

TEMOR A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los delitos de enaltecimiento del terrorismo e injurias a la Corona como ejemplo

Joan Ridao Martín
Profesor Titular (a) de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona
Letrado del Parlamento de Cataluña
jridao@ub.edu

SUMARIO: I. Introducción. II. El alcance de las reformas del Código Penal de 2015, en materia de delitos de terrorismo y de incitación al odio y a la violencia. III. Conceptualización y perímetro constitucional de la libertad de expresión. IV. La praxis más reciente de nuestros jueces y tribunales en materia de delitos de odio. 1. Los delitos de enaltecimiento del terrorismo. 2. Las injurias a la Corona. IV. Conclusiones.

RESUMEN:

La emergencia de fenómenos como las redes sociales ha supuesto la aparición de nuevos tipos delictivos. Una revisión de la regulación penal y del rol de la policía de seguridad nos muestra sin embargo las múltiples y oscilantes interpretaciones judiciales al respecto que comprometen la libertad de expresión. Así, por ejemplo, han sido criminalizadas y perseguidas con especial celo letras de canciones o bromas de mal gusto bajo categorías vagas, siendo llamativo el gran número de condenas en los últimos años.

ABSTRACT:

The emergence of phenomena such as social networks has led to the appearance of new types of crime. However, the review of criminal regulation and the role of the security police has led to multiple and oscillating interpretations and judicial resolutions that have compromised freedom of expression. Thus, for example, they have been criminalized and persecuted with special zeal lyrics of jokes or bad taste under vague categories, being striking the large number of convictions in recent years.

I. INTRODUCCIÓN

Un reciente informe de Amnistía Internacional (*Tuitea... si te atreves*)¹ concluía, tras analizar las más recientes causas penales por enaltecimiento del terrorismo, que el Gobierno está haciendo un «uso abusivo» de la legislación antiterrorista al criminalizar «un abanico tan grande de expresiones», a tal grado que se está creando una sociedad en la que los ciudadanos «[temen] expresar opiniones poco populares o incluso hacer chistes polémicos»².

Dichos procedimientos penales han sido posibles a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que dio una nueva definición al delito de incitación al odio y a la violencia³; y de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, en materia de delitos de terrorismo, ambas de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴. En este mismo contexto hay que significar además la aprobación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁵. Por su parte, el Ministerio del Interior, la Fiscalía y, en general, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado han evidenciado desde entonces un especial celo en la persecución de ese tipo de conductas. En realidad, el origen de tal política criminal puede situarse algunos meses antes de las reformas legales citadas, debido a distintas directrices de la Unión Europea y a raíz del estado de opinión generado por algunos episodios como el asesinato de la presidenta de la Diputación de León, Isabel Carrasco (2014), cuya muerte suscitó comentarios de cariz vejatorio a través de las redes⁶.

El balance hasta el momento cuanto al número de delitos de odio, en comparación con otros ilícitos es relativamente bajo, si bien, como tendremos ocasión de examinar, llama poderosamente la atención no solo el particular celo policial sino también el carácter

¹ <https://www.es.amnesty.org/actua/acciones/libertad-expresion-espana-mar18/> [última consulta: 12 de marzo de 2018].

² Siguiendo la estela de otro informe anterior (*España: el derecho a protestar, amenazado*), en que denunciaba una renovada determinación de las autoridades españolas de restringir el ejercicio de la libertad de expresión y de reunión.

³ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁴ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁵ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁶ Como se recordará, fue obligada a dimitir una concejala de Villagarcía de Arosa, que escribió en su Twitter «quien siembra, recoge». Este y otros desafortunados comentarios en las redes sociales, llevó al ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, a anunciar que se perseguiría de oficio todo hecho constitutivo de injurias, calumnias o cualquier ilícito penal semejante (<https://www.elimparcial.es/noticia/137533/opinion/el-asesinato-en-las-redes-sociales-de-isabel-carrasco.html> [última consulta: 27/02/2017]).

oscilante y la desproporción de algunos pronunciamientos judiciales⁷. Y por lo que a los delitos de enaltecimiento del terrorismo se refiere, señalaremos que en 2017 hubo 31 condenas mientras que, entre 2013 y 2014, los años anteriores a la reforma, hubo 17 condenas en total, una menos que en 2015. No deja de resultar paradójico que, durante el año 2011, cuando ETA aún mataba, se produjo una sola condena por enaltecimiento del terrorismo mientras que desde 2011 hasta 2017 ha habido un total de 76 sentencias condenatorias⁸.

II. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015, EN MATERIA DE DELITOS DE TERRORISMO Y DE INCITACIÓN AL ODIOS Y A LA VIOLENCIA

Ya se ha dicho que el Código Penal de 1995 fue objeto de una completa revisión y actualización en 2015, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidenciaban la necesidad de introducir nuevas figuras delictivas o de adecuar algunas ya existentes, con el fin de ofrecer una respuesta más certera ante nuevas formas de delincuencia realizadas a través de las redes sociales. Así, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dio una nueva definición al delito de incitación al odio y a la violencia, según reza su propia exposición de motivos, atendiendo a un doble motivo: de una parte al hecho de que la STC 235/2007, de 7 de noviembre⁹, había impuesto una interpretación del delito de negación del genocidio limitada a los supuestos en los que esta conducta constituye una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, a la voluntad de adaptación del Texto punitivo a la Decisión Marco 2008/913/JAI¹⁰.

⁷ Puede consultarse el correspondiente a 2016 en : <http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2016.pdf/c5ef4121-ae02-4368-ac1b-ce5cc7e731c2> [última consulta: 27/02/2018].

⁸ Puede consultarse en: <http://www.publico.es/politica/audiencia-multiplica-cinco-numero-sentencias.html> [última consulta: 12/03/2018].

⁹ La Sentencia puso de relieve la existencia de argumentos a favor de la constitucionalidad de esta tipificación penal cuando la negación del genocidio, aun no conteniendo insultos, tuviera una clara intencionalidad de trivializar o minimizar crímenes tan atroces, pues ello supondría un menosprecio que ataca a la dignidad de las víctimas. Pero por otro, que ello suponía ir en contra de la corriente de muchos de países de nuestro entorno que tipifican como delito la negación del genocidio, así como de las recomendaciones de diversas organizaciones Internacionales. Además, dicha restricción a la libertad de expresión se juzgó que entraba dentro de las facultades de limitación a la libertad de expresión que permite el artículo 10.2 del CEDH, que establece la protección de los derechos de terceros como finalidad que legitimaría tal restricción a la libertad de expresión.

¹⁰ Decisión marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal. Puede consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:133178&from=ES> [última consulta: 15/03/2018].

En concreto, la nueva regulación tipificó dos grupos de conductas: por un lado, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; por otro, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia. Se trata del *hate speech* anglosajón, definido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa como «toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia». Asimismo, y ello es aquí lo relevante, se previó una agravación de la pena para los supuestos de comisión de estos delitos a través de internet u otros medios de comunicación social, así como para los supuestos en los que se tratase de conductas que, por sus circunstancias, o por el contexto en el que se produjesen, resultasen idóneas para alterar la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados.

Al mismo tiempo, y en paralelo, nuestro ordenamiento ampara ya las víctimas de estos delitos mediante normas como la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito¹¹, que transpuso la Directiva 2012/29/ del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012¹², por la que se establecían normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. También la Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica¹³ (y la Ley 41/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales)¹⁴ han puesto en marcha medidas de

¹¹ BOE núm. 101, de 28/04/2015

¹² Puede consultarse en: <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf> [última consulta, 27/02/2018].

¹³ BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90192 a 90219 (28 págs.)

¹⁴ BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90220 a 90239 (20 págs.)

investigación tecnológica, facultando a los agentes a investigar, bien la difusión en las redes sociales de mensajes ofensivos que incitan al odio y la violencia o aquellas publicaciones en internet que contengan contenidos que puedan constituir delitos de odio (amenazas, injurias, coacciones etc.) Además, la Ley orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de protección de la infancia y adolescencia¹⁵ contemplan, en relación a las víctimas menores de edad, medidas para garantizar su igualdad y no discriminación por razón de su especial vulnerabilidad.

Coetánea a estas reformas lo fue la operada con Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, en materia de delitos de terrorismo, si bien en este caso precedida de un pacto de Estado en febrero de 2015¹⁶, una vez el terrorismo *yihadista* había dejado nuevamente su impronta en Europa con los atentados de París y Copenhague, dirigido a «afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo» y a hacer frente a las «nuevas formas de terrorismo». Dicho Pacto preveía, entre otras medidas, la presentación de una proposición de ley que instaba la modificación de los arts. 578 y 579 CP para ampliar los supuestos de enaltecimiento del terrorismo, convirtiendo en agravante la comisión de ese delito a través de internet, y aumentar la pena máxima de dos a tres años de prisión¹⁷. Con todo, debe decirse que esta reforma traía causa, además, de la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014¹⁸, en la que se recogía la preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo. Razón por la cual, pedía a los Estados que se cerciorasen de que sus leyes tipificaban adecuadamente los delitos graves vinculados a esas actividades para poder enjuiciar y sancionar las conductas terroristas¹⁹.

¹⁵ BOE» núm. 180, de 29/07/2015.

¹⁶ Vid. <http://www.defensa.gob.es/Galerias/gabinete/red/2015/red-314-pacto-contra-yihad.pdf> [última consulta: 12/03/2018].

¹⁷ La citada reforma se llevó a cabo en el marco de una amplia modificación del capítulo VII del título XXII del libro II del CP («De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo»), cuya finalidad, según explicita la Exposición de Motivos, era la de combatir el terrorismo *yihadista*, caracterizado por haber «incorporado nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos».

¹⁸ Puede consultarse en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2178%20%282014%29> [última consulta 10/03/2018].

¹⁹ Con todo, no puede olvidarse la reforma del CP acaecida en 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio), para incorporar al ordenamiento interno español algunas obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI y de la anterior Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo.

Una de las principales derivadas de la reforma fue que en la tipificación de estas conductas se tuvo en especial consideración su forma de ejecución mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, articulando, además, la posibilidad de que los jueces puedan acordar como medida cautelar la retirada de estos contenidos²⁰. No obstante, algunos sectores políticos señalaron ya en aquel momento que esas nuevas disposiciones eran imprecisas y que otorgaban al Estado un poder de perseguir un amplio espectro de expresiones que no alcanzaban el grado necesario para constituir enaltecimiento del terrorismo²¹. Para el grupo Vasco, que planteó la supresión del art. 578 CP, la tipificación del delito de apología y enaltecimiento del terrorismo no garantizaba adecuadamente el legítimo disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales de la libertad de expresión y opinión: «Un Código Penal de la Democracia no debe poseer ningún instrumento que conlleve la criminalización de la actividad política. Siguiendo las recomendaciones del Relator Especial de Derechos Humanos todas las limitaciones del derecho de participación política deben cumplir condiciones rigurosas para que sean compatibles con los principios internacionales, condiciones que la tipificación actualmente vigente de este artículo no cumple». La prueba de ello es que, como veremos, se han producido investigaciones y condenas que han supuesto penas privativas de libertad y largas penas de inhabilitación. Ello ha provocado, además, un efecto intimidatorio que ha convertido internet en una vía más estrecha para la expresión de opiniones críticas.

²⁰ «1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57. 2. *Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.* [...]»

²¹ Ver enmienda 283 GP. Vasco (BOCG, Congreso de los Diputados Núm. A-66-2 de 10/12/2014, p. 197). Ver igualmente DS. Congreso de los Diputados Núm.165 de 12/12/2013 Pág: 21 Pleno Debate de totalidad; DS. Congreso de los Diputados Núm.736 de 15/01/2015 Pág: 2 Comisión de Justicia Ratificación de la Ponencia y Dictamen; DS. Congreso de los Diputados Núm.738 de 16/01/2015 Pág: 31 Comisión de Justicia; DS. Congreso de los Diputados Núm.254 de 21/01/2015 Pág: 67 Pleno; DS. Senado Núm.413 de 18/02/2015 Pág: 3 Senado - Comisión de Justicia; DS. Senado Núm.421 de 03/03/2015 Pág: 19 Senado - Comisión de Justicia; DS. Senado Núm.146 de 11/03/2015 Pág: 13928 Senado – Pleno; DS. Congreso de los Diputados Núm.269 de 26/03/2015 Pág: 40 Pleno Debate y votación de enmiendas o veto del Senado.

III. CONCEPTUALIZACIÓN Y PERÍMETRO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La jurisprudencia constitucional ha venido caracterizando el derecho a la libertad de expresión de forma amplia²², no como un derecho de libertad que reclama la ausencia de interferencias o intromisiones de las autoridades en el proceso de comunicación sino como la garantía de una institución política fundamental y como requisito para el buen funcionamiento del Estado democrático (STC 12/1982). En ese sentido, el Tribunal Constitucional (TC) ha interpretado que el art. 20 CE garantiza un interés constitucional como es «la formación y existencia de una opinión pública libre, [...] condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al fundamento de un sistema democrático, [convertido] a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática» (STC 235/2007, FJ 4, reiterada por la STC 79/2014, FJ 6).

Sin embargo, como sabemos, el art. 20.4 CE cifra los límites de la libertad de expresión «[...] en el respeto a los derechos reconocidos en este Título [I], en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». De modo que la doctrina constitucional ha dejado claro igualmente que no existe un derecho a la libertad de expresión omnímodo (SSTC 56/1995, FJ 5; 65/2015, FJ 3). En particular, el TC ha señalado que la Constitución no reconoce en modo alguno un pretendido «derecho al insulto», que no cabe utilizar en ejercicio de la libertad de expresión constitucionalmente protegida expresiones «formalmente injuriosas» (SSTC 107/1988, FJ 4); 105/1990, FJ 8; 200/1998, FJ 5; 192/1999, FJ 3) o «absolutamente vejatorias» (SSTC 2014/2001, FJ 4; 174/2006, FJ 4; 9/2007, FJ 4). Así, quedan proscritas las expresiones que «dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad [...] sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o

²² La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece en su art. 19 que «[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». En parecidos términos se expresa el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el art. 20 de la Constitución española (CE), que, en concreto, ampara «[...] a) el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica».

informaciones de que se trate» (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 5 y jurisprudencia allí citada).

Por su parte, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado que la libertad de expresión puede ser sometida a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley o resultar necesarias en una sociedad democrática (STEDH Karácsony y otros c. Hungría, de 17 de mayo de 2016, entre otras). Sin embargo, el TEDH, calificando la libertad de expresión *ex art. 10.1* del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH), como uno de los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso, ha subrayado que en el debate político apenas queda espacio para la restricción (STEDH Bédat c. Suiza, de 29 de marzo de 2016, y jurisprudencia allí citada). De donde el Tribunal de Estrasburgo ha aceptado poquísimas excepciones a la regla general, basadas en la aplicación del artículo 17 del Convenio, referidas a la invocación o utilización de doctrinas totalitarias (KPD c. Alemania de 1957), a los discursos revisionistas del Holocausto (Honsik c. Austria de 1989, entre varias) o a casos de discriminación racial (Norwood c. Reino Unido de 2004).

Por otra parte, y ello es relevante, el TEDH asumió tempranamente y sin ambages la liberal jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (EEUU) (*New York Times c. Sullivan* de 1964), mediante sentencias sobre la libertad de prensa (*Handyside c. Reino Unido* de 1979 y *Sunday Times c. Reino Unido* de 1980) y en relación a las injurias contra personas de público relieve (*Lingens c. Austria* de 1986, secundada por la sentencia *Castells c. España* de 1992), la primera relativa al canciller austriaco Bruno Kreisky y la segunda al Gobierno español. Esta línea doctrinal pasa por diferenciar entre asuntos públicos y asuntos privados, personajes públicos y privados, hechos y opiniones. De modo que se considera que la libertad de expresión es más amplia cuando se trata de asuntos o personajes de proyección pública debido a que el debate o la condición de los mismos es hábil para la defensa de los valores democráticos que ha dicho siempre defender. Cuanto a la distinción entre hechos y opiniones, ha entendido que se halla preordenada a la valoración de si los hechos divulgados están lo suficientemente probados, a diferencia de las opiniones siempre libres en caso de que el lenguaje que se utilice para expresarlas no sea insultante o innecesario para construir el discurso.

Precisamente la forma de expresar las opiniones ha sido objeto de un amplio debate doctrinal cuyo origen cabe situar en una importante sentencia del Supremo norteamericano (*Abrams c. Estados Unidos*, 1919), que resolvió sobre una condena penal impuesta por difundir consignas contra la participación de aquel país en la Primera Guerra Mundial. En un trascendente voto particular, el juez O.W. Holmes sostuvo dos principios que han perdurado hasta nuestros días: primero, el concepto de «mercado de las ideas» como el ágora en que se confrontan las opiniones para poder ser valoradas, de forma que acaben prevaleciendo las mejor aceptadas; y segundo, la legitimidad de cualquier expresión de ideas, cualquiera que sea su contenido y forma de expresión, salvo que conlleven un peligro «claro y presente de producir un mal que el Congreso tiene derecho a prevenir». Desde este punto de vista, el Supremo norteamericano ha considerado legítimos discursos de tono amenazante contra la vida del presidente de los EEUU, por no estar dirigidos a producir una inminente acción ilegal o no es probable que la provoquen (*Brandenburg c. Ohio* de 1969; *Watts v. McPherson* de 1969). Y en cuanto a la forma de expresar las ideas, nada ha objetado sobre la quema de cruces en público por miembros del Ku Klux Klan, ni tampoco por la quema de la bandera de la Unión (*Texas c. Johnson* de 1989). Y, si bien el Congreso llegó a responder aprobando una ley para proteger la enseña (*Flag Protection Act*), la también sentencia del Supremo *United States c. Eichman* de 1990 la anuló por considerar que la persecución de tales hechos debilita la libertad que la bandera representa.

Fijados el alcance y los límites de la libertad de expresión en estos amplios términos, lo complejo de la cuestión reside, claro está, en su ponderación, especialmente en el marco de un derecho de esta naturaleza amplia en tanto que fundamento del estado democrático, con el fin de evitar restricciones tan innecesarias como indeseables en un terreno tan lábil como el de la opinión o las ideas. Pero la influencia del TEDH y del TS de EEUU es obvia. Así, en la STC 6/88, de 21 de enero (Crespo Martínez), el Tribunal Constitucional acogió la doctrina del TEDH influenciada por y desde entonces en varias de sus resoluciones. Así, se comprende bien que hayan sido amparadas «aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público» (por todas, SSTC 107/1988, FJ 4; 171/1990, FJ 10; 204/2001, FJ 4; y 181/2006, FJ 5), o que supongan la «emisión de pensamientos, ideas u opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar como datos objetivos» (SSTC 139/2007, FJ 6 y 79/2014, FJ 6 y jurisprudencia allí citada). También

que se haya afirmado que la libertad de expresión asume, junto a la mera expresión de juicios de valor, «la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los que no existe una sociedad democrática» (STC 23/2010, FJ 3).

IV. LA PRAXIS MÁS RECIENTE DE NUESTROS JUECES Y TRIBUNALES EN MATERIA DE DELITOS DE ODIO

1. El delito de enaltecimiento del terrorismo

Ya se ha dicho que hace algún tiempo la Policía, la Guardia Civil o la Fiscalía vienen desplegando una intensa actividad fiscalizadora de la obra de tuiteros, *youtubers*, músicos, cineastas o titiriteros por emitir expresiones de gusto dudoso o de signo violento. Sin ir más lejos, la *Operación Araña* de la Guardia Civil acabó con la detención de 73 personas bajo la acusación de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, tuvo hasta cuatro fases, coordinadas por la Audiencia Nacional (AN), entre 2014 y 2016.

Es en este contexto en el que se produjo la condena al colectivo rapero *La Insurgencia* a dos años de reclusión por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN (Sentencia 34/2017, de 4 de diciembre de 2017), por ensalzar «de manera casi sistemática a la organización terrorista [GRAPO]» y adoptar una «tónica subversiva frente al orden constitucional democrático». O la de César Strawberry, líder de *Def Con Dos*, por el Tribunal Supremo, por seis tuits en los que ironizaba con la vuelta de los GRAPO y ETA, y sobre la muerte de Luis Carrero Blanco (STS 4/2017, de 18 de enero de 2017), que dejó sin efecto la absolución de la AN por considerar que tales tuits eran mensajes de humillación y burla que «[alimentaban] el discurso del odio, [legitimaban] el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales» obligando a la víctima «al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano». En este caso, la Sala no apreció, como si había hecho la AN, «provocación, ironía o sarcasmo» en las letras de las canciones de *Def con Dos*, algo que puso de relieve el voto particular de uno de los cinco magistrados firmantes, que consideró que aquellos mensajes no pasaban de ser «meros exabruptos sin mayor recorrido, que se agotan en sí mismos; desde luego francamente inaceptables, pero esto solo». Para ese magistrado, los

comentarios de Strawberry «[carecían] de la menor posibilidad de conexión práctica con actores y acciones susceptibles de ser consideradas terroristas», más en el momento en el que fueron escritas y difundidas, cuando ETA ya había decretado el fin de la violencia.

En esta relación de sentencias tan destacadas como discutibles ocupa un lugar preferente la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2017, en la que la Sala de lo Penal afirmó sin reservas que las conductas de apología o enaltecimiento de los actos de terrorismo no se hayan amparadas por el derecho a la libertad de expresión, además de que un *retuit* puede ser constitutivo de delito porque el Código Penal no exige «que el acusado asuma como propio, razone o argumente la imagen y su mensaje, ni tampoco que sea el que lo haya creado; basta que de un modo u otro accedan a él, y le den publicidad, expandiendo el mensaje a gran cantidad de personas». Con esta Sentencia el TS confirmó la condena de un año y medio de reclusión impuesto por la AN al responsable de publicar en *Twitter* un vídeo compuesto por diferentes imágenes sobre ETA, *retuitear* una foto del fallecido terrorista Josu Uribetxeberría Bolinaga, condenado en su día por el secuestro del funcionario de prisiones José Antonio Ortega Lara junto al lema «Adiós y honor», y publicar dos mensajes sobre este mismo miembro de ETA.

A nuestro parecer, hay que remontarse a la STS 676/2009, de 5 de junio, para hallar el fundamento de estas resoluciones tan controvertidas. En ella, el alto tribunal expuso su doctrina sobre el «discurso del odio». El TS razonó que no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos, atentando contra el sistema democrático. Tras esta Sentencia, la STS 846/2015, de 30 de diciembre, declaró además que la humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente a su honor y su dignidad (arts. 18.1 y 10 CE), perpetuando su victimización, además de que la libertad de expresión no puede servir de cobijo a la exteriorización de opiniones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación. Esa misma argumentación fue sostenida por el TS en otro notorio caso: el de una joven estudiante (*Ariadna*) (Sentencia núm. 623/2016, de 13 de julio), acusada de denigrar con sus *tuits* la memoria de varias víctimas de ETA y de ensalzar las actividades de miembros de la citada organización armada. En esa ocasión, el TS añadió que no se estaba penalizando un chiste de mal gusto, teniendo en cuenta que una de las facetas de la humillación es la burla genérica, sino que

el destinatario del escarnio era un sujeto pasivo reconocible con su nombre y apellidos, además de que el desvalor de la acción no quedaba protegido con la figura de la injuria.

Con todo, recientemente el TS (Sentencia 52/2018, de 31 de enero) desestimó un recurso planteado por la Fiscalía contra la Sentencia de la AN de 21 de marzo de 2017, por el que se absolvía a Arkaitz Terrón Vives del delito de enaltecimiento de terrorismo por varios tuits publicados entre 2011 y 2015 sobre Irene Villa, por entender, de acuerdo con la doctrina del TEDH, que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, que a su parecer no se había dado en ese caso. Y, ya antes, la misma Sala había anulado la condena de un año de prisión a un joven que publicó mensajes sobre ETA y GRAPO en *Facebook*, razonando que en ese tipo de ilícito debe acreditarse con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación, y valorar el riesgo que se crea con el acto imputado (STS 378/2017, de 25 de mayo). Por idéntico motivo, el 5 de febrero de 2018, el TS exculpó a algunos internautas del mismo delito al descartar que con su conducta «se [hubiera] generado ni [fueran] potencialmente aptos para que incremente mínimamente el peligro de comisión de delitos terroristas» (STS 178/2018, de 31 de enero de 2018).

Cerraremos esta desconcertante panorámica con otra sentencia más reciente: la STS 493/2018, de 26 de febrero de 2018, por la que la Sala absolvió a la tuitera *Cassandra* de la condena de un año de prisión impuesta por la AN por burlarse en 13 *tuits* del almirante Luis Carrero Blanco, asesinado por ETA en 1973. En este caso, el TS consideró que ya habían pasado 44 años desde el atentado terrorista y que desde entonces había transcurrido «tiempo más que suficiente para considerarlo como un suceso histórico, cuyo comentario en clave de humor no puede tener la misma transcendencia que un acontecimiento reciente». Además, de que los mensajes «no [contenían] ningún comentario ácido contra la víctima del atentado, ni [expresaban] frases o comentarios hirientes, lacerantes o ultrajantes contra su persona o cualquier aspecto concreto de su vida pública o privada», de modo que la actuación de la tuitera podía juzgarse como «una reacción muy propia de nuestro entorno social de criticar u hostigar sarcásticamente a cualquier personaje

público». El TS concluyó que no se estaba «ante acciones especialmente perversas que tienen como objetivo específico la humillación o el descrédito de las víctimas»²³.

2. Las injurias a la Corona

En términos generales, nuestros tribunales han venido condenando lo que ha considerado ataques u ofensas a esa institución bajo el pretexto de que el monarca no es una figura política –y, por tanto, sujeta a un nivel alto de crítica a diferencia de un ciudadano corriente– por no formar parte de un partido político. Como es sabido, en España la quema de la bandera es un delito de ultraje contemplado en el Código Penal, contra cuya tipificación nada ha objetado el Constitucional en sus sentencias 15/93, de 18 de enero, y 63/1993, de 1 de marzo, lo cual contrasta, como se ha dicho en otro momento, con la tradición sobre la libertad de expresión presente en otros Estados liberal-democráticos. No se trata sin embargo de una cuestión pacífica. Como se recordará, en 2008 varias decenas de juristas suscribieron un Manifiesto para instar la despenalización de las injurias a la Corona, con motivo de la proximidad de un juicio en Madrid contra 16 personas por ese delito. Y en el Congreso de los Diputados se han debatido (en diciembre de 2016 y la última en marzo de 2018²⁴) sendas iniciativas legislativas para despenalizar ese tipo de conductas.

Precisamente, uno de los pronunciamientos más relevantes fue la STC 177/2015, de 22 de julio de 2015, por la que el TC confirmó la multa impuesta por la AN a dos hombres por quemar una fotografía oficial de los hoy reyes eméritos, don Juan Carlos y doña Sofía. La AN consideró en primera instancia estos hechos constitutivos de un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 CP e impuso a los acusados quince meses de prisión, sustituidos por una multa de 2.700 euros. Y mediante sentencia de 5 de diciembre de 2008 el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN desestimó un recurso de apelación por considerar que los hechos enjuiciados excedían del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Posteriormente, el pleno del TC denegó el amparo a los condenados, Jaume Roura

²³ Puede consultarse en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-absuelve-a-la-tuitera-Cassandra-del-delito-de-humillacion-a-las-victimas-por-sus-chistes-sobre-Carrero-Blanco> [última consulta 12/03/2018].

²⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, número 57-1, de 18 de noviembre de 2016 (Núm. de expediente 122/000044) y DSCD Núm. 108, de 23 de marzo de 2018.

Capellera y Enric Stern Taulats, si bien cuatro magistrados formularon un voto discrepante.

Para la mayoría del TC, los derechos invocados por los recurrentes en amparo (la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad ideológica) tienen sus límites en el hecho de que la Constitución no ampara ni «reconoce un pretendido derecho al insulto», y en consecuencia no tienen cobertura «expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». La Sentencia, además, invocaba genéricamente la doctrina del TEDH en el sentido de considerar necesario «sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia». De donde para el TC la quema de la foto de los entonces reyes de España suponía un delito de injurias porque, aunque don Juan Carlos no estaba excluido de la crítica, la destrucción de su retrato «posee un innegable y señalado componente simbólico», sirviéndose de una «escenificación lúgubre y con connotaciones violentas» que transmiten un sentimiento de odio hacia la institución de la Corona, que posee una protección jurídica reforzada en la Constitución.

Sin embargo, como bien razonaron los cuatro magistrados discrepantes, el amparo debería haber sido procedente, en tanto en cuanto se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica de los demandantes. Como señaló el magistrado y ponente Xiol Ríos, «la conducta de los recurrentes no comportó, a pesar de su hostilidad hacia la institución monárquica, la difusión de un discurso de incitación a la violencia contra la Corona o sus titulares ni expresó amenaza alguna contra ellos, sino que se trató de un mero acto de rechazo que no justificaba por si solo ninguna restricción del ejercicio de la libertad de expresión mediante la imposición de una sanción penal».

Finalmente, el 12 de marzo de 2018 se hizo pública la sentencia del TEDH (asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España) por la que se condenaba a España a indemnizar a los demandantes con igual cantidad de la multa abonada (9.000 euros), en concepto de gastos y honorarios. En la Sentencia, adoptada de forma unánime, el Tribunal de Estrasburgo consideró que la quema de fotos no era constitutiva de una manifestación del discurso del odio y que la condena penal era totalmente desproporcionada en relación con los hechos cometidos. «La libertad de expresión se extiende a 'informaciones' y 'ideas' que ofenden, chocan o molestan», subrayó el TEDH en su contundente resolución. Esto

forma parte, continúa, de las condiciones de «pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin las que no hay una 'sociedad democrática'»²⁵.

En menos de tres páginas el Tribunal de Estrasburgo desbarató el aparato argumental de la AN y el TC: por una parte, del análisis del contexto en que se produjeron los hechos dedujo «claramente» que se trataba de una crítica política (y no personal) a la institución monárquica, y que los actos de ejecución se insertaban en el marco de un debate sobre cuestiones de interés público (la independencia de Cataluña, la forma monárquica del Estado y la crítica al Rey en tanto símbolo de la Nación), con lo que la quema de una foto de los reyes constituía un acto simbólico expresivo de un rechazo radical a la institución y la forma concreta de llevarlo a cabo se explicaba por la voluntad de atraer la atención de los medios de comunicación.

Por otra parte, y acogiéndose a su propia doctrina, inspirada en la ya citada jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976), el TEDH consideró que el art. 10 CEDH es válido «no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población», como corresponde a los principios de pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura existentes en toda «sociedad democrática». Además, recordó el TEDH, cuando se trata de expresiones referidas a un cargo público, «los límites de la crítica aceptable son más amplios [...] que cuando se trata de un mero particular» (asunto *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986), incluso cuando la crítica afecta a la persona misma porque «la invectiva política a menudo incide en la esfera personal» y representa «azares de la política y del libre debate de ideas, que son las garantías de una sociedad democrática» (asunto *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, de 25 de junio de 2000). Y esta premisa tiene especial valor cuando ese cargo público es el Jefe del Estado. Como se recordará, el TEDH ya había dicho varias veces, entre ellas en el asunto *Otegi Mondragón c. España* (Demanda nº 2034/07) que otorgarle mayor

²⁵ Puede consultarse un resumen en: https://cat.elpais.com/cat/2018/03/13/internacional/1520933026_224065.html [última consulta: 12/03/2018].

protección en una norma especial «no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio»²⁶. Por otra parte, el TEDH descartó que pudiera hablarse, como hizo el TC, de «discurso del odio», pues ni hubo incitación a la violencia ni se trató de un acto que promoviera, incitara o propagara el odio racial, la xenofobia u otras formas de odio basadas en la intolerancia.

IV. CONCLUSIONES

El odio al otro por motivos raciales, sexuales, étnicos, religiosos etc., tiene su fundamento en la discriminación de determinadas personas por el solo hecho de ser diferentes, en base a determinados estereotipos que no son más que creencias, ideas o sentimientos negativos hacia ciertas personas. Y las redes sociales, como es obvio, facilitan su comisión y su difusión viral al amparo del anonimato en el que se escudan muchos de sus usuarios.

A este respecto, es indudable que la reforma del CP de 2015 fue concebida para facilitar una mejor identificación y persecución de ese tipo de incidentes racistas, xenófobos o discriminatorios, lo cual quizás explica el leve cuestionamiento político y doctrinal que la reforma suscitó en su día. Nada que objetar: como es lógico, toda sociedad democrática avanzada en la protección de los derechos humanos debe combatir estos hechos en todos los frentes, sin excluir el penal, pero también, y, sobre todo, en el preventivo, intentando erradicar cualquier tipo de intolerancia.

Pero, lo cierto es que las autoridades policiales y la Fiscalía han venido utilizando desde entonces dichos tipos delictivos, y los más agravados relacionados con el uso de las redes sociales, para perseguir todo tipo de críticas a la actuación de las fuerzas de seguridad, de los jueces o del Jefe del Estado, a pesar de que no entren en juego motivos racistas, ideológicos o de etnia. Como muestra un botón: una portada del semanario satírico *El Jueves*, donde se ironizaba con que se estaba acabando la cocaína en Barcelona debido a la densa presencia policial, y que por supuesto no fomentaba la violencia ni promovía el odio o la discriminación como colectivo, fue penalizada.

En el presente trabajo hemos analizado dos supuestos en los que el exceso de celo policial y judicial ha llevado a límites insospechados la restricción de la libertad de expresión: los

²⁶ El 15 de marzo de 2011 (Asunto Otegi Mondragón c. España, Demanda nº 2034/07), el Tribunal de Estrasburgo condenó a España a indemnizar a Arnaldo Otegui con 20.000 euros por la condena a un año de prisión por llamar al Rey «jefe de torturadores».

delitos de enaltecimiento del terrorismo y las injurias a la corona. Nos hemos centrado en estos casos porque en ellos la justicia española ha recibido diversos correctivos por parte del TEDH recientemente. Y es que, aunque el legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas sancionables penalmente, y los jueces son independientes a la hora de interpretarlas, no deber perderse de vista que el Tribunal de Estrasburgo, siguiendo una aquilatada doctrina inspirada en la del Tribunal Supremo norteamericano, ha venido estableciendo que toda condena por enaltecimiento del terrorismo o por injurias a una personalidad de relieve público constituye una intromisión ilegítima en el ámbito de la libertad de expresión si las manifestaciones que sirven como vehículo de expresión no suponen, siquiera indirectamente, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. En otras palabras, el TEDH se ha mostrado abiertamente refractario a penalizar ese tipo de hechos, pese al rechazo social que puedan generar, si, con abstracción del reproche ético que tales palabras o actos merezcan, no presentan un riesgo real de generar actos violentos, esto es, si no existe intención de traducir tales expresiones en violencia física, cosa difícil de conseguir mediante la quema de una foto, un tuit o la letra de una canción.

Las sentencias con que el Tribunal de Estrasburgo ha condenado a España por vulnerar el art. 10 CEDH son, por tanto, una señal lo suficientemente inequívoca de que, contrariamente a lo que sucede en otros países, aquí es más importante proteger la «dignidad» del Estado que la libertad de expresión. Y de que, incluso al margen de la acertada o no actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad y de la Fiscalía, el CP contiene una llamada a los jueces a escrutar algo tan complejo como el ánimo de las personas de dañar el prestigio de una institución, contrariamente al criterio expresado por el TEDH, que ha descartado que los ordenamientos deban otorgar una protección especial y cualificada a sus cargos e instituciones más relevantes, sino más bien permitir un mayor grado de crítica por tratarse de instituciones públicas que deben encontrarse sujetas al cuestionamiento ciudadano en el marco de un estado democrático, pese a afirmar algunos límites (la seguridad, el orden, la prevención de la criminalidad o la protección de la reputación, recogidos expresamente el artículo 10.2 CEDH). Así se explica que el TEDH haya llegado a afirmar, por ejemplo, que la legislación penal española sitúa al Rey «al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales» (asunto Otegui c. España de 2011) o que no haya apreciado ningún tipo de reproche contra el acto de prender fuego

a una fotografía de Don Juan Carlos y Doña Sofía (asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España).

En suma, siguiendo la mejor doctrina del TEDH no debe haber discursos que, por su contenido, puedan quedar fuera de la libertad de expresión, incluidos los discursos del odio que expresan puntos de vista que se confrontan en el «mercado de las ideas» por odiosas o repugnantes que sean. Pues la mayoría no puede imponer su modo de pensar a la minoría, de modo que su protección, en caso de ser necesaria, debería venir de la mano de la proscripción exclusivamente de los discursos racistas, xenófobos, o antisemitas, que puedan excitar una violencia efectiva y real, además de reconducir al orden civil aquellos otros límites clásicos como son los libelo o los insultos, especialmente cuando estos tienen escaso valor social y no forman parte de ninguna exposición de ideas.