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

JOAN RIDAO MARTÍN *

INTRODUCCIÓN

Dos recientes informe de Amnistía Internacional (AI) (*España: el derecho a protestar, amenazado y Tuitea…si te atreves*)[1] denunciaban no hace mucho, entre otras muchas cuestiones, lo que esta ONG considera como una renovada determinación de las autoridades españolas de restringir el ejercicio de la libertad de expresión y de reunión. Estos documentos, sea o no casualidad, vinieron a coincidir con el recurrente debate en los últimos tiempos acerca de los límites de la libertad de expresión suscitado por periódicas resoluciones judiciales y, en esta ocasión, a cuenta de la polémica censura por parte de IFEMA de una obra expuesta en Arco por el artista Santiago Sierra titulada *Presos políticos en la España contemporánea* y de la decisión, no menos polémica, de una jueza de prohibir cautelarmente la edición y distribución del libro Fariña, del periodista Nacho Carretero, en el que se expone un crudo relato sobre el narcotráfico en Galicia, a instancias del alcalde de O Grove por entender vulnerado su derecho al honor.

En concreto, y de eso es de lo que aquí se va a tratar, el Informe de AI aseveraba que "[a]lzar la voz se ha vuelto cada vez más peligroso en las redes. Están siendo criminalizaras letras de canciones y bromas bajo categorías vagas; siendo llamativa la cantidad de condenas durante los últimos años: durante el año 2011, cuando ETA aún mataba, hubo una condena por enaltecimiento del terrorismo mientras que, desde 2011 hasta 2017 ha habido 76 sentencias condenatorias". En todo caso, se esté o no de acuerdo con dichas afirmaciones y guarismos, de lo que no parece haber duda es de que el Ministerio del Interior, la Fiscalía y, en general, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado han evidenciado en los últimos tiempos un inusitado celo en la persecución de ese tipo de conductas, cuya causa eficiente puede muy bien situarse en algunos episodios como el asesinato de la presidenta de la Diputación de León, Isabel Carrasco (2014), que, como se recordará, junto a los muchos comentarios de condolencia en las redes sociales, suscitó otros tantos de cariz vejatorio, lo que a su vez motivó distintas iniciativas políticas para atajar tan deleznables prácticas[2].

En efecto, tras la polémica generada, el Gobierno salió al paso anunciando que se actuaría con un mayor prurito si cabe en la persecución de los delitos de odio en la red, y que se analizarían eventuales cambios en el ordenamiento con la introducción de nuevos delitos o el endurecimiento de penas ya contempladas en el Código Penal (CP), como reflejo de la potencialidad criminal actual de las redes sociales y otras formas de comunicación social. Y aquellos polvos… Al año siguiente se aprobó la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal[3], que dio una nueva definición al delito de incitación al odio y a la violencia; y también la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana[4], esta última causante de un gran revuelo social y mediático. Ambas leyes están, sin duda, en la base del nuevo estado de opinión no solo político sino también doctrinal y jurisprudencial acerca de los límites de la libertad de expresión. No deja de ser ilustrativo a este respecto que la Ley de seguridad ciudadana -tildada como "ley mordaza" por sus detractores- vino a sustituir a la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana[5],

* Profesor Titular (A) de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona. Letrado del Parlamento de Cataluña.

[1] Pueden consultarse en línea en: http://www.amnistiacatalunya.org/uploads/media/Informe_Espanya_el_dret_a_protestar__amenacat.pdf [última consulta: 27/02/2017) y https://www.es.amnesty.org/actua/acciones/libertad-expresion-espana-mar18/ [última consulta: 12 de marzo de 2018].

[2] 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].

[3] BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176 (116 págs.)

[4] BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27216 a 27243 (28 págs.)

[5] BOE núm. 46, de 22 de febrero de 1992, páginas 6209 a 6214 (6 págs.)

conocida como "ley de la patada en la puerta". Todo un augurio sobre el cambio de prioridades del legislador.

Y es que, en efecto, la consideración de fenómenos colectivos que implican la aparición de nuevos tipos de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana ha acabado determinando la necesidad de un tratamiento adecuado de nuevos fenómenos como las redes sociales, desconocido hasta hace poco. No obstante, pese a tratarse de la tentativa más profunda en años de revisión de la regulación penal y de las intervenciones de la policía de seguridad, lo cierto es que los nuevos tipos delictivos han dado lugar a múltiples interpretaciones y la Ley de seguridad ciudadana promulgada experimentó notables cambios en relación con el proyecto inicial tras dieciséis largos meses de tramitación, a tal grado que desaparecieron del texto final algunas de las infracciones más polémicas como las que castigaban los ultrajes a España. Quizás por eso el Derecho Penal se nos aparece hoy día como la *prima ratio* en materia de opinión.

EL ALCANCE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Es bien sabido que el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece 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 parecido sentido se expresa el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), y el artículo 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". El ejercicio de estos derechos, además, no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

Ha sido una constante de la jurisprudencia constitucional la caracterización de este derecho de forma amplia, 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 un requisito del funcionamiento del Estado democrático (STC 12/1982). Para el Tribunal Constitucional (TC), el art. 20 CE "garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al fundamento de un sistema democrático, se convierte, 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). En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ha llegado a calificar la libertad de expresión *ex* art. 10.1 CEDH, como uno de los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso, además de que no queda apenas espacio para la restricción de la libertad en el del discurso político (STEDH Bédat c. Suiza, de 29 de marzo de 2016, y jurisprudencia allí citada).

Ahora bien, el núm. 4 del art. 20 CE determina que "[e]stas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, 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". Es un reconocimiento expreso del viejo axioma de que todos los derechos, también éste, tienen límites. Pues, como teorizó Stuart Mill, se trata de que ejerciendo nuestra libertad de expresión no acabemos dañando a otros[6].

[6] En *Sobre la Libertad* (Tecnos, 2008), Mill defiende que todas las personas tienen un derecho fundamental de libertad de expresión, que no puede ser suprimido por ninguna persona o entidad gubernamental so pena de suprimir la identidad de las personas. Sin embargo, admite que la sociedad debe emitir un juicio justo contra aquellas personas que transgredan o realicen un daño contra los derechos de sus semejantes.

En otras palabras, no existe un derecho a la libertad de expresión omnímodo (SSTC 56/1995, FJ 5; 65/2015, FJ 3). De ahí que el TEDH haya 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).

Ciertamente, como se ha encargado de señalar el propio TC, la Constitución no reconoce en modo alguno un pretendido "derecho al insulto"; 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). Esto es, quedan proscritas aquellas 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 informaciones de que se trate" (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Pero, al mismo tiempo, la doctrina constitucional ha declarado que la libertad de expresión comprende, 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).

Lo delicado de la cuestión reside, pues, en el equilibrio y ponderación entre los límites y las garantías de la libertad de expresión. Especialmente porque si hay algún derecho en el que hay que ser militantemente garantista y evitar al máximo las pulsiones restrictivas ese es la libertad de expresión. Como resumió Voltaire (o al menos a éste se le atribuye), si algunas opiniones son aborrecibles, más aborrecible resulta impedir expresarlas. Dicho de otro modo, en el terreno de las ideas, aun adversas o perniciosas, resulta más saludable y apetecible el combate ideológico que la persecución con el Código Penal en la mano. Y si eso es así, se comprende bien que en el marco amplio otorgado a la libertad de expresión queden 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" (STC 139/2007, FJ 6). En otras palabras, el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de opiniones sin voluntad de afirmar datos objetivos dispone de un amplio campo de acción cuyos límites son el uso de expresiones que no tengan relación con las ideas u opiniones que se expongan (STC 79/2014, FJ 6 y jurisprudencia allí citada).

ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO (ART. 578.1 Y 2 CP)

El dato objetivo es que ya hace algún tiempo que la Policía, la Guardia Civil o la Fiscalía han desplegado una intensa actividad fiscalizadora de la obra de tuiteros, *youtubers*, músicos e incluso titiriteros que emiten expresiones que pueden ser de dudoso gusto o, en ocasiones, de signo violento, caso de las apelaciones al extinto y, para muchos, olvidado grupo armado GRAPO por parte del colectivo rapero *La Insurgencia*, cuyos miembros fueron condenados por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sentencia 34/2017, de 4 de diciembre de 2017), a dos años de reclusión por ensalzar "de manera casi sistemática a la organización terrorista" y adoptar una "tónica subversiva frente al orden constitucional democrático".

Este caso recuerda a su vez lo acontecido con el rapero *Valtonyc*, condenado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sentencia 79/2018, de 15 de febrero de 2018) a tres años y seis meses por enaltecimiento del terrorismo, calumnias e injurias graves a la Corona por dejar ir que "[m]ataría a Esperanza Aguirre, pero antes le haría ver cómo su hijo vive entre ratas". O los seis tuits en los que *César Strawberry*, líder de *Def Con Dos*, ironizaba con la vuelta de los GRAPO y ETA, y sobre la muerte de Luis Carrero Blanco, merecedores de otra Sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia 4/2017, de 18 de enero de 2017) por la que, estimando un recurso de la Fiscalía, dejó sin efecto la absolución dictada por la Audiencia Nacional por considerar que tales tuits eran mensajes de humillación y burla que "alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales" y obligan a la víctima "al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano". Lo relevante en este caso es que la Sala no apreció, como si había hecho la Audiencia Nacional, "provocación, ironía o sarcasmo" en las letras de las canciones de *Def con Dos*, algo que sí 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". En suma, según este 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 nómina de resoluciones judiciales tan relevantes como discutibles ocupa un lugar destacado la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 2017, en la que la Sala de lo Penal afirma sim ambages que las conductas de apología o enaltecimiento de los actos de terrorismo o de sus autores 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 Audiencia Nacional al responsable de publicar en Twitter, entre 2014 y 2015, un vídeo compuesto por diferentes imágenes sobre ETA; por retuitear una foto del terrorista fallecido Josu Uribetxeberría Bolinaga junto al lema "Adiós y honor" en euskera; y por publicar en la misma red dos mensajes sobre este miembro de ETA, condenado en su día por el secuestro del funcionario de prisiones José Antonio Ortega Lara.

Quizás haya que remontarse a la STS 676/2009, de 5 de junio, para hallar el fundamento de estas tres resoluciones tan controvertidas. En ella, el alto tribunal expuso su doctrina primaria sobre el "dis-

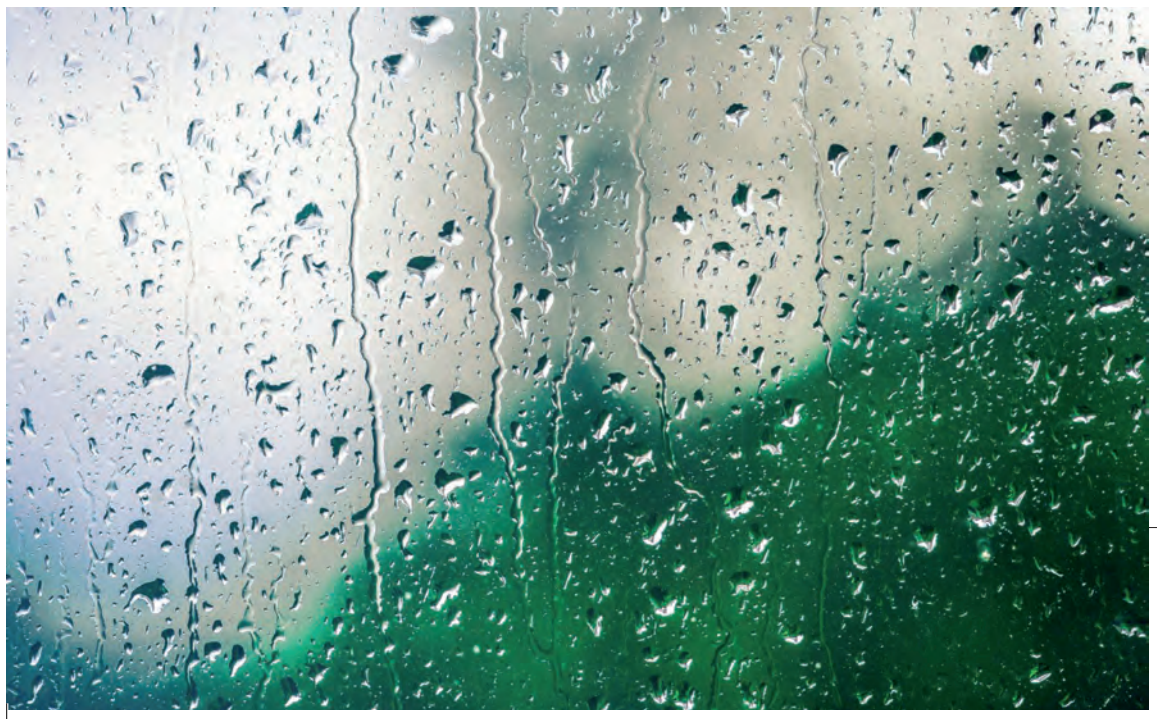
curso del odio": no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido. Tras este *leading* case sobre la materia, la STS 846/2015, de 30 de diciembre, declaró que la humillación o desprecio a las víctimas afecta directamente a su honor y, en definitiva, a su dignidad (arts. 18.1 y 10 CE), perpetuando su victimización. Y que la libertad ideológica o de expresión tampoco pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación.

De ahí que, 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, el Tribunal Supremo dejó sentado que el castigo de enaltecimiento del terrorismo no 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 criminales, atentando contra el sistema democrático establecido". Y que no se trata de penalizar el chiste de mal gusto, pues una de las facetas de la humillación consiste en la burla, que, en ese caso, a su parecer, no estaba recreada con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos. Para concluir que, en el caso de la humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo, el desvalor de la acción ex art. 578 CP no quedaría protegido mediante la figura de las injurias, siendo así que su contexto -que además justificaría un mayor reproche penal- debía conducir a ubicar esta intromisión entre los delitos de terrorismo.

Por el contrario, más recientemente, el Tribunal Supremo (Sentencia 52/2018, de 31 de enero) desestimó un recurso planteado por la Fiscalía contra la Sentencia de la Audiencia Nacional 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 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. 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, Rec. Casación 8/2017). Y, por idéntico motivo, el 5 de febrero de 2018 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, Rec. Casación 1016/2017).

Más recientemente, en la STS 493/2018, de 26 de febrero de 2018 (Nº de recurso 979/2017), la Sala de lo Penal del alto tribunal absolvió a la tuitera Cassandra (Vera Paz) de la condena de un año de prisión que le impuso la AN por burlarse en 13 tuits del almirante Luis Carrero Blanco, asesinado por ETA en 1973. El TS consideró que ya habían pasado 44 años desde el atentado terrorista y que desde entonces "se han inventado innumerables chistes", por lo que entendía que 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, consideró 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"[7].

Debido a sus oscilaciones, no estamos en condiciones de asegurar que estas últimas resoluciones supongan un giro en la tarea hermenéutica del TS. Si así fuera, lo celebraríamos. Además de 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 la doctrina más reciente del TEDH en relación a los delitos de enaltecimiento del terrorismo. En esta, el Tribunal de Estrasburgo ha venido estableciendo que toda condena por hechos de tal naturaleza supone una intromisión ilegítima en el ámbito de la libertad de expresión si tales manifestaciones 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 muestra abiertamente refractario a penalizar ese tipo de hechos, pese al rechazo social que puedan generar, si, con abstracción de los calificativos o los juicios éticos que ese humor negro merezca, no hay riesgo real de que



[7] 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].

se produzcan actos violentos, esto es, si no existe intención de traducir tales expresiones en violencia física, cosa difícil de conseguir mediante un tuit o con la letra de una canción, especialmente si proviene de un artista más o menos provocador o de un tuitero tan empedernido como inocuo.

INJURIAS A LA CORONA (ARTS. 490, 491 Y 543 CP)

Por lo que a las injurias a la Corona se refiere, sancionadas no se olvide hasta con dos años de prisión, se estima que desde 1981 ha habido una decena de juicios por esas infracciones, uno de los cuales por la célebre portada de *El Jueves* (2007)[8]. En términos generales, la Justicia ha venido condenado 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.

Uno de los pronunciamientos más relevantes fue sin duda la Sentencia 177/2015, de 22 de julio de 2015, por la que el TC confirmó la multa impuesta por la Audiencia Nacional a dos hombres por quemar una fotografía oficial de los hoy reyes eméritos, don Juan Carlos y doña Sofía. El pleno del Tribunal denegó el amparo a Jaume Roura Capellera y Enric Stern Taulats, quienes fueron condenados a 15 meses de prisión –pena sustituida ulteriormente por una multa– por injurias al Rey. Cuatro magistrados formularon sin embargo 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) también tienen límites, pues la Constitución no ampara ni "reconoce un pretendido derecho al insulto" y en consecuencia la doctrina ha dejado fuera de la cobertura constitucional "las 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, recuerda que el TEDH considera necesario "sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia". La quema de la foto de los entonces Reyes de España, a criterio de la mayoría, 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" y transmitiendo un sentimiento de odio hacia la institución de la Corona, que posee una protección jurídica reforzada en la Constitución. De ahí que, según el TC, los hechos juzgados quedaban "extramuros del legítimo derecho a la libertad de expresión".

Pero, 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, y la resolución banalizaba el discurso del odio. "En este caso", 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". Y, finalmente, el 12 de marzo de 2018 se hizo pública la sentencia del TEDH 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 sentencia. Esto forma parte, continúa, de las condiciones de "pluralismo, tolerancia y amplitud de miras sin las que no hay una 'sociedad democrática'"[9].

Así pues, no hay duda que en este ámbito la protección de la libertad de expresión se revela como muy débil. Primeramente, porque el legislador ha tipificado penalmente las injurias al Rey, y con carácter general los ultrajes a España, lo cual ya es 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. En segundo término, porque con independencia de si el hecho de quemar cualquier cosa es o no un buen método para vindicar una causa o protestar contra lo que sea, lo indudable es que hoy el Código Penal contiene una llamada a los jueces investigar algo tan lábil como el ánimo de las personas con objeto de escrutar deseo de dañar el prestigio de una institución que, por lo demás, se sitúa deliberadamente fuera del alcance de la crítica habitual con el pretexto de su irresponsabilidad política, contrariamente al criterio del 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 una democracia. No en vano, en base a esa apreciación, 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".

Y es que no deberían ser penalmente relevantes conductas como la descrita; por definición, cualquier intento de socavar el prestigio de la institución monárquica constituye una vía de expresión de la discrepancia con la misma o a favor de otro tipo de régimen como la República. Además, resulta difícil abstraer la Corona del proceso político cuando el Rey manda callar a jefes de Estado, se pronuncia sobre el presidente del Gobierno, desea la victoria de un equipo determinado de fútbol, habla sobre la conveniencia de que España participe en una cumbre financiera, aplaude determinadas intervenciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad; o cuando la Reina opina sobre el matrimonio gay, el aborto, la religión en los colegios o la eutanasia... Ya en 2008 varias decenas de juristas suscribieron un Manifiesto para instar la despenalización de las injurias a

[8] Puede consultarse en: https://elpais.com/elpais/2007/07/20/actualidad/1184919431_850215.html [última consulta: 27/02/2018].

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

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 debatió en diciembre de 2016 una iniciativa legislativa para despenalizar ese tipo de conductas[10].

DELITOS DE INCITACIÓN AL ODIO (ART. 510 CP)

Los delitos de incitación al odio, como es ampliamente conocido, en línea con lo que sucede en numerosos ordenamientos penales, pretenden otorgar una protección especial a determinados colectivos que sufren algún tipo de discriminación por razones de religiosas, de género, étnicas, etc. Es el denominado "hate speech", 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"[11].

En efecto, la ya citada reforma del Código Penal, que entró en vigor el primero de julio de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) dio una nueva definición al delito de incitación al odio y a la violencia, estableciendo penas de hasta 4 años de prisión en tres supuestos de hecho: el fomento o la incitación al odio y a la hostilidad contra grupos o personas por su pertenencia a una determinada religión, etnia, origen, sexo, enfermedad u orientación sexual; la difusión de material que fomente o promueva dicho odio o violencia; y la negación pública o el enaltecimiento de los delitos cometidos contra grupos o personas, por razón de su pertenencia a una determinada religión, etnia, origen, sexo, enfermedad u orientación sexual. Así mismo, son castigadas con penas de prisión de hasta 2 años las conductas atentatorias contra la dignidad consistentes en una "humillación, menosprecio o descrédito" de dichas personas o grupos de personas. Y si este tipo de delitos se cometen a través de Internet o de las Redes Sociales, las penas pueden ser impuestas en su mitad superior y acordarse tanto la retirada de dichos contenidos como el bloqueo del acceso a una página web, para lo que puede requerirse la colaboración de sus administradores.

Al mismo tiempo, nuestro ordenamiento ampara las víctimas de estos delitos mediante normas como la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito[12], que transpuso la Directiva 2012/29/ del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012[13], 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 tecnológica[14] (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)[15] han puesto en marcha medidas de 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 adolescencia[16], contemplan, en relación a las víctimas menores de edad, medidas para garantizar su igualdad y no discriminación por razón de su especial vulnerabilidad.

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 es obvio que facilitan su comisión y su difusión viral al amparo del anonimato en el que se escudan muchos de sus usuarios, que se recrean en tal ruindad. Y, aunque el número de estos delitos, en general, es todavía muy bajo en comparación con otros ilícitos (e incluso desciende, como han revelado los sucesivos informes del Ministerio del Interior sobre incidentes relacionados con delitos de odio en España), algunos casos como la discriminación por sexo y género han subido exponencialmente debido, sobre todo, a la reforma del CP de 2015[17] .

Ciertamente, la reforma de 2015 ha de facilitar una mejor identificación y persecución de incidentes racistas, xenófobos o conductas discriminatorias. 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, erradicando integralmente cualquier tipo de intolerancia. En España, el problema es que las autoridades policiales y la Fiscalía utilizan actualmente dicho tipo delictivo para poner en la picota las críticas a la actuación de las fuerzas de seguridad o contra los jueces. De forma que, llevando la situación hasta el absurdo podría pensarse que algún día llegará a emplearse en todo tipo de profesiones para perjudicar a adversarios reales o imaginarios. Las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado no pueden ser víctimas de un delito de odio porque no entran en juego motivos racistas, ideológicos o de etnia, claro está. Una portada del semanario satírico El Jueves donde se ironiza con que se estaba acabando la cocaína en Barcelona debido a una densa presencia policial tampoco fomenta la violencia ni promueve el odio o la discriminación como colectivo. Ni la exhibición de banderas franquistas en manifestaciones. Tampoco cualquier expresión xenófoba u homófoba, por hiriente que sea. Porque no todas fomentan, incitan o promueven al odio, la discriminación o la hostilidad, caso del autobús contra la transexualidad de "Hazte Oír" recorriendo las calles de Madrid. ❖

[10] BOCG, XII Legislatura, Núm. 57-1, de 18 de noviembre de 2016.

[11] El Consejo de Europa dispone en su seno de la llamada Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), para la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, al amparo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia del TEDH.

[12] BOE núm. 101, de 28/04/2015

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

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

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

[16] BOE» núm. 180, de 29/07/2015.

[17] 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].