad de expresión es realmente valorada en su contribución al sistema democrático al aplicar una serie de tipos penales como los antes mencionados. Y esto, por más que la sentencia lo establece en relación con el delito del art. 578 CP, razón por la cual en este trabajo se le presta especial atención, ha de valer también, *mutatis mutandis*, para el resto de tipos penales que inciden sobre la libertad de expresión. Por lo demás, como se dijo al inicio, en la actual era digital este tipo de delitos se verifican y difunden con frecuencia (aunque no solo) de un modo u otro a través de internet y las redes sociales, medios que coadyuvan a potenciar su incidencia; la presencia y el uso permanente de estos en nuestras vidas hace más necesario aún, si cabe, caminar hacia el establecimiento de criterios constitucionalmente coherentes con la función de la libertad de expresión.

2 La evolución hacia el examen del contexto y de las circunstancias que rodean al autor y al hecho a través de la relevancia del tipo subjetivo del delito en la STC 35/2020: ¿una nueva etapa?

2.1 Introducción

Como se indicó antes, tras el eco dispar obtenido por la STC 112/2016 en la jurisprudencia ordinaria, la STC 35/2020 viene a insistir de manera muy expresiva (y con frecuencia reiterando literalmente fragmentos de aquella) en aspectos que en 2016 quedaron expuestos solo de un modo incipiente. Así, difícilmente podrían a partir de ahora los restantes tribunales no darse por enterados de la forma como deben aplicar una serie de tipos penales potencialmente limitativos de la libertad de expresión; más problemático es, como se verá, el concepto de discurso del odio que asume el Tribunal, y que actúa con frecuencia como sustrato de aquellos delitos.

2.2 Las visiones contradictorias en torno a la función constitucional de la libertad de expresión de las que ha de partir el TC

2.2.1 El análisis del contexto y del elemento subjetivo en la SAN 20/2016

²⁶ Ello se da, en palabras de Sáez Valcárcel “olvidando que el discurso del odio tiene una genealogía y una finalidad político criminal, que se halla vinculado a un fenómeno único en la historia de la infamia, que produjo la esclavitud, el colonialismo, el apartheid y el genocidio, hechos incomparables [...]. Algo bien diferente a otras formas de discriminación, también odiosas —en el lenguaje que se ha impuesto— pero diversas desde el punto de vista de su gravedad. Los desplazamientos semánticos son de tal magnitud que no es posible identificar un bien jurídico protegido, solo el interés del Estado en la persecución de ciertos discursos” (2018: 4). V. también sobre ello Dopico Gómez-Aller (2018: 17) y Ridao Martín (2018: 15).

El caso de que trae causa la STC 35/2020 tuvo un itinerario contradictorio en la jurisdicción ordinaria, que permite, como pocos, constatar la disparidad en la aplicación de tipos penales limitativos de la libertad de expresión. La primera sentencia en enjuiciar el caso fue la SAN 20/2016, de 18 de julio.²⁷ Supuso una cierta novedad en la jurisprudencia de la Audiencia habida cuenta de su tendencia tradicionalmente restrictiva en relación con la libertad de expresión al aplicar el art. 578 CP, pero frente a ella en este caso la Audiencia examinó el contexto en el que se habían producido los hechos, esto es, los mensajes difundidos en Twitter por el encausado, un cantante de rap al que por tales mensajes se le atribuía enaltecer el terrorismo y humillar a sus víctimas.²⁸ La Audiencia, de este modo, toma en consideración la trayectoria del acusado, constatando que no había estado vinculada en el pasado a promoción alguna de ideas justificadoras del terrorismo, dándose incluso la circunstancia de haber actuado en un concierto de protesta contra un asesinato de ETA, y parte de la base (recogida en algunas sentencias del TS como las SSTS 585/2007, de 20 de julio, 224/2010, de 3 de marzo, o la 846/2015, de 30 de diciembre) de que lo importante no es solo el tenor literal de las palabras, sino también “el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto, las circunstancias concomitantes”, dado que el lenguaje admite “interpretaciones diversas” y es por ello preciso determinar “cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión”, razón por la cual la Audiencia aboga por llevar a cabo un “análisis particularmente riguroso” de las concretas circunstancias en que el acto se produce (FJ 3b).

A consecuencia de ello, el análisis de las frases del acusado por parte de la Audiencia se basa en determinar si se está realizando de modo tangible y claro una promoción de la realización de actividades terroristas, o bien hay una voluntad real y efectiva de humillar a las víctimas, considerándose que deberá desecharse tanto una cosa como la otra desde el momento en que ello no aparezca de un modo claro, por cuanto no se habrían satisfecho las exigencias del tipo penal, y tal es lo que estima la Audiencia que ocurre en el caso enjuiciado.

Se realiza, pues, un análisis que aborda, no solo el dato objetivo de lo dicho, sino también el ánimo subjetivo de quien lo dice, derivado ello del contexto de las frases y de la propia trayectoria pasada del encausado, así como de su condición de artista que recurre a la ironía, el sarcasmo o la exageración para dar a conocer su mensaje. En el arte, en definitiva, los límites de lo correcto son difusos: el artista busca con frecuencia provocar, y el lenguaje (o la imagen, en otros casos) es su herramienta para ello. La sentencia es consciente de esto y concluye finalmente que las “explicaciones y contextualizaciones que va dando el acusado se ven corroboradas por el dato de que en sus manifestaciones artísticas no existe una defensa de la violencia, si no es precisamente para, desde el sarcasmo y la ironía, provocar el efecto contrario” (FJ 3b).

2.2.2 Un enfoque opuesto: la irrelevancia de todo elemento subjetivo y la suficiencia de un dolo básico en la STS 4/2017

La sentencia absolutoria de la Audiencia fue recurrida ante el TS, que llegaría a la solución opuesta en su STS 4/2017, de 18 de enero.²⁹ Curiosamente, no sin antes realizar en su FJ 2 toda una serie de consideraciones que parecieran favorables a adoptar una posición deferente para con la libertad de expresión.³⁰ Mas este

27 ECLI: ES:AN:2016:2767. A fin de evitar la multiplicación innecesaria de referencias únicamente se indicará la referencia ECLI de aquellas sentencias del TS o la AN que vayan a ser objeto de mayor análisis.

28 Los mensajes por los que fue encausado el cantante, según queda recogido en las diversas sentencias del caso, fueron los siguientes (se cita por la STC 35/2020, al reproducirlos ésta sin anonimizar): “1. El 11 de noviembre de 2013, a las 21:06 horas: ‘el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO’. 2. El día 27 de enero de 2014, a las 20:21 horas: ‘a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora’. 3. El día 30 de enero de 2014, a las 0:23 horas: ‘Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara *versus* Eduardo Madina’. 4. El día 29 de enero de 2014, a las 0:07 horas: ‘Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado’. 5. El 20 de diciembre de 2013, a las 23:29 horas: ‘Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco’. 6. El día 5 de enero de 2014, a las 23:39 horas: ‘Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción! Otro usuario le dice: ‘ya tendrás el regalo preparado no? ¿Qué le vas a regalar?’ A lo que contesta: ‘un roscón-bomba’”.

29 ECLI: ES:TS:2017:31.

30 Sintetizando, puede traerse a colación cómo el TS, en el FJ 2 de la sentencia, afirmaba que no todo exceso verbal puede considerarse incluido en el art. 578 CP, que la sanción penal ha de reservarse para las acciones más graves (por el carácter fragmentario del derecho penal, o el principio de *ultima ratio* aplicable a este), que el recurso al concepto de discurso del odio es problemático y que no se puede construir el juicio de tipicidad “trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia”. Como contrapartida, es cierto, se tiene por agravante la intensificación “de forma exponencial” del daño que producen las redes sociales al facilitar la extensión del mensaje y su perdurabilidad en el tiempo.

presupuesto favorable quedaría en nada al rechazar el TS el punto de partida de la AN relativo al hecho de que la intención, finalidad, trayectoria y contexto del autor (y del propio mensaje) sean relevantes.

Para el TS, basta para delinquir el conocimiento por parte del autor del contenido del mensaje y sus implicaciones: con ello “queda colmada la tipicidad subjetiva del delito”, siendo así irrelevante la intención del emisor o su finalidad: “basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas” (FJ 3). Con ello se cumpliría así con el dolo que el tipo penal exige, y que el ministerio fiscal, en la misma línea, calificaba como dolo básico, que no precisa de que el emisor del mensaje tenga una intención u otra. Con todo, se hace difícil ver esa escisión entre mensaje e intención: “asumir como propia” una determinada posición, por recurrir a las palabras del TS, presupone una intención, la intención de promover algo, de defenderlo. Si esa no era la intención del emisor, ¿cómo podemos afirmar realmente que asumía una posición “como propia” y que no estaba en cambio expresándose con finalidad muy diversa, por ejemplo, haciendo crítica o con ironía?

Pero para el TS la intención del emisor no es relevante ni debe considerarse, pues “esta Sala [...] entiende que no es necesaria la prueba de aquello que no exige el tipo subjetivo”.³¹ La delimitación en tal sentido del tipo subjetivo, que lleva a prescindir de la necesidad de cualquier análisis que vaya más allá del mero tenor literal de las afirmaciones, emparenta esta resolución del TS con las sentencias de este tribunal y de la AN que, como se indicó antes, descuidaban todo análisis real del contexto, finalidad, peligrosidad y efectos del autor y sus mensajes.³² No debe considerarse por ello casual que, en esta STS 4/2017, la STC 112/2016 (que enfatizaba la necesidad de comprobar que se hubiera creado un riesgo real) sea citada solo una vez y de una manera meramente incidental y menor, sin que tenga papel alguno en la construcción de la argumentación por la que el TS casa la sentencia de la AN y condena al acusado.³³

2.3 La reafirmación del papel de la libertad de expresión en la STC 35/2020: avances y alguna ocasión perdida

2.3.1 Introducción

Llegado el caso en amparo ante el TC, la fundamentación de la STC 35/2020 que lo resuelve se realiza, en aquello que atañe a la teoría general de la libertad de expresión y la posibilidad de limitarla mediante la aplicación de tipos penales como el del art. 578 CP, prácticamente por remisión a lo dicho en la STC 112/2016, que a su vez es tributaria en muchos aspectos de la STC 177/2015 (que, antes de aplicar un entendimiento sumamente criticable del concepto de discurso del odio, había realizado una serie de consideraciones plenamente razonables en torno al valor de la libertad de expresión, por más que luego no se puede decir que las tomara en consideración al resolver el caso).

De ambas sentencias reitera el Tribunal puntos de partida tales como la dimensión institucional de la libertad de expresión, su carácter no absoluto que permite en democracia “sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” o que promuevan la violencia (FJ 4a), la necesidad de respetar la proporcionalidad al aplicar sobre la libertad de expresión limitaciones (con advertencia de los riesgos de acudir al *ius puniendi* y el efecto de desaliento

31 Para el TS, asimismo, “la afirmación de que [el acusado] no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación” (FJ 3).

32 V. sobre ello Cabellos Espiérrez (2018: 70-76).

33 Más convincente resulta, desde luego, la argumentación que en su voto particular desgrana el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, para quien “puesto que lo que convierte en criminales las conductas de referencia es su aptitud para estimular la práctica de las acciones descritas en los arts. 571 a 577 CP, legitimándolas de algún modo, se hace preciso que aquellas guarden una mínima relación contextual y de efectiva funcionalidad con estas, de manera que quienes ejecutan actos de terrorismo puedan beneficiarse de ellas o rentabilizarlas en términos de apoyo, generación de consenso o de prestigio social. Y en el caso de las relativas a las víctimas, debería tratarse de formulaciones capaces de hacer que una víctima hipotética pudiera considerarse directamente concernida y sentirse vilipendiada por ellas. Pues bien, no hace falta ningún esfuerzo argumental para concluir que las frases recogidas en los hechos probados no tienen la mínima consistencia discursiva y, según se ha dicho, no pasan de ser meros exabruptos sin mayor recorrido, que se agotan en sí mismos [...]. Pues carecen, por su propia morfología y por razón del contexto y del fin, de la menor posibilidad de conexión práctica con algún tipo de actores y de acciones [...] terroristas [...]. Y, ya en fin, por lo que hace a la posible incidencia en las víctimas de actos de terrorismo, es patente que esta no se daría en ninguno de los casos en que los aludidos son personajes históricos o sujetos políticos”.

que ello puede generar), o se recuerda que ya en la STC 235/2007 se subrayó que para que una idea pueda ser perseguida penalmente debe operar como “incitación indirecta” a la comisión de un delito (en aquel caso el de genocidio), así como que de ahí extrajo la STC 112/2016 que la conducta de exaltación o justificación del terrorismo o de sus autores requiere “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 4b).³⁴ Como se verá en el próximo apartado, no obstante, la sentencia no hace nada por corregir las imprecisiones que en relación con el discurso del odio se hallaban en la STC 177/2015; es, en este sentido, una ocasión perdida.

Lo más sustancial de la sentencia vendrá en el posicionamiento que el Tribunal adoptará en relación con el modo como los tribunales deberán resolver este tipo de casos vinculados al art. 578 CP para otorgar así verdaderamente a la libertad de expresión el carácter institucional que tiene y garantizar, de un modo real, la proporcionalidad en toda limitación que se le oponga. Como hemos visto *ut supra* al referirnos a las dos sentencias de la AN y el TS, la diferencia clave radicaba en si debía tenerse en cuenta únicamente el texto del mensaje o si, además, debía atenderse a otros factores que ayudasen a perfilar su contexto y efectos, como la intención del autor, la trayectoria de este, la capacidad del mensaje para generar peligro o para incitar realmente a la comisión de delitos, etc. Dentro de todo ello resulta clave la determinación de qué exige el tipo subjetivo del art. 578 CP. El TC, en su FJ 3B, refleja la dispar conclusión a la que llegaban las dos sentencias previas al indicar que mientras la sentencia de la AN interpretaba que el art. 578 CP exige “además de los tradicionales elementos configuradores del dolo, un específico ánimo o intención en el autor”, en cambio para el TS “el art. 578 CP no exige ningún específico ánimo o intención en el autor añadido a los tradicionales elementos configuradores del dolo” con lo que la condena se derivaba directamente del hecho de haber realizado determinadas manifestaciones, excluyendo toda necesidad de atender a cualquier otro elemento diferente al mero tenor literal de aquellas. Tras valorar la posición del TC en relación con el discurso del odio (apartado 2.3.2), nos centraremos en esta cuestión clave de la sentencia (apartado 2.3.3).

2.3.2 Una oportunidad perdida para acotar mejor el concepto de discurso del odio

Como se ha indicado, lo que sorprende es que, en relación con el discurso del odio como límite a la libertad de expresión, la sentencia de 2020 se remita y cite sin más a la STC 177/2015 (cuya doctrina se reproduciría en la STC 112/2016), que giraba en torno a un entendimiento muy extensivo del concepto de discurso del odio,³⁵ cuya aplicación fue contradicha por la STEDH de 13 de marzo de 2018 (asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España) pese a lo cual en 2020 se acoge aquel entendimiento de 2015 sin introducir matiz o delimitación alguna. Un entendimiento que de nuevo en 2020 se basa en:

A) La utilización de criterios sumamente evanescentes y no especialmente útiles desde el punto de vista jurídico, como cuando dice el TC que debe examinarse si los hechos analizados “son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia” (FJ 4, con remisión a las sentencias de 2015 y 2016). Ante esto cabe hacer algunas observaciones.

La primera, que el canon para determinar si unas determinadas manifestaciones son o no amparables por la libertad de expresión no puede ser una opción binaria que distinga entre las que sean capaces de “estimular el debate tendente a transformar el sistema político” y las que desencadenen ese “reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio”, pues, por una parte, aquella finalidad de estímulo, aparte de imposible de concretar muchas veces en la práctica, permitiría excluir a gran parte de los mensajes dejando en manos de cada juzgador lo que considere que transforma o no un sistema político; por otra parte, entre las

34 Por ello, aunque la sentencia de 2016 parte de (y reproduce) la de 2007 y su referencia a la incitación indirecta, podemos considerar que va un paso más allá al exigir de manera expresa que se genere una “situación de riesgo” constatable.

35 Que por lo demás nunca ha sido realmente abordado con precisión por la jurisprudencia constitucional. En palabras de Alcácer Guirao (2018: 6), “la jurisprudencia no ha aspirado a tal determinación conceptual [del discurso del odio], sino que, por el contrario, se ha valido de la vaguedad y de la carga peyorativa del término para justificar la progresiva restricción de la libertad de expresión, empleando tal noción antes con fines retóricos y persuasivos que con afán analítico”. Por su parte Presno Linera (2020) sostiene la innecesidad de que la STC 35/2020 se refiriera al discurso del odio, dado que no se estaba hablando de ningún grupo tradicionalmente discriminado.

manifestaciones que estimulan el debate público y las que generan odio, es de suponer que existe un campo intermedio muy amplio, que en esa opción binaria un tanto simplista se ignora.

Y la segunda, que referencias como la realizada al “reflejo emocional de hostilidad” consiguen idéntico resultado de subjetividad absoluta e imprevisibilidad total acerca de las posibles consecuencias de una expresión o manifestación.³⁶

B) La sentencia de 2015 creaba en la práctica un nuevo concepto de discurso del odio desligado del hecho de que su destinatario perteneciera a grupo alguno tradicionalmente discriminado. La sentencia de 2020 se remite a la de 2015, que distinguía entre manifestaciones “toscas” de discurso del odio y otras, al parecer, que lo serían menos:

“Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes” (FJ 4a).

La primera vertiente apunta al concepto tradicional de discurso del odio, que se dirige contra personas pertenecientes a grupos tradicionalmente discriminados por sus características, ideología, religión, orientación sexual, etc. (o a estos mismos grupos en cuanto tales); es lo que recoge el art. 510 CP. El problema viene cuando la segunda vertiente permite construir un concepto de discurso del odio totalmente desligado de lo anterior, dirigido a personas concretas (o a grupos) que no reúnen aquella característica, permitiendo la extensión de tal discurso a múltiples situaciones. Hasta tal punto fue llevado ese concepto extensivo que en 2015 sirvió para considerar que los reyes (que difícilmente podrían encuadrarse dentro de grupo tradicionalmente discriminado alguno) habían sido objeto de discurso del odio al quemarse fotografías suyas.³⁷

Este concepto tan amplio de discurso del odio se halla socialmente muy presente, de modo que, junto a casos graves que sí que se encuadrarían claramente dentro del mismo y que afectan a personas pertenecientes a los grupos tradicionalmente discriminados mencionados en el art. 510 CP, o a los grupos mismos, se va constatando cómo aquella categoría es también utilizada (en los últimos tiempos con elevada frecuencia) para interponer querellas meramente propagandísticas por parte de alguien que se siente ofendido por otro, es decir, querellas sin conexión real con los supuestos del art. 510 CP y orientadas únicamente a conseguir eco en los medios de comunicación en el momento de su interposición y a que, en el caso de que algún juez o tribunal un tanto desorientado las admita a trámite y se llegue a juicio, se pueda así redoblar la publicidad obtenida por más que luego la sentencia (salvo error judicial patente) sea absolutoria. Se convierte así en ocasiones el discurso del odio en una eficaz herramienta de propaganda que se sirve del proceso judicial, al tiempo que vale de amenaza o presión contra el que ha dicho algo estúpido o desafortunado. Con todo ello, lo único que se consigue es el desprestigio progresivo de un concepto necesario y relevante como es el del discurso del odio.

³⁶ Véase una crítica a este tipo de referencias genéricas (también presentes en sentencias como la 235/2007 cuando se refieren a la “incitación indirecta” a la comisión de delitos) en Teruel Lozano (2018: 28-29). Con ellas, expresa este autor que el TC “aplica unos criterios que se acercan más al test del *bad tendency* que al *clear and present danger*”. El mismo autor (2017b) subraya que este problema se da también en el TEDH, que “no desciende a comprobar si existió un daño efectivo (o un peligro efectivo) y se ha conformado con comprobar que las autoridades nacionales justificaron que existía un daño o peligro potencial. Algo que ha sido cuestionado en notables votos particulares por un sector de los jueces integrantes del propio Tribunal que han reclamado que la justificación de cualquier injerencia en la libertad de expresión se funde en la existencia real de una ofensa, daño o peligro para los bienes o valores con los que colisiona”.

³⁷ Los votos particulares de los magistrados Asua Batarrita y Xiol Ríos son expresivos de los peligros de una interpretación tal y advierten de la banalización y deformación que se lleva a cabo sobre el concepto de discurso del odio. V. también crítico Díaz y García Conlledo (2018: 18-21), que se pregunta a qué grupo discriminado pertenece la monarquía, y advierte de que una concepción tan extensiva del concepto de discurso (y de delito) de odio “pondría en peligro toda capacidad de crítica y debate sobre las instituciones públicas, debilitando la democracia”. Teruel Lozano estima que el TC lleva el concepto del discurso del odio al “paroxismo, extendiendo el mismo al puro discurso intolerante” (2018: 26). También Alcácer Guirao califica la decisión del TC de “maniobra de prestidigitación conceptual [que] se lleva a cabo a partir del vaciamiento del concepto, excluyendo esa dimensión antidiscriminatoria e identificando ‘discurso de odio’ con la mera manifestación general de hostilidad” (2018: 8).

Sorprende, así, que en 2020 y tras la sentencia del TEDH de 2018, el TC siga citando sin más aquella doctrina exageradamente extensiva de 2015 (sin, por cierto, hacer referencia alguna al fracaso práctico de la misma ante Estrasburgo) y no aproveche para corregir su exceso. Y hubiera sido oportuno hacerlo porque la presencia del discurso del odio es, nos recuerda el TC, pieza esencial a la hora de establecer la legitimidad de la limitación por vía penal de la libertad de expresión (FJ 4b). Una ocasión perdida, pues, de seguir acotando adecuadamente un concepto que está cada vez desdibujándose más en la práctica, con el consiguiente peligro para la libertad de expresión, que se ve automáticamente exceptuada cada vez que un órgano judicial categoriza algo como discurso del odio, sin que a partir de ahí quepa entrada alguna de la libertad de expresión.³⁸ Por ello resulta tan necesario un concepto de discurso del odio estricto y ceñido a criterios claros, que tome por tal solo aquello que por su gravedad y por la pertenencia de sus destinatarios a un grupo tradicionalmente discriminado merezca realmente ser así conceptualizado.

2.3.3 En torno al papel de la libertad de expresión y al necesario juicio de proporcionalidad de las limitaciones que se le opongan

Otro juicio merece, en cambio, el modo como el TC examina la función de la libertad de expresión y las exigencias que de dicha función se derivan ante cualquier pretensión de limitar ese derecho. El TC recuerda que es necesario realizar un examen preliminar de si en el caso que se enjuicia se está ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, pues de faltar dicho examen, un eventual recurso de amparo debería estimarse. Con todo, en mi opinión el problema no es (o no es solo) la presencia de dicho examen, sino los criterios bajo los que se realice y el grado de detalle en el análisis, pues tal es el punto débil de muchas de las sentencias que en el pasado han dictado la AN (sobre todo) y el TS: que se hace un análisis meramente literal y que no va más allá de enlazar unas cuantas tautologías. Es por ello que tiene más sentido que el TC añada que se deben equiparar a la ausencia de examen aquellos supuestos en que “la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento”.³⁹ Cabría preguntarse, pues, si podemos considerar manifiestamente carente de fundamento una ponderación meramente literalista de un mensaje, sin atender a su contexto y efectos. A partir de lo que concluirá el TC en esta sentencia respecto del examen que había hecho el TS en la suya, parece que podríamos afirmar que sí: el TC no deja de reconocer que ha habido algún análisis por parte del TS (análisis que giró en torno a la idea de que la intención del encausado no era relevante desde el punto de vista del tipo subjetivo del delito) pero dicho análisis, dice el TC “no resulta suficiente desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, ya que no pondera con la intensidad exigida por la jurisprudencia constitucional las circunstancias concurrentes en el caso” (FJ 5b).

En realidad, como se ha dicho, más que de “intensidad”, es un problema a mi juicio de criterio o de baremo empleado. El criterio en torno al que construye el TS su argumentación (según el cual la intención —y otras circunstancias concurrentes— no debían tenerse en cuenta) es el opuesto al que adoptará el TC. Este considera (FJ 5b) que aquella valoración debiera incluir el examen de tales circunstancias concurrentes (y aquí radicará la contribución esencial de la sentencia de 2020 y el modo como cierra el círculo que había quedado abierto con la de 2016, que se había quedado en el punto de exigir la causación de un riesgo real por parte de la conducta enjuiciada sin ir más allá realmente, como muestra el voto particular del magistrado Xiol Ríos); son circunstancias como:

- la valoración de la importancia de los mensajes controvertidos desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas;
- la valoración de si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas;

38 V. sobre ese efecto de exclusión de la libertad de expresión y de cierre de toda ponderación Alcácer Guirao (2018: 8 s. y 26). El autor habla de “jurisprudencia de excepción” por la que “se alteran o tergiversan los estándares habituales de interpretación constitucional para restringir el contenido protegido de la libertad de expresión”. Al incluirse una determinada manifestación en la categoría de discurso del odio, “las sentencias analizadas omiten el paso metodológico siguiente, consistente en efectuar un juicio de ponderación con los derechos concernidos y determinar si, en el caso concreto, la restricción del derecho a la libertad de expresión era o no proporcionada” (2018: 26). De ahí se pasa automáticamente a dar por necesaria y evidente la sanción penal.

39 Hace notar Presno Linera (2020), no obstante, que más que ante una ponderación estamos aquí ante una operación de delimitación del derecho, pues no se trata de poner en liza dos derechos en conflicto para ver cuál prevalece.

- la consideración acerca de si la condena penal de los mensajes podría producir un efecto de desaliento por parte de quienes se propongan ejercer la libertad de expresión mediante la utilización de medios o con contenidos similares;
- el estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, considerando la autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y sus destinatarios, es equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional.

Frente a ello, señala el TC, el TS consideró irrelevante “ponderar cuál era la intención —irónica, provocadora o sarcástica— del recurrente al emitir sus mensajes, en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, con el contexto en que se emitían los mensajes y con el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos”. Tal intención, en cambio, es “uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho” (FJ 5b). El TS, en cambio, al realizar la “valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación” desatiende elementos esenciales cuyo análisis hubiera debido llevar a considerar que los mensajes formaban parte del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, lo que hubiera llevado a no realizar ya ninguna otra consideración en torno al art. 578 CP, su tipo subjetivo, etc.

Se impone así, en definitiva, la necesidad de hacer un análisis especialmente cuidadoso de las circunstancias que rodean al emisor y al contexto de ese mensaje, lo que debiera llevar por ejemplo a excluir de ser considerados susceptibles de reproche penal los mensajes de carácter irónico o de finalidad de crítica social o política, por desafortunados que puedan resultar. La posibilidad de que de este modo se abra la puerta a la banalidad o la estupidez cede ante el interés claramente superior de preservar la libertad de expresión,⁴⁰ que se vería ciertamente coartada por el efecto de desaliento que irían creando sentencias condenatorias frente a mensajes meramente vacuos o desafortunados,⁴¹ desaliento que se sumaría al que ya de por sí genera el art. 578 CP.⁴²

De todos los criterios a valorar manejados por el TC y que se sintetizaron *ut supra*, merece la pena detenerse en el primero, de larga tradición: la capacidad para la formación de una opinión pública libre y el intercambio de ideas; y es relevante hacerlo porque, junto con su indudable utilidad para dar fundamento a la libertad de expresión, también hay que advertir del peligro de su interpretación en sentido restrictivo, es decir, que en función de cómo se quiera interpretar, la libertad de expresión podría llegar a abarcar solo a los mensajes que reflexionen o realicen valoraciones fundamentadas y seriamente articuladas en torno a cuestiones de interés público, y dejaría fuera desde luego —y entre otros muchos— a buena parte de los mensajes con finalidad irónica o de contenido banal, que no alcanzarán aquella densidad argumental ni aquella relevancia pero que, sin embargo, no deben solo por eso ser excluidos del ámbito de la libertad de expresión,⁴³ una interpretación

40 En tal sentido, en el FJ 5 el TC expone que: “este Tribunal no desconoce los aspectos reprobables de los tuits formulados por el recurrente que se resaltan en las resoluciones recurridas en relación con la referencia al terrorismo como forma de acción política. Sin embargo, estima que el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos sin ponderar también el hecho de que los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que, en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político”.

41 Precisamente Alcácer Guirao achacaba al TC, en referencia a las sentencias del TC previas a la de 2020, contribuir eficazmente a causar dicho desaliento: “lo rechazable de esta jurisprudencia de excepción no es solo que en el enjuiciamiento de las sentencias condenatorias se haya ignorado el canon del efecto desaliento, sino el desaliento mismo que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional generan sobre el ejercicio de la libre expresión, al restringir desproporcionadamente los contornos de su contenido protegido e imponer a los tribunales ordinarios (artículo 5.4 LOPJ) una concepción jibarizada del derecho fundamental” (2018: 33).

42 V. en torno a ello Cuerda Arnau (2007: 27 y 30) para quien el legislador debería ser consciente de que en muchos casos “la levedad de la ofensa y el desaliento que, sin embargo, provoca la condena penal de esas conductas convierte en extremadamente difícil la empresa de encontrar una sanción que supera el principio de proporcionalidad estricta” y que “el legislador puede sancionar conductas que se encuentran extramuros del derecho fundamental aunque sean limítrofes. Puede incluso redactar los tipos con un cierto margen de indeterminación, siempre y cuando, claro está, se respeten las exigencias materiales del principio de legalidad. Ahora bien, lo primero —la relación de la conducta típica con el derecho fundamental—, le obliga a justificar el desaliento que toda sanción conlleva y lo segundo —la indeterminación— le compele a extremar las precauciones para conseguirlo”.

43 En torno a qué incluye y qué no la libertad de expresión, y cómo ello depende entre otras cosas de la aproximación filosófica que se haga a la misma, es de interés Rosenfeld (2000: 474-477) que sintetiza cómo en Estados Unidos han coexistido al menos

tal del criterio en sentido restrictivo estrecharía mucho el ámbito de la libertad de expresión.⁴⁴ Una cosa es que la contribución a la formación de una opinión pública libre sea un elemento clave para determinar si la libertad de información prevalece en un caso concreto sobre los derechos del art. 18 CE, y otra considerar que todo lo que no entre ahí no pertenece al ámbito de la libertad de expresión e información.⁴⁵ Útiles en cambio resultarán, en la práctica especialmente, el tercero y el cuarto de los criterios o pautas antes enunciados.

En cualquier caso, queda claro que a la luz de esta sentencia no hubieran podido ser dictadas como lo fueron buena parte de las sentencias de estos últimos años de la AN y el TS, basadas con frecuencia, como ya se dijo, en interpretaciones meramente literalistas de los mensajes emitidos.

2.3.4. Las posibles dificultades para la consolidación de la doctrina de la STC 35/2020 en la jurisdicción ordinaria

De lo dicho hasta aquí parecería derivarse que la cuestión está resuelta, y que en lo sucesivo los tribunales ordinarios serán mucho más restrictivos a la hora de aplicar un precepto como el art. 578 CP como base de una sentencia condenatoria, y que esta misma línea podrá extenderse a la aplicación de otros tipos penales con incidencia sobre la libertad de expresión. Pero no debemos dar esto aún por sentado. Que la cuestión no resulta en sí misma pacífica lo muestra ya el hecho de que a la STC 35/2020 acompañara un voto particular.⁴⁶

cuatro modos de justificar y dotar de contenido a aquella libertad: la justificación basada en la democracia protegería solo las manifestaciones propias del discurso político, pero no otras; la basada en el contrato social cubre las expresiones necesarias para que los miembros de este puedan tomar decisiones informadas, lo que permitiría ir un poco más allá que la primera; la basada en la búsqueda de la verdad, fundada en la filosofía de J.S. Mill, cubriría incluso aquellas manifestaciones que son falsas o dañinas, pues de lo que se trata es de incentivar el debate libre, con el único límite de no tolerar las manifestaciones que inciten a la violencia —el juez O.W. Holmes desarrollaría en 1919 esta línea bajo la pauta del favorecimiento del libre mercado de las ideas con el límite del “peligro claro e inminente”—; en cuarto y último lugar, la justificación basada en la autonomía individual gira en torno a que todas las formas de expresión preservan la autonomía individual y la dignidad de la persona, lo que llevaría a un muy amplio alcance de la libertad de expresión. Con sus referencias a lo que contribuya a la formación de una opinión pública libre parece que nuestro Tribunal corre el riesgo de quedarse entre la primera y la segunda justificación, adoptando así un enfoque un tanto reduccionista; es de interés al respecto la advertencia que formula Teruel Lozano (2018: 19) para quien “la bienintencionada y necesaria protección de determinados grupos sociales articulada a través del castigo a ciertos discursos o, simplemente, privándoles de protección constitucional puede terminar implicando una ‘institucionalización’ de la libertad de expresión y de esta forma puede menoscabar su naturaleza como derecho de defensa”. El mismo autor advierte del peligro de “funcionalización” de la libertad de expresión en las sentencias del TC que insisten en vincular a la libertad de expresión con la formación de la opinión pública libre (2018: 25). V. también en torno a las aproximaciones a los límites de la libertad de expresión Alcácer Guirao (2015: 45-47).

44 En la jurisprudencia del TS de los EE. UU. se distingue entre asuntos de significación meramente privada y asuntos de relevancia pública, pero no para excluir a los primeros de la protección de la libertad de expresión, sino en el sentido simplemente de que tal protección en el primer caso será a menudo menos rigurosa y en algunos casos, cierto es, podría denegarse, pero no con carácter general; v. sentencia *Snyder vs. Phelps*, 562 U.S. 452, 2011. En cuanto a la definición del segundo tipo de asuntos, los de relevancia pública, observamos en esta misma sentencia que la noción es suficientemente amplia como para abarcar todo aquello que gire en torno a algún asunto relevante, por más que ofenda; el asunto de relevancia pública “[puede] ser justamente considerado como relativo a cualquier materia de relevancia política, social o similar para la comunidad [o] sea un tema de interés legítimo desde el punto de vista informativo; esto es, un tema de interés general y de valor y relevancia para el público”. Que tenga carácter inapropiado o controvertido es “irrelevante para la cuestión de si tiene que ver con un asunto de relevancia pública” (562 U.S. 453). No se trata, pues, de hacer una gran contribución al debate público, sino de hablar sobre un tema que tenga alguna relevancia, aunque sea sin aportar nada; por ello el propio Tribunal ampara en este caso un discurso “ciertamente hiriente, cuya contribución al debate público puede ser despreciable” (562 U.S. 460) por el hecho de que trataba sobre temas de relevancia pública.

45 Como señala Aparicio Pérez (1997: 492), “la expansividad del derecho [libertades de expresión e información] es, pues, innegable incluso para actividades que nada tienen que ver con la repetida formación de una opinión pública libre sino, más bien, de una opinión pública “estúpida” [...] la estupidez forma parte también de la libertad. Y ello viene derivado del hecho de que la intercomunicación se desarrolla sobre la totalidad de los espectros de la vida política y social”. También Teruel Lozano (2014: 45-46) señala que “en relación con la delimitación interna de la libertad de expresión entendida como *ius communicationis*, desde un punto de vista objetivo esta se compadece mal con aquellas concepciones de la misma que proponen la fijación de límites internos como puede ser la *doctrina de las materias privilegiadas*, según la cual solo ciertos contenidos de relevancia para formar la opinión pública merecen quedar amparados por esta libertad”.

46 En el voto, el magistrado Alfredo Montoya sostenía que el TS sí que tomó en consideración “múltiples factores” relativos al examen del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, por más que “con sistemática mejorable”. Ocurre sin embargo que el análisis que hizo el TS de esos factores fue meramente formal y literalista, sin valorar realmente aquellos que pudieran tener algún tipo de eficacia exculpatoria, y atendiendo solo a los que pudieran dar soporte a la responsabilidad criminal; difícilmente puede considerarse que tuviera el TS en cuenta el papel de la libertad de expresión en una sociedad democrática o que llevara a cabo el especial esfuerzo argumentativo que debe hacerse en estos casos. También tiene interés otra crítica que el magistrado hace, cuando dice que se extrapolan a este caso criterios desarrollados en relación con el enaltecimiento del terrorismo, cuando en realidad el caso tratado pertenece a la otra parte del art. 578 CP: la humillación, burla o escarnio a las víctimas de terrorismo. Con todo, tampoco por esta vía sería proporcionado fundamentar una condena en el caso analizado, pues los criterios relativos al enaltecimiento son trasladables, con pocas variaciones, a la humillación, y lo relevante es que tanto en un caso como en otro es exigible un examen a

Pero más relevante aún es que en la primera sentencia dictada tras aquella, la STS 135/2020, de 7 de mayo,⁴⁷ el TS resolviera a espaldas de lo indicado por el TC en dicha sentencia, que es citada solo una vez, y de modo marginal, como si tratase de un tema distinto. La sentencia del TS, relativa a un rapero que había sido condenado por enaltecimiento del terrorismo (además de por injurias a la Corona y a las instituciones del Estado) vuelve a girar, en lo referido al art. 578 CP, en torno a los criterios más tradicionales (y restrictivos) de la AN y el TS:⁴⁸ a) solo el dolo es relevante (y con ello se cubriría ya el elemento subjetivo del tipo penal), siendo la intención del autor indiferente (contra lo que el TC dijera en la STC 35/2020),⁴⁹ como lo serían también cualesquiera explicaciones que el autor pudiera dar al respecto; b) la identificación, como riesgo suficiente para condenar, de un “potencial riesgo final de que algún seguidor [...] acabe usando la violencia” sin que tal pronóstico se fundamente en un análisis a fondo de las circunstancias del caso, del contexto y efectos de los mensajes, etc., y considerando tal riesgo como meramente abstracto, algo que surgiría de modo casi automático, devaluándose de esta forma la exigencia que fijó la STC 112/2016 de identificar un riesgo tangible basado en una incitación —aunque fuera indirecta— a cometer actos terroristas, y no meramente basado en el hecho de que un comentario pueda eventualmente sugerir al tribunal la posibilidad hipotética de que pudiera llegar a generar algún riesgo, aunque no se sabe bien ni cuál, ni dónde ni cuándo; c) la referencia una vez más a conceptos absolutamente evanescentes, como cuando se dice que “se trata de tutelar la seguridad colectiva [...] entendiéndola como la creación de un clima de garantía social en el que no se vean amenazados los bienes jurídicamente protegidos”, con lo que se vuelve a los delitos de clima, o de nuevo la referencia a la creación de un “reflejo emocional de hostilidad”.

Dichos puntos de partida del TS no son sino reminiscencias de la doctrina inicial de la AN y del propio TS, que parecía empezar a quedar superada en los últimos tiempos, pero que aún se resiste, por lo que se ve, a dejar paso definitivamente a las nuevas pautas que ha sentado el TC. Ni se tiene en cuenta en esta sentencia el elemento subjetivo del tipo en el sentido en que lo ha definido el TC en 2020, ni se hace una evaluación mínimamente seria del riesgo (y de la incitación), como se exigió ya por parte del propio TC en 2016, ni la sentencia del TS, de estructura interna sumamente abigarrada y confusa, considera realmente la vertiente institucional de la libertad de expresión en una sociedad democrática, aproximándose a dicha libertad desde una perspectiva de desconfianza frente a su ejercicio, adelantando desproporcionadamente la aplicación del tipo penal, convirtiendo el art. 578 CP en un delito de clima y bordeando, cuando menos, el derecho penal del enemigo.⁵⁰

El voto particular de dos de los cinco magistrados de la sección 1.^a de la Sala Penal del TS (que muestra que dentro de la sección pugnan, en definitiva, la línea tradicional con la que intenta abrirse paso) hace un análisis más riguroso del riesgo producido por los tuits, poniendo de manifiesto que no es el que la sentencia afirma con apreciable tremendismo, y que, frente a lo que sostiene esta, no pueden tales tuits desgajarse de la crítica política. Del contenido del voto de los dos magistrados merece la pena transcribir literalmente sus últimas líneas: “el sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como *ultima ratio*, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves, a lo realmente intolerable desde la óptica de los valores democráticos”. Habrá que ver si esta línea, más coherente con la sentada por el TC en su sentencia de 2020, se va imponiendo, o si este se ve obligado con el tiempo a intervenir de nuevo cuando un asunto de esta índole le llegue por la vía de amparo.⁵¹

fondo (y no meramente formal ni tampoco parcial) por parte de los tribunales de las circunstancias concurrentes: contexto, finalidad, efectos, etc.

47 ECLI: ES:TS:2020:1298. El presente trabajo se cerró el 23 de junio de 2020 y, por tanto, las referencias jurisprudenciales abarcan hasta dicha fecha.

48 Y que solo a partir de 2017 parecían empezar a ser poco a poco sustituidos por otros más acordes con la función de la libertad de expresión, que vuelven a ser ignorados en sentencias como esta.

49 Y el propio TS en su STS 378/2017, de 25 de mayo, o la 95/2018, de 26 de febrero, entre otras.

50 En torno a este concepto y a la relación con él del art. 578 CP v. Cancio Meliá (2006: 137).

51 Algo más atenta a evitar incurrir en los indicados problemas que presenta la STS 135/2020 se muestra la posterior STS 196/2020, de 20 de mayo, si bien es cierto que el caso enjuiciado en esta (sobre terrorismo yihadista) resulta más claramente incardinable en los márgenes del art. 578 CP. La sentencia realiza un análisis del riesgo y de las circunstancias concurrentes en el autor y sus mensajes, si bien resulta llamativo que lo haga sin efectuar una sola mención a la STC 35/2020, una vez más como si esta no fuera una sentencia clave en el ámbito tratado.

3 Algunas conclusiones y una tarea por abordar: la reforma del Código Penal en los tipos que inciden en la libertad de expresión

De todos los aspectos estudiados se deriva una constante: la presencia en el Código Penal de una serie de preceptos que inciden potencialmente sobre la libertad de expresión, que giran en torno a conceptos de difícil delimitación previa y dejan un gran margen de actuación al aplicador judicial, ha dado lugar en el pasado a algunas líneas jurisprudenciales claramente restrictivas para con aquella libertad y, por otra parte, contribuye de modo notable a judicializar conflictos por la vía penal que en la gran mayoría de los casos, o no tendrían que llegar a los tribunales o, como mucho, tendrían que quedarse en una demanda civil por vulneración del honor. No todo abuso de la libertad de expresión debe llevar automáticamente al ámbito penal; el riesgo que ello conlleva de limitar indebidamente los márgenes de la libertad de expresión y de provocar un efecto de desaliento es evidente,⁵² aparte de que con ello se contribuye a desbordar el ámbito propio del derecho penal en un Estado democrático⁵³ y a que el Estado vaya de algún modo decidiendo paulatinamente de qué temas (y en qué términos) no se puede hablar.⁵⁴

La línea jurisprudencial que fija el TC en su STC 35/2020 culmina los pasos dados de modo parcial y un tanto dubitativo por la previa 112/2016, y debiera permear definitivamente la actuación de la jurisdicción ordinaria, y llevar a esta a limitar las condenas por aplicación de aquellos tipos penales a supuestos muy concretos, graves y en los que previamente se realice un análisis detallado del contexto y efectos de las manifestaciones emitidas; como se ha dicho, no obstante, de momento está costando que ese cambio se produzca.

Ello debiera afectar (y aquí radica una de las principales contribuciones de la STC 35/2020) no solo a tipos penales, como el del enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas, sino también, *mutatis mutandis*, a los de ofensa a los sentimientos religiosos, injurias al jefe del Estado o a una serie de instituciones, así como las ofensas a símbolos; y no hay que olvidar igualmente la necesidad de acotar la cada vez más amplia concepción de discurso del odio en nuestra sociedad (que muchas veces sirve como elemento de base en las condenas por los anteriores delitos, aparte de su función como núcleo del tipo del art. 510 CP) aspecto en el que, como se vio, el TC no aprovechó la oportunidad en la sentencia de 2020, elogiable en cambio por otros motivos. Sea como fuere, y haciendo abstracción de esta concreta cuestión, la aplicación de las pautas sentadas por la citada sentencia, mucho más sensibles para con la función de la libertad de expresión en un sistema democrático, podría tener como efecto reflejo (previo tránsito de los tribunales ordinarios hacia caminos diferentes de los que han ido recorriendo en muchas ocasiones hasta ahora) la disminución de la judicialización de este tipo de casos, de diverso objeto pero incidencia común sobre las libertades del art. 20 CE, y en especial posibilitar el abandono del abuso de la vía penal en estos supuestos.⁵⁵

52 En tal sentido, como se vio, Sáez Valcárcel (2016: 59). Asimismo, como señala Teruel Lozano (2017a) “El mal gusto o la estulticia no pueden ser delito, aunque ello no quiere decir que como sociedad lo toleremos. Podemos y debemos responder ante discursos radicales, ante expresiones execrables. Pero debemos hacerlo como sociedad educada y culta que por sí misma es capaz de reprocharlos sin necesidad de recurrir al brazo armado del Derecho. Una sociedad plural que reconozca la libertad de expresión implica tener que lidiar con una cierta dosis de basura, que será inmune jurídicamente; pero ello no quiere decir que la santifiquemos”. Igualmente el magistrado Xiol Ríos, en su voto a la sentencia 177/2015, propugnaba que “en los supuestos en que el Estado reacciona recurriendo al derecho penal frente a conductas que considera un ejercicio de la libertad de expresión abusivo o incurso en extralimitación, el análisis constitucional [hace] necesario [...] efectuar un juicio de necesidad y de proporcionalidad en que se ponderara si el eventual exceso o abuso en el ejercicio de la libertad de expresión era de tal magnitud —y la lesión correlativa que generaba en ese otro valor o interés constitucional era de tal importancia— que resultaba justificado acudir a la imposición de penas privativas de libertad o multas penales”.

53 Señala Teruel Lozano (2015: 530 s.) que delitos como los del art. 578 CP son propios de una “sociedad del riesgo, temerosa y débil [...]”. Un Derecho penal que, ante cualquier riesgo, adelanta la barrera punitiva, prefiere bienes jurídicos supra-individuales y formas adelantadas de ofensa [...]. Quiebra también la concepción del Derecho penal ‘mínimo.’ Se pasa a un Derecho penal de ‘gestión de riesgos’ [...]. Un Derecho penal preventivo. [...]. Que una conducta sea repulsiva socialmente no justifica por sí la intervención penal en un orden de Derecho penal mínimo”.

54 Vale la pena traer a colación la reflexión de J.S. Mill acerca de que “el genuino daño de silenciar la expresión de una opinión consiste en que es un robo a la raza humana, tanto a la posteridad como a la generación existente, y más a los que disienten de esa opinión que a quienes la comparten. Si la opinión es justa, se les priva de la oportunidad de dejar el error por la verdad; si es equivocada, se les arrebató un beneficio casi igual de valioso, la percepción más clara y viva de la verdad producida por contraste con el error”. Se cita por la traducción de E. Gil Bera en la edición de Acanalado (2013: 30).

55 En dicha línea señala Alcácer Guirao (2012: 19-21) que “una sociedad democrática estable debe poder tolerar [un cierto] grado de desestabilización social [que pueda causar la libre expresión] y [...] debe disponer de otros métodos de reestabilización que no sean el *ius puniendi* [...]. Otras vías —civiles, administrativas, económicas— que los grupos minoritarios, potenciales víctimas del odio o la discriminación, [...] dispongan de posibilidades expresivas de respuesta [...] y restringir el uso de la sanción penal a los supuestos de provocación directa e inminente a una conducta lesiva de la seguridad de los individuos o grupos”.

Esto es además especialmente necesario en una época como la que vivimos, en que internet y las redes sociales multiplican la potencialidad de cualquier expresión y ponen en manos de cualquier persona la posibilidad de llegar con facilidad a un número indeterminado de destinatarios, erigiéndose como un medio particularmente idóneo para que se expresen quienes no tienen otros medios a su disposición: la pretensión de llevar por la vía penal, con base en alguno de los tipos antes descritos, todo cuanto, vehiculado a través de internet o las redes, se salga de unos determinados parámetros ajenos al análisis del contexto y efectos de las expresiones vertidas parece poco realista y presenta desde luego una serie de potenciales efectos, ya analizados, poco deseables desde un punto de vista constitucional.

La línea en la que insiste la STC 35/2020, orientada precisamente en el sentido por el que se está aquí abogando, ya estaba presente en aquellos órganos jurisdiccionales que habían aplicado con un mínimo rigor la exigencia de causación de un riesgo que mencionaba la previa STC 112/2016 y habían realizado una valoración rigurosa como la defendida en el voto particular a la misma del magistrado Xiol Ríos y que ahora exige la sentencia de 2020. Había ocurrido en algunas sentencias de la AN y el TS relativas al art. 578 CP — pero no en todas, como se vio: la STS 135/2020 es la última muestra de ello— y también por ejemplo, como se ha dicho, en algunas relativas al delito contra los sentimientos religiosos. No hay ningún motivo para que, en el futuro, como ya se dijo, esa orientación no se imponga con carácter general y para todos los delitos que afectan a la libertad de expresión.

Con todo, la persistencia de tipos penales como los antes examinados no deja de ser una invitación a lo contrario. Es precisa una revisión de los mismos, para concretarlos mucho mejor en unos casos y eliminarlos en otros. Alguna iniciativa parlamentaria hubo recientemente en marcha, aunque finalmente fue retirada por sus promotores.⁵⁶ Es una reforma penal pendiente que, mientras no llegue, puede al menos ser en parte suplida por una aplicación efectiva de la doctrina de la STC 35/2020 en los tribunales ordinarios: ese es el próximo paso a dar en este ámbito.

Referencias bibliográficas

- Alastuey Dobón, Carmen. (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18, 1-38.
- Alcácer Guirao, Rafael. (2012). Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de expresión de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14(2), 1-32.
- Alcácer Guirao, Rafael. (2015). Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EE. UU. y Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 45-86.
- Alcácer Guirao, Rafael. (2018). Opiniones constitucionales, *Indret*, 1.
- Aparicio Pérez, Miguel Ángel. (1997). Libertad de expresión y soporte informativo. En *Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I (p. 476-498). Madrid: Tecnos.
- Boix Palop, Andrés. (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 55-112.
- Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel. (2018). Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 45-86.
- Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel. (2019). En torno a la tutela de instituciones y símbolos en el debate público. *Revista Vasca de Administración Pública*, 113, 49-83.

⁵⁶ Proposición de ley orgánica de reforma del Código Penal para la protección de la libertad de expresión, presentada en el Congreso por el grupo parlamentario de Unidas Podemos el 27 de febrero de 2020 y admitida a trámite por la Mesa del Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados núm. B-69-1 de 06/03/2020), pero finalmente retirada por el grupo parlamentario promotor de la misma el 8 de septiembre de 2020.

- Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel. (25 de marzo de 2020). [La protecció penal dels símbols i institucions i les restriccions a la llibertat d'expressió: una reforma pendent](#). [Entrada en blog]. *RCDP blog*.
- Cancio Meliá, Manuel, y Jakobs, Günther. (2006). *Derecho penal del enemigo* (2ª ed.) Cizur Menor: Civitas.
- Cancio Meliá, Manuel. (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus.
- Cuerda Arnau, María Luisa. (2007). Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento. *Revista General de Derecho Penal*, 8, 1-43.
- Díaz y García Conlledo, Miguel. (2018). El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código Penal: necesidad de limitar. *Jueces para la Democracia*, 5, 18-21.
- Díez Bueso, Laura. (2017). *La libertad de expresión artística en Estados Unidos y en Europa: entre la expresión y el discurso del odio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). Desconciertos de Brandemburgo. *Jueces para la Democracia*, 5, 15-17.
- Ferreres Comella, Víctor. (2002). *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas.
- Lascurain Sánchez, Juan Antonio. (2009). *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Mill, John Stuart. (2013). *De la libertad*. Barcelona: Acantilado. Traducción de Eduardo Gil Bera de la edición original de 1859.
- Presno Linera, Miguel Ángel. (2 de marzo de 2020). [Breves y apuradas consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que anula la condena del Tribunal Supremo al cantante Strawberry](#). [Entrada en blog]. *El derecho y el revés*.
- Ramos Vázquez, José Antonio. (2008). Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 771-793.
- Rebollo Vargas, Rafael. (2014). Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIV, 81-126.
- Ridao Martín, Joan. (2018). Malos tiempos para la libertad de expresión. Una revisión de la praxis judicial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la corona e incitación al odio. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 75, 10-15.
- Ridao Martín, Joan. (2019). La protección jurídica de los símbolos del Estado a revisión. Una relectura acorde con la libertad de expresión y con el espíritu de tolerancia de una sociedad pluralista. *Parlamento y Constitución*, 20.
- Rosenfeld, Michel. (2000). La filosofía de la libertad de expresión en América. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 469-483.
- Sáez Valcárcel, Ramón. (2016). Amenazas a la libertad de expresión en el ámbito penal. La represión de los discursos peligrosos. *Revista de Derecho Social*, 74, 37-60.
- Sáez Valcárcel, Ramón. (2018). La libertad de expresión: apariencia y realidad. *Boletín Juezas y Jueces para la democracia*, mayo 2018, 3-5.
- Silva Sánchez, Jesús María. (2015). ¿Legalidad penal líquida? *Indret*, 4, 1-3.
- Teruel Lozano, Germán Manuel. (2014). Libertad de expresión y censura en internet. *Estudios de Deusto*, 62, 41-72.

- Teruel Lozano, Germán Manuel. (2015). *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Madrid: CEPC.
- Teruel Lozano, Germán Manuel. (15 de enero de 2017a). [El mal gusto no es delito: apología de la libertad de expresión](#). *El Periódico de Catalunya*.
- Teruel Lozano, Germán Manuel. (2017b). El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27.
- Teruel Lozano, Germán Manuel. (2018). Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 13-45.
- Valero Heredia, Ana. (2017). Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 305-333.
- Vernet Llobet, Jaume, y Rodríguez Aguilera de Prat, Cesáreo. (1993). Cuestiones simbólicas y Constitución Española. *Revista de Derecho Político*, 79, 139-160.
- Vernet Llobet, Jaume. (2003). Símbolos y fiestas nacionales en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 12-13, 99-122.