

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LOS DELITOS DE OPINIÓN QUE CASTIGAN DISCURSOS EXTREMOS: COMENTARIO A LA STC 35/2020 Y MÁS ALLÁ¹

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

*Profesor Contratado Doctor de Derecho constitucional
Universidad de Murcia*

TRC, n.º 47, 2021, pp. 411-436
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. A modo de introducción: el difícil equilibrio entre la libertad de expresión y el castigo de discursos extremos en la jurisprudencia constitucional. II. Un primer problema de raíz: el riesgo de «funcionalización» de la libertad de expresión. III. Su consecuencia: el discurso intolerante como categoría excluida del ámbito de protección de la libertad de expresión y la «banalización» del discurso del odio. IV. La prohibición de exceso y la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio de la libertad de expresión: segundo nivel de análisis. V. Los cánones que justificarían la intervención penal ante delitos de opinión por discursos extremos y su valoración contextual: avance con insuficiencias.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL CASTIGO DE DISCURSOS EXTREMOS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

«El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO»; «a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Street Fighter, edición post ETA:

¹ Quisiera agradecer a J. Dopico y a L. Pomed sus sugerencias y haber podido contrastar con ellos algunas diferencias en la lectura de esta sentencia. Asimismo, quiero destacar la importancia de ofrecer criterios que vayan afinando la interpretación constitucionalizada de estos delitos, como los propuestos por el grupo de trabajo LibEx (<https://libex.es>). Este trabajo se enmarca en el proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades «Seguridad pública, seguridad privada y derechos fundamentales» (Ref. RTI2018-098405-B-100).

Ortega Lara *versus* Eduardo Madina»; «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»; «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco»; «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 ros-cón-bomba». Estos fueron los tweets por los que el Tribunal Supremo condenó al cantante conocido como César Strawberry por enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas (art. 578 CP), a la pena de un año de prisión, con seis años y seis meses de inhabilitación absoluta (STS 31/2017, de 18 de enero). Una condena que dio origen al amparo que concede el Tribunal Constitucional en la STC 35/2020, por violación de la libertad de expresión.

Esta sentencia supone un nuevo hito en la jurisprudencia que ha ido perfilando el Tribunal Constitucional a lo largo de los años, y muy especialmente en los últimos tiempos, sobre el castigo de discursos extremos y el difícil equilibrio con la libertad de expresión. Recurrimos aquí al término discursos extremos, siguiendo el título del célebre libro *Extreme Speech and Democracy*, dirigido por los profesores Hare y Weinstein², para referirnos a toda una serie de discursos odiosos, que repugnan las bases del orden de convivencia de valores democráticos, y que irían desde el discurso del odio —en sentido estricto—, a la incitación al odio religioso, el fundamentalismo religioso, la incitación o la apología del terrorismo, y el negacionismo de graves crímenes contra la humanidad o de guerra. Se trata, por tanto, de una categoría que no tiene aspiraciones prescriptivas o normativas, sino puramente descriptiva, a diferencia de lo que ha ocurrido con el discurso del odio que, a pesar de su indeterminación, ha terminado consagrándose como una categoría a la que recurren los tribunales europeos, también en nuestro ordenamiento —en buena medida por influencia del Tribunal de Estrasburgo—³, para justificar la limitación —para algunos delimitación— del contenido protegido por la libertad de expresión, como se pondrá de manifiesto en este comentario.

Las primeras sentencias en las que el Tribunal Constitucional se enfrentó a este tipo de discursos datan de los años noventa. Por un lado, en relación con discursos apologetas del terrorismo, encontramos la STC 136/1999, caso mesa nacional de H.B. El Tribunal consideró que el vídeo emitido en un espacio electoral de este partido constituía una amenaza o intimidación a los electores no amparada constitucionalmente (FF.JJ. 16-19), pero concedió el amparo al entender que su sanción como un delito de apología del terrorismo resultó desproporcionada por la pena impuesta (FF.JJ. 20-30). Por otro lado, sobre mensajes

2 I. HARE-J. WEINSTEIN; *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

3 Se ha mostrado muy crítico, en especial con el Tribunal Constitucional, por el abuso al recurrir a esta categoría como criterio jurídico de delimitación del ámbito protegido por la libertad de expresión, R. ALCÁZER GUIRAO; «Opiniones constitucionales», *Indret*, 1, 2018, pp. 4 y ss.; y *La libertad del odio. Discurso intollerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 23 y ss.

racistas o antisemitas, fueron dictadas la STC 214/1991, caso Violeta Friedman, y la STC 176/1995, caso álbum Hitler=SS. Ambas sentencias sentaron como principal doctrina que no estarían amparadas por la libertad de expresión «manifestaciones o expresiones destinadas a menoscabar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales» (STC 214/1991, FJ. 8), en definitiva, el «lenguaje del odio» que de forma directa o indirecta pudiera suponer una incitación a través de la vejación a un determinado grupo social (STC 176/1995, FJ. 5). Lo que sí que quedarían amparadas serían las meras dudas o el cuestionamiento de los crímenes nazis. Una doctrina que fue confirmada por la STC 235/2007, que declaró parcialmente inconstitucional el delito de negacionismo del genocidio (antiguo art. 607.2 CP.). En ella el Tribunal introdujo por primera vez la categoría del discurso del odio, entendido como «una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular», que quedaría fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión (FJ. 5)⁴. Aunque la aportación más relevante de esta sentencia fue situar la frontera a partir de la cual cabría intervenir penalmente para castigar discursos que implicaran la justificación de delitos de «carácter especialmente odioso» —en el caso, de genocidio—. Su castigo sería legítimo constitucionalmente en dos supuestos: «cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración», o bien cuando este discurso «busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación» (FJ. 9)⁵. Una doctrina que ha servido de referencia para orientar la reforma del Código penal de 2015 en la definición del nuevo artículo 510⁶, que castiga distintas modalidades de discurso del odio,

4 De forma más concreta, el Tribunal Constitucional, apoyándose en las sentencias antes mencionadas —entre otras—, expresó que la libertad de expresión encontraría su límite cuando se tratara de «manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables» (FJ. 5).

5 En ese mismo FJ la sentencia aclaraba que: «De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP.)».

6 A este respecto puede verse el minucioso estudio que se realiza en el capítulo segundo de J. M. LANDA GOROSTIZA; *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. O, de forma más sintética, el trabajo de este mismo autor «El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP», en J. M. LANDA GOROSTIZA-E. GARRO CARRERA (dir.), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-260. Asimismo, cfr. A. DE PABLO SERRANO-P. TAPIA BALLESTEROS; «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», *Diario La Ley* [en línea], n.º 8911, de 30 de enero de 2017; y M. J. DOLZ LAGO; «Oído a los delitos de odio (algunas cuestiones claves sobre la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015)», *Diario La Ley* [en línea],

pero que también ha estado presente en la interpretación constitucional de otros delitos de opinión que ha realizado el Tribunal Constitucional con posterioridad, como es el delito de enaltecimiento del terrorismo del 578 Cp. En concreto, la STC 112/2016, caso homenaje a un miembro de ETA, que es el antecedente inmediato de la STC 35/2020. Y también debe tenerse en cuenta la STC 177/2015, caso quema del retrato del rey.

En esta jurisprudencia constitucional, que como veremos está llena de claroscuros, la STC 177/2015 constituye, sin lugar a dudas, un borrón sin alguna claridad⁷. Una desafortunada sentencia para la libertad de expresión en la que el Tribunal Constitución denegó el amparo por la condena por un delito de injurias contra la Corona, a una pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa. Al entender del Constitucional, el acto en el que se había quemado una foto del rey tras una manifestación anti-monárquica había supuesto una muestra de «discurso del odio», que perseguía fomentar «el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física», fomentando «sentimientos de agresividad» y expresando una «amenaza», que no era digna de protección constitucional (FJ. 4). Además, el Tribunal Constitucional subrayó «la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona», sin plantearse por tanto la legitimidad del propio tipo penal (FJ. 3). La posición del Tribunal Constitucional en esta sentencia, severamente cuestionada en los votos particulares a la misma, terminó siendo desacreditada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que condenó a España en este caso al concluir que la injerencia en la libertad de expresión no era proporcionada y que no es posible considerar como discurso del odio las manifestaciones críticas frente a una institución como la Corona⁸.

Más «luces» presenta, por su parte, la doctrina que aquí se analizará sobre el enaltecimiento del terrorismo. Así, la STC 112/2016, enmarcó este tipo de manifestaciones como una forma de discurso del odio y ofreció por primera vez unos criterios constitucionales para interpretar este delito exigiendo un carácter incitador y una peligrosidad a los mensajes castigados para justificar la intervención penal. Algo que, sin lugar a dudas, constituyó un «avance»⁹, siguiendo la estela de la STC 235/2007. Sin embargo, como cuestiona el voto particular del magistrado Xiol Ríos, el paso dado no fue suficiente y la mayoría del Tribunal debería

n.º 8712, Sección Doctrina, 1 de marzo de 2016. Por mi parte, he ofrecido una visión crítica a esta reforma en G. M. TERUEL LOZANO; «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal», *InDret*, 4, 2015.

7 Véase en especial el comentario que realiza a esta sentencia M. A. PRESNO LINERA; «Crónica de una condena anunciada: el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del rey», *TRC*, n.º 42, 2018, pp. 539-549.

8 STEDH (sec. 3.^a) de 13 de marzo de 2018, caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

9 El magistrado Xiol Ríos en su voto particular a la STC 112/2016, de 20 de junio calificó la exigencia constitucional de que se «acredite una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista» en la interpretación del art. 578 Cp. como «un avance muy importante».

haber realizado una «ponderación específica sobre el derecho a la libertad de expresión». Habría sido deseable, a su entender, que «se hubiera realizado un mayor esfuerzo para profundizar en la determinación de los elementos que deben de ser tomados en consideración, desde una perspectiva constitucional, para valorar la necesidad y proporcionalidad de la injerencia de la intervención penal respecto de este tipo de conductas».

Pues bien, como se tratará de justificar, esta es la novedosa aportación de la STC 35/2020, que desciende a revisar la motivación para comprobar si de forma efectiva se tuvieron en cuenta los elementos contextuales que permiten acreditar que existió una peligrosidad real y, por ende, que las manifestaciones pueden considerarse como una auténtica incitación. Y, al mismo tiempo, en esta sentencia el Tribunal Constitucional sale al paso de una jurisprudencia del Supremo «díscola»¹⁰, que no terminaba de trasladar en su plenitud la jurisprudencia constitucional que imponía que se acreditara el carácter incitador en este tipo de delitos a la hora de enjuiciar las conductas. Aunque, como se verá, el Constitucional quizás podría haber sido aún más contundente en este punto.

Y es que esta sentencia también arrastra algunas de las sombras que oscurecían la jurisprudencia constitucional anterior. En particular, como estudiaremos, el esfuerzo de restringir las injerencias penales a través de ese juicio de proporcionalidad, donde se han hallado unos criterios que orientan a jueces y al propio legislador, sirviendo de pautas para definir las conductas que puedan considerarse ilícitas penalmente, se ve empañado porque desde la perspectiva constitucional se aprecia una tendencia restrictiva del contenido protegido por la libertad. Según se dirá, se advierte un riesgo de «institucionalización» o de «funcionalización» de la libertad. Lo que tiene como consecuencia concluir que aquellos mensajes que no contribuyan a la formación de la opinión pública pueden ser excluidos del ámbito de protección de la libertad. Algo a nuestro juicio inaceptable y que comporta una comprensión desfigurada de la libertad de expresión que, a la postre, conlleva una cierta inconsistencia, cuando no directamente incongruencias, en la propia jurisprudencia constitucional. Además, los cánones ofrecidos por el Tribunal Constitucional deberían perfilarse con mayor nitidez para exigir un juicio de lesividad más sólido a la hora de justificar tanto la exclusión de protección del ámbito protegido por la libertad como la intervención penal.

Así las cosas, en este comentario a la STC 35/2020 se tratarán de esbozar algunas reflexiones críticas sobre las luces y sombras de esta sentencia¹¹, y más

10 Véase el completo análisis que realiza de esta jurisprudencia G. ROLLNERT LIERN; «El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, n.º 109, 2020, pp. 191-227.

11 El análisis de la misma realizado en este trabajo se circunscribe a las cuestiones directamente relacionadas con la libertad de expresión, por lo que no se entrará a comentar la primera cuestión objeto de recurso y que resuelve la sentencia en relación con el respeto a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), invocado por los recurrentes al considerar que la condena por el Tribunal Supremo se había basado en pruebas

allá, ya que la misma sólo puede entenderse si se lee poniéndola en relación con toda esta jurisprudencia, que evidencia cómo en el seno del propio Tribunal se está produciendo una suerte de diálogo que está llevando a que su doctrina se vaya perfilando progresivamente para lograr ese difícil equilibrio entre la libertad de expresión y el castigo de los discursos extremos, en un orden constitucional que eleva el pluralismo y la libertad a valores superiores.

II. UN PRIMER PROBLEMA DE RAÍZ: EL RIESGO DE «FUNCIONALIZACIÓN» DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La STC 35/2020, al plantear el caso en relación con la libertad de expresión, prácticamente reproduce su doctrina en relación con el carácter institucional de esta libertad. La misma se reconoce como uno de los «pilares de una sociedad libre y democrática», lo que exige que la libertad goce «de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», un espacio «generoso» para que se pueda desenvolver «sin angostura» (FJ. 4.a.i). De manera que, aunque no lo mencione en esta sentencia, el buen entendimiento de esta doctrina tendría dos importantes implicaciones que sí que ha venido reconociendo en su jurisprudencia previa: la primera es que la libertad de expresión no puede «limitarse en razón de que se utilic[e] con una finalidad anticonstitucional» y «la mera difusión de ideas e ideologías» deberá quedar amparada. Por lo que cualquier límite a esta libertad deberá justificarse en que «se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional» (STC 235/2007, FJ. 4).

Y, la segunda, el reconocimiento de una «posición preferente» de estas libertades¹². Ahora bien, ésta no debe entenderse como una preferencia absoluta, sino que, en la ponderación de los potenciales límites, podrá darse un mayor peso —lo que implica extender el ámbito protegido por la libertad— cuando se trate de un «discurso público», relevante para la opinión pública. Sin embargo, esta doctrina provocaría un inaceptable efecto *boomerang* si, a contrario, llevara a desproteger aquel tipo de discurso que no adquiera relevancia pública. Es decir, el hecho de que una determinada manifestación no contribuya a la formación de la opinión pública libre no justifica, por sí sólo, su exclusión del ámbito constitucionalmente protegido por la libertad de expresión. Como mucho podrá entenderse, ante un cierto límite, que su «peso» es menor y que por tanto es más fácil que ceda al colisionar con otros bienes. Pero estas manifestaciones estarían incluidas en el espacio que delimita el contenido *prima facie* protegido por esta libertad.

personales que no fueron practicadas con respeto a las garantías de publicidad, inmediación y contradicción y sin haberse dado previo trámite de audiencia al condenado. Estas cuestiones las resuelve el Tribunal en los fundamentos 2-3 de la sentencia.

12 Entre otras muchas, cfr. SSTC 105/1990, 197/1991 o 20/1992, de 14 de febrero.

Así se deduce si se considera que, por mucho que puedan buscarse distintos fundamentos que justifican la protección *iufundamental* de esta libertad, el primero y diría que original es, precisamente, su valor para la autorrealización personal¹³. Como expresara Esposito, «no es el carácter democrático del Estado el que tiene como consecuencia el reconocimiento de esta libertad, de forma que pueda determinar la función y los límites, sino que son las razones ideales del reconocimiento de esta libertad (y por ello del valor de la persona humana) las que llevan entre otras tantas consecuencias también la de afirmar el Estado democrático»¹⁴. De manera que si este fundamento original, de corte liberal, que pone su acento en concebir la libertad como un derecho de la persona, quedara desvirtuado o fagocitado por otras dimensiones de la misma, como es su dimensión institucional vinculada a ideales propios de un republicanismo cívico y al reconocimiento del valor de la libertad en la deliberación pública¹⁵, se estaría verificando una suerte de «sustantivización» o «funcionalización» de la libertad, en virtud de la cual se puede terminar convirtiendo «a los derechos de comunicación de derechos fundamentales individuales en simples derechos cubiertos con una garantía institucional»¹⁶. La libertad de expresión dejaría de ser una libertad, «'también' funcional»¹⁷ a la democracia, para pasar a ser esencialmente un derecho institucionalizado o concebido en función de lo que es de interés para la opinión pública.

Es lo que ocurre, a mi entender, cuando se confunde el ideal de «preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular», como tempranamente reconociera el Tribunal Constitucional¹⁸, con situar la finalidad de esta libertad en su contribución «a la formación de una opinión pública libre» de manera que, si una manifestación no aporta algo valioso a la misma, quede privada de protección constitucional. Esta última visión justificaría excluir del ámbito de protección discursos que cuestionen o contradigan el compendio de valores que sostienen el orden de convivencia y, en especial, aquellos que impugnen la idea de igual dignidad humana. Sin embargo, un adecuado entendimiento de la libertad de expresión exige valorar con especial cautela las manifestaciones de aquellos herejes que atacan estos ideales. Como expresara el magistrado Xiol Ríos, «la defensa de los derechos fundamentales y, especialmente, del derecho a la libertad de expresión, determina que la protección que debe dispensarse deba ser

13 Sobre los distintos fundamentos de la libertad de expresión véase el excelente trabajo R. ALCÁZER GUIRAO; *La libertad del odio...*, ob. cit., pp. 85 y ss.

14 C. ESPOSITO; *La libertad di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 1958, p. 12.

15 R. ALCÁZER GUIRAO; *La libertad del odio...*, ob. cit., pp. 97-110. Este autor realiza una interesante lectura de los límites a la libertad de expresión partiendo de esta fundamentación que pone el acento en el discurso público y en el valor de la misma para la deliberación pública. En este sentido, puede verse también C. CARUSO; *La libertà di espressione in azione*, BUP, Bolonia, 2014.

16 J. J. SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA; «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», REDC, n.º 8, 1998, p. 145.

17 P. BARILE; *Diritti dell'uomo e libertà fondamentalli*, Giuffrè, Bolonia, 1984, p. 10.

18 STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ. 3.

especialmente cuidadosa cuando se trate de aquellas conductas que menos consenso puedan suscitar por resultar molestas o inquietantes o por chocar con las sustentadas por el Estado o una parte cualquiera de la población»¹⁹.

Veamos cómo el Tribunal Constitucional ha transitado hacia una cierta institucionalización o funcionalización de la libertad de expresión cuando se ha enfrentado a discursos extremos a través de su calificación como discurso del odio. No se trata sólo de que se aprecie una «contradicción entre las premisas axiológicas de que parte el Tribunal Constitucional —y el amplio margen de legítimo ejercicio del derecho que deriva de las mismas— y la consecuencia asignada a la opinión hostil», que trata de salvarse atribuyendo una lesividad inherente a este tipo de discursos²⁰. En mi opinión, el problema es más profundo y trasluce una inadecuada comprensión del fundamento y del sentido de la libertad.

III. SU CONSECUENCIA: EL DISCURSO INTOLERANTE COMO CATEGORÍA EXCLUIDA DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA «BANALIZACIÓN» DEL DISCURSO DEL ODIO

1. Una concepción «desfigurada» del discurso del odio como mero discurso intolerante

La STC 35/2020 no es innovadora en su *iter argumental*, según decíamos. Tras reafirmar la importancia de la libertad de expresión en un orden democrático, reconoce que no hay libertades absolutas y, entre sus límites, sitúa en particular el discurso del odio. Su acercamiento plantea, sin embargo, dos problemas: por un lado, porque reitera una concepción del discurso del odio desfigurada, que parte de la STC 177/2015 y fue reproducida en la STC 112/2016, la cual confunde esta categoría con cualquier forma de discurso intolerante. Y, por otro lado, el segundo problema es que, para colmo, se vale de esta categoría deformada para justificar la exclusión de protección de casi cualquier manifestación de discursos extremos o fóbicos sin realizar un mínimo enjuiciamiento sobre la proporcionalidad y sobre la lesividad que justifica el límite²¹.

19 Voto particular a la STC 112/2016.

20 R. ALCÁZER GUIRAO; «Opiniones constitucionales», ob. cit., p. 13.

21 Así lo ve también R. ALCÁZER GUIRAO; «Opiniones constitucionales», ob. cit., p. 9, para quien «[s]e excluye categorial y categóricamente el discurso del odio del ámbito protegido del derecho fundamental, de modo que todo lo que se califique como tal perderá el amparo constitucional», con la consecuencia de que «[l]a colisión con otros intereses constitucionales no será resuelta a partir de un juicio de proporcionalidad, sino a través de esa delimitación categorial: tan pronto se califique la conducta expresiva como discurso del odio, pierde la protección constitucional y decae frente al otro interés menoscabiado, por lo que el análisis sobre la prohibición de exceso —y del efecto desaliento desaliento— deviene superfluo».

En cuanto al primero de los problemas, el Tribunal Constitucional en la sentencia ahora comentada reitera que pueden considerarse como una forma de discurso del odio no sólo sus «manifestaciones más toscas», que se proyectan «sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas»; sino, más en general, cualesquiera otros discursos fóbicos que persigan fomentar el rechazo o la exclusión de la vida política, en definitiva, que promuevan la intolerancia (FJ. 4.a.iii). Lo cual le ha permitido incluir en esta categoría no sólo discursos propiamente discriminadores o xenófobos, sino también el negacionismo de graves crímenes, el enaltecimiento del terrorismo —como en el caso en cuestión—, y hasta los discursos anti-monárquicos. De esta manera, como ya advirtieron los magistrados disidentes a la STC 177/2015, de 22 de julio, se incurre en una «banalización» de esta categoría, en palabras del magistrado Xiol Ríos²². Una «maniobra de prestidigitación conceptual» lograda a partir del «del vaciamiento del concepto, excluyendo esa dimensión antidiscriminatoria e identificando ‘discurso de odio’ con la mera manifestación general de hostilidad»²³. Nos encontramos así ante un ejemplo de la confusión que, como ha explicado Article 19, se ha generado en torno a la categoría discurso del odio y que ha llevado a incluir en la misma discursos que conceptualmente deberían distinguirse de ella y que en muchos casos deberían incluso entenderse amparados por la libertad de expresión²⁴. De hecho, la concepción del discurso del odio mantenida aquí por el Constitucional se aleja de la primera caracterización que había recogido el Tribunal en su STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que, como se dijo, concibió el mismo partiendo de que se tratara de una «incitación directa a la violencia».

Asimismo, esta amplia categorización del discurso del odio se compadece mal con los intentos que, especialmente a nivel europeo, se están desarrollando para perfilar esta categoría de forma lo más precisa posible con el objeto de evitar una excesiva restricción de la libertad de expresión²⁵. En particular, resaltando que las manifestaciones tengan un carácter ofensivo, especialmente por «propagar, incitar, promover o justificar el odio basado en la intolerancia»²⁶, que obedezcan a una

22 En sentido similar, el voto particular de la magistrada Asúa, al que se adhiere el magistrado Valdés, señalaba que: «Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública».

23 R. ALCÁZER GUIRAO; «Opiniones constitucionales», ob. cit., p. 8.

24 Cfr. Article 19; *'Hate Speech' Explained. A toolkit*, 2015, pp. 28 y ss.

25 Entre los más recientes puede verse Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Recomendación general n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015.

26 Son los términos con los que el TEDH justificaba la posibilidad —no obligación— de castigar el discurso del odio, siempre y cuando las restricciones o sanciones impuestas resultaran proporcionales en relación con el fin legítimo que perseguían (STEDH (Sec. 1.º) de 6 de julio de 2006, asunto Erbakan c. Turquía, § 56). Esta definición toma como referencia la primera referencia que se incluyó en la Recomendación 97 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Más allá, sobre la compleja jurisprudencia del TEDH en materia de discurso del odio puede verse, entre otros, J. M. LANDA GOROSTIZA; *Los delitos de odio*, ob. cit., pp. 27-38; C. CARUSO; «El hate

motivación discriminadora o vengan referidas a una característica que presuponga tal discriminación, y que señalen o se dirijan contra una persona o grupo vulnerable²⁷. El propio Tribunal Europeo ha advertido a las autoridades nacionales que «adopten un enfoque cauteloso al determinar el alcance de los delitos de ‘discurso de odio’ y que interpreten estrictamente las disposiciones legales pertinentes para evitar una interferencia excesiva» en la libertad de expresión, sobre todo cuando éste pueda ser usado como una excusa para reprimir manifestaciones de crítica contra el gobierno o sus instituciones, o sus políticas²⁸.

Por ello, llama poderosamente la atención que, en especial después de la condena a España por el Tribunal de Estrasburgo en el caso de la quema del retrato del rey, el Constitucional mantenga este concepto deformado del discurso del odio²⁹. Algo aún más inaceptable en la medida que, según se ha dicho y ahora se estudiará, acude a esta categoría vagamente definida para justificar la exclusión del ámbito de protección constitucional de cualquier tipo de discursos extremos en una auténtica «jurisprudencia de excepción»³⁰.

2. La exclusión «categorial» del discurso del odio y la indeterminación de los cánones de lesividad que justifican la exclusión del ámbito protegido a las expresiones de odio intolerante

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce el discurso del odio como una categoría de expresiones excluidas del ámbito de protección

speech en Estrasburgo: el pluralismo militante del sistema convencional», en L. ALONSO-V. J. VÁZQUEZ, *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 109-128; o mi trabajo «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *RDCE*, n.º 27, 2017. Asimismo, más actualizada, ofrece una síntesis de interés Council of Europe. Press Unit, *Factsheet. Hate Speech*, Septiembre 2020.

27 Teniendo todo ello en cuenta, la magistrada Asúa en su voto particular a la STC 177/2015, identificaba el discurso del odio de forma precisa como aquella «forma de expresión que incite, promueva o propague el odio racial, la xenofobia, u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un efecto cierto de amenaza que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados colectivos socialmente vulnerables». En doctrina, véase la caracterización que realiza R. ALCÁCER GUIRAO; *La libertad del odio*, ob. cit., pp. 23 y ss., o la que propuse, de forma aún más restrictiva, en «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *REDC*, n.º 114, 2018, pp. 39-40. Puede verse también J. M. LANDA GOROSTIZA; *Los delitos de odio*, ob. cit., pp. 23-45, y F. VALIENTE MARTÍNEZ; *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*, Dykinson, Madrid, 2020.

28 STEDH (sec. 3.^a) de 9 de mayo de 2018, caso Stomakhin c. Rusia, § 117. En sentido similar puede leerse la STEDH (sec. 3.^a) de 13 de marzo de 2018, caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

29 Previo a la STC 35/2020, D. MARTÍN HERRERA; «¿Serán precisas más condenas del TEDH para dejar de proteger lo (in)defendible en España? Crónica de una interminable manipulación del *hate speech* para enmudecer al disidente molesto», *RCDCP*, n.º 1, vol. 9, 2018, pp. 45-84, indagaba en la «manipulación» del concepto de discurso del odio en contra de lo establecido por la jurisprudencia de Estrasburgo.

30 Así la ha calificado R. ALCÁCER GUIRAO; «Opiniones constitucionales», ob. cit., p. 9, para quien el Constitucional recurre a «un término tan elástico e indeterminado, acuñado antes como eslogan programático que como categoría analítica, [que] es empleado por esta jurisprudencia de excepción para delimitar los contornos de la protección del derecho fundamental».

constitucional. Aún así, no ha abandonado de forma radical el principio del daño y, de hecho, ha rechazado que puedan darse restricciones basadas en el puro contenido de los mensajes. Así las cosas, ha tratado de justificar la exclusión de aquello que considera discurso del odio aportando razones de la lesividad de este tipo de manifestaciones. En concreto, la STC 35/2020 halla tres posibles razones de la lesividad de las expresiones de discurso del odio: i) cuando «persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia»; ii) «amenazas o intimidaciones a los ciudadanos»; iii) «símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural», los cuales se puedan convertir en «un acto cooperador con la intolerancia excluyente» (FJ. 4.a.iii).

Ahora bien, conviene desgranar cada uno de estos cánones para valorar en qué medida ofrecen consistencia al juicio de lesividad u ofensividad cuando se trata de justificar un límite a la libertad de expresión, aunque este no sea penal³¹. Sobre todo porque la mera afirmación de un daño o de un peligro social no puede servir de excusa, sin más, para restringir la misma. Ello llevaría al absurdo de que sólo quedarán salvaguardadas constitucionalmente las expresiones inocuas, mientras que quedaría a discreción del legislador restringir cualquier otra expresión con la mera invocación de un peligro o riesgo remoto. La libertad de expresión implica, por el contrario, que queden protegidas manifestaciones «aunque de hecho acarreen daños que normalmente bastan para justificar la imposición de sanciones legales»³². De manera que tanto los órganos judiciales al aplicar el límite al caso en concreto, pero también el legislador al definirlo en abstracto, deben tener en cuenta estas exigencias de lesividad.

En general, todo límite a un derecho fundamental debe superar un juicio de proporcionalidad que presupone, como *prius* lógico, un juicio previo de razonabilidad o adecuación del límite, en el que se realice una «ponderación de reglas o ponderación abstracta» desde la perspectiva estrictamente constitucional para valorar los bienes constitucionales en conflicto y la lesividad de la conducta que

31 Especialmente ilustrativo a este respecto son los capítulos IV y V de R. ALCÁZER GUIRAO; *La libertad del odio*, ob. cit., donde estudia con detenimiento lo daños del discurso del odio y en qué medida los mismos pueden justificar un límite penal a la libertad de expresión. No resuelve, por el contrario, cuándo esos daños, aunque no fuera legítimo recurrir al castigo penal, podrían justificar otro tipo de restricciones y cuándo, a pesar de reconocer en ellos un carácter ofensivo, sin embargo estarían amparados por la libertad. Desde esta perspectiva puramente constitucional, estudió los daños y los cánones abstractos de ofensividad en relación con el discurso del odio en G. M. TERUEL. LOZANO; «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», ob. cit., pp. 32 y ss.

32 T. SCANLON; «Teoría de la libertad de expresión», en R. DWORKIN, *La filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 318. Con cita a este autor, así lo he advertido también en «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», ob. cit., p. 16. Y, en igual sentido, destaca R. ALCÁZER GUIRAO; *La libertad del odio*, ob. cit., p. 172 que «si las democracias deben proteger la libertad de expresión no es porque no cause daños, sino *pese* a los daños que causa».

se pretende restringir. No se trata de negar que la limitación de un derecho fundamental responde a un «complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución» (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 6), pero sí de reconocer que al definir y concretar los límites, aunque la Constitución no imponga una «solución precisa y unívoca» (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ. 6), se debe respetar la exigencia de proporcionalidad, con independencia de que la limitación proceda «de normas o resoluciones singulares» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ. 24). De tal suerte que, cualquier limitación o restricción que incida en el ejercicio de los derechos fundamentales podrá ser reputada ilegítima si no responde a «una ponderación razonada y proporcionada de los mismos» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ. 24). Siendo necesario a tales efectos identificar unos cánones abstractos de ofensividad que justifiquen la exclusión del ámbito de protección —en definitiva, del contenido *prima facie* protegido— y a través de los cuales quedará definido el contenido constitucionalmente protegido del derecho, más allá de su contenido esencial³³.

Siguiendo esta lógica, ningún reproche cabe realizar, desde esta perspectiva de la racionalidad constitucional del límite, a entender que aquellas manifestaciones que resulten amenazantes o intimidatorias van a quedar excluidas del ámbito de protección constitucional, como ya sostuviera el Tribunal Constitucional en su STC 136/1999, de 20 de julio. En el bien entendido, eso sí, de que la aplicación en concreto de la restricción exigirá verificar la ofensividad teniendo en cuenta no sólo el tenor o el tono de tales expresiones, sino a partir de una valoración contextual que permita concluir que las mismas tienen una *vis* auténticamente coactiva para una persona o para la propia colectividad. Es ese carácter efectivamente coactivo de la amenaza o intimidación el que le dota de consistencia al juicio de ofensividad o lesividad constitucional.

Mucho más habría que precisar para justificar los otros dos límites: «expresiones que «persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia»; y las expresiones que puedan cooperar con la intolerancia excluyente. A este respecto, lo primero que debe hacerse es limpiar la retórica del Tribunal de elementos que pueden distorsionar. Así ocurre con aquellas afirmaciones que pueden evidenciar una «funcionalización» de la libertad de expresión, como ya se señaló. Por ejemplo, las referencias a que las expresiones de odio son «incompatibles con el sistema de valores de la democracia» o a que los mensajes proscritos se «identifiquen con la exclusión», o, como afirma la sentencia en relación con las amenazas, a que éstas no «contribuye[n] a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre» (STC 35/2020, FJ. 4.a.iii). A partir de ahí, habría que centrar el elemento realmente

33 He tratado esta cuestión en G. M. TERUEL. LOZANO; «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», ob. cit., pp. 30 y ss.

ofensivo que justifica la restricción: la incitación al odio o a la intolerancia. Es decir, que la difusión de un determinado mensaje busque y sea idónea para generar un peligro (en mi opinión, cierto e inminente) de que tengan lugar actos de violencia o discriminación (no de odio), como consecuencia de que se haya favorecido un clima de hostilidad contra los miembros de un grupo social vulnerable³⁴. Esta debería ser la clave para deslindar el ejercicio lícito de la libertad de expresión del abuso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional es mucho menos preciso y se conforma con una vaga referencia a un potencial carácter incitador del discurso que, en realidad, entiende ínsito en el propio contenido intolerante del mensaje. Dar por bueno, como parece hacer el Tribunal Constitucional, que la «contaminación» de la opinión pública con mensajes intolerantes es razón suficiente para excluir de protección constitucional unas manifestaciones supone desconocer los postulados más básicos que sostienen el reconocimiento de esta libertad. En primer lugar, porque el odio o la intolerancia no están prohibidos, por lo que ha de entenderse amparada la difusión de estas ideas o su proselitismo. Cuestión distinta es discriminar o actuar violentamente. Y, en segundo lugar, porque si algún peligro remoto se derivara de esa potencial contaminación de la opinión pública, sólo una democracia paternalista justificaría recurrir como respuesta a la restricción de la libertad. La confianza en la fortaleza del espíritu crítico de los propios ciudadanos para desterrar este tipo de mensajes odiosos es, en cierto modo, un presupuesto de la propia democracia. Pero, sobre todo, el Estado dispone de muchos otros medios sin tener que llegar a la restricción para combatir ese riesgo de contagio y para apoyar a aquellos grupos sociales que pudieran sentir menoscabada su posición social y política por este tipo de discursos intolerantes.

Del mismo modo, aunque no se mencione en esta sentencia, también plantea serias dudas la identificación que el Tribunal Constitucional ha hecho entre expresiones racistas o xenófobas y el límite del insulto³⁵, para justificar la exclusión del ámbito de protección de cualquier manifestación de intolerancia u hostilidad, pero redefiniendo los contornos del canon jurisprudencial clásico³⁶. De manera que, al entender del Tribunal, la sola acreditación del carácter racista o xenófobo, en definitiva, el sólo hecho de que un discurso desprenda odio o desprecio hacia un pueblo o hacia un colectivo llevaría a que quede excluido del contenido protegido por la libertad de expresión. Por mi parte, considero que así

³⁴ A este respecto véase mi trabajo G. M. TERUEL LOZANO; «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», ob. cit., pp. 35 y ss.

³⁵ Así, las SSTC 14/1991 y 176/1995. Una doctrina acogida también por la STC 235/2007.

³⁶ R. ALCÁZER GUIRAO; «Opiniones constitucionales», ob. cit., pp. 17 y ss, quien ha destacado que se han reinterpretado los contornos del canon jurisprudencial que se venía aplicando a la prohibición del insulto con el fin de ampliar la protección del honor y de la dignidad en este tipo de discursos. En primer lugar, extendiendo el criterio del insulto, la ofensa o el oprobio a cualquier expresión vejatoria o que genere sentimientos de hostilidad, y, en segundo lugar, abandonando cualquier juicio sobre la necesidad de las manifestaciones.

definido este límite dejaría fuera del ámbito de la libertad a mensajes que tienen una clara relevancia pública y se terminaría por dar una protección sobredimensionada al honor, en relación con la dignidad, equiparando los daños a aquel con cualquier ofensa a los sentimientos individuales o grupales³⁷. De ahí que, en mi opinión, salvo las *fighting words*, es decir, de los insultos o provocaciones cara a cara que sí que deben entenderse privados de protección constitucional, no cabe erigir un límite a la libertad de expresión fundado en esta suerte de injurias colectivas³⁸.

En fin, se observa como el Tribunal Constitucional no ha dado unas pautas claras cuando se trata de valorar si una determinada manifestación está o no protegida por la libertad de expresión, con independencia del tipo de reproche que pudiera merecer si se concluye que queda extramuros del ámbito de esta libertad. Aún más, prácticamente ha actuado sobre la base de una exclusión categorial de aquello que entiende que encaja en su deformado concepto de discurso del odio³⁹. Ello a diferencia de lo que ocurre con los límites penales, donde la jurisprudencia constitucional, tal y como se ha adelantado y veremos a continuación, sí que ha avanzado y ha ido identificado unas reglas que de forma cada vez más precisa permiten definir en abstracto la ofensividad que justifica cuándo es legítimo castigar penalmente un determinado discurso. Lógicamente, como se dirá, el carácter de *extrema ratio* del Derecho penal y la consiguiente prohibición de exceso reclaman que se sea especialmente cauteloso al revisar las limitaciones penales y que se exija que las mismas sólo se prevean para corregir los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. Lo cual no empece que cualquier restricción del ámbito *prima facie* protegido por un derecho o libertad fundamental también exija una determinación a la hora de identificar los cánones de lesividad que justifican el límite desde la perspectiva constitucional, de acuerdo con lo ya dicho. Algo en lo que, reitero, parece que la jurisprudencia constitucional no sólo es que resulta deficitaria, sino que, más allá, evidencia una inadecuada comprensión de los fundamentos de la libertad.

37 En sentido contrario a la tesis aquí defendida, véase A. DE PABLO SERRANO; «Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio. Sociedad del desprecio y discurso del odio», en L. ALONSO y V. J. VÁZQUEZ, *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, pp. 145-160; y del mismo autor *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Asimismo, véase el amplio análisis que realiza sobre el daño de los mensajes de difamación colectiva, R. ALCÁZER GUIRAO; *La libertad del odio*, ob. cit., pp. 175 y ss., y pp. 234 y ss.

38 A este respecto, me remito a las reflexiones que recogí en G. M. TERUEL. LOZANO; «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», ob. cit., pp. 32 y ss., y, al análisis que realiza con una posición en buena medida alineada con la aquí compartida R. ALCÁZER GUIRAO; *La libertad del odio*, ob. cit., pp. 234 y ss.

39 R. ALCÁZER GUIRAO; «Opiniones constitucionales», ob. cit., pp. 4 y ss.: «la jurisprudencia ha encontrado un cómodo recurso dialéctico para reducir los límites de ejercicio legítimo del derecho, bastando con subsumir la conducta expresiva enjuiciada bajo la rúbrica del 'discurso de odio' para justificar, sin apenas necesidad de ulteriores argumentos, su exclusión del ámbito protegido por la Constitución».

IV. LA PROHIBICIÓN DE EXCESO Y LA PROPORCIONALIDAD EN LA LIMITACIÓN PENAL DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: SEGUNDO NIVEL DE ANÁLISIS

La STC 35/2020, de 25 de febrero, sigue la metodología que ha ido consolidando en su última jurisprudencia donde, después de revisar el ámbito delimitado *prima facie* por el derecho fundamental y cuáles son los límites que terminan por dibujar su contenido constitucional, entra entonces a enjuiciar la proporcionalidad de la limitación penal, en relación con el principio de prohibición de exceso⁴⁰. Y es aquí donde, como se ha venido señalando, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha avanzado en la identificación de unos cánones que sintetizan la ofensividad que justifica la intervención penal en conductas *prima facie* ejercicio de un derecho fundamental. Se trata, por tanto, de un segundo nivel de análisis, diferenciado del primer examen centrado en si la conducta merece amparo constitucional.

Pues bien, antes de entrar a revisar cuáles son esos cánones y cómo el Tribunal Constitucional ha exigido su valoración en esta última sentencia, conviene aclarar cómo se proyecta este principio de proporcionalidad de los límites penales cuando se restringe una conducta *prima facie* amparada por una libertad fundamental⁴¹.

En la sentencia ahora comentada, siguiendo jurisprudencia previa, el Tribunal proyecta el mismo principalmente como una obligación del juez penal que, a la hora de enjuiciar una conducta (FF.JJ. 4.a.iv y d), «como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes del caso en concreto», debe comprobar si la conducta constituía ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad (primer nivel de análisis) y si su castigo penal supone «reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión» (segundo nivel de análisis), incluso cuando la conducta «no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal» (FJ. 4.d, con cita a la STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ. 5). Y es que, como expresara el Tribunal en su STC 136/1999,

40 Este juicio de proporcionalidad de los límites penales, en relación con la prohibición de exceso, ha estado presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde sus orígenes. No obstante, su integración en la motivación de las sentencias del Tribunal no ha sido siempre tan claro y, en ocasiones, ha descuidado hacer esa valoración específica de la proporcionalidad penal. Así, por ejemplo, pueden verse los votos particulares del magistrado Vives Antón a las SSTC 46/1998, 78 y 79/1995, en las que incidía sobre la necesidad de realizar un juicio de proporcionalidad de la reacción penal aún cuando se considerara que las expresiones no merecían protección constitucional. Por el contrario, en la STC 136/1999, FF.JJ. 21 y ss., encontramos una descripción muy articulada de este juicio de proporcionalidad.

41 En general sobre el juicio de proporcionalidad de la ley penal, cfr. J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; «¿Restictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *Indret*, n. 3, 2012 y «Proporcionalidad penal», en MAQUEDA ABREU et. al. (coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 2016, pp. 175 y ss. En este caso nos centramos en lo que el autor califica como un control de proporcionalidad derivado de la vulneración de un bien o derecho por la reacción penal.

de 20 de julio, FJ. 20: «una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada».

Antes bien, al sintetizar su doctrina en la STC 35/2020, de 25 de febrero, queda en cierto modo entremezclado lo que sería el enjuiciamiento sobre el ejercicio legítimo del derecho y este segundo nivel de análisis penal, referido todo ello a la posición del juez⁴². Conviene, sin embargo, distinguirlos adecuadamente. Según se acaba de señalar, el juez penal, a la luz de los hechos probados, deberá valorar, como cuestión previa, si la conducta merece amparo constitucional, y, una vez concluido que ha supuesto un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión que puede ser reprochado jurídicamente, al aplicar el tipo penal correspondiente, deberá interpretarlo teniendo en cuenta ese juicio de proporcionalidad de la limitación penal. Es decir, en aquellos casos en los que se esté castigando una conducta *prima facie* ejercicio de la libertad de expresión, corresponde al juez penal examinar adicionalmente que la respuesta penal no suponga un «sacrificio innecesario o excesivo de los derechos», el cual podría «producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito (desproporción en sentido estricto)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ. 22). Así, el juez penal al aplicar el tipo penal correspondiente deberá tener en cuenta estas dos dimensiones: Primero, al motivar la concurrencia de los elementos del tipo, tanto objetivos como subjetivos, deberá justificar que la conducta expresiva revestía un carácter auténticamente ofensivo, de acuerdo con las pautas abstractas que ha identificado el Tribunal Constitucional y que en buena medida han de integrarse en el propio tipo penal. Para ello, según lo dicho, tendrá que tomar como base fáctica los hechos probados de la sentencia. Segundo, deberá motivarse también por qué la pena que en su caso deba imponerse resulta proporcionada en sentido estricto y no genera un efecto disuasorio.

Es importante recalcar ahora que esos cánones abstractos que justifican la intervención penal deberían integrar el tipo penal, ya que en ellos se funda el contenido de injusto. A este respecto, según lo ya dicho, el legislador disfruta de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de seleccionar los bienes jurídicos dignos de protección y al prever las conductas lesivas y la sanción que merecen. Ahora bien, constitucionalmente puede revisarse que no reaccione de manera que

42 Así, el apartado d) del FJ. 4 de la STC 35/2020, empieza refiriendo la necesidad de desarrollar un «juicio de proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad de expresión en los supuestos de aplicación de los delitos de enaltecimiento del terrorismo», pero al explicar el mismo no distingue adecuadamente lo que tendría que ser el primer nivel de análisis, sobre el ejercicio lícito de la libertad de expresión, del segundo nivel centrado ya en la prohibición de exceso por la reacción penal.

sacrifique de forma excesiva e innecesaria la libertad con la restricción que imponga. Como reconoce tangencialmente la sentencia, «el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden reaccionar desproporcionadamente» (STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ. 4.d). Y, además, en el ámbito penal esta obligación de proporcionalidad del límite, en su primera dimensión, se da la mano con el principio de legalidad⁴³.

Por último, en relación con el enjuiciamiento de la proporcionalidad de los límites penales a la libertad de expresión, la posición del Tribunal Constitucional varía en función de si enjuicia la constitucionalidad de una resolución judicial o de una norma legal. Así, con respecto al enjuiciamiento de las resoluciones judiciales, la STC 35/2020, de 25 de febrero, aclara que debe limitarse a comprobar si en relación con la libertad de expresión las resoluciones judiciales «han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso» (FJ. 4.d). Un enjuiciamiento que, aunque no lo recuerde la sentencia, «no se circunscribe a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial», de acuerdo con los parámetros del 24.1 CE, sino que de forma más incisiva desciende a comprobar cómo la resolución judicial ha resuelto el eventual conflicto entre derechos, «determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales» (STC 177/2015, FJ. 2, con cita de la STC 158/2009, de 25 de junio)

Nada que objetar *a priori* a esta conclusión. De hecho, como se ha señalado, esta sentencia constituye un ejemplo en el que el Tribunal Constitucional, a mi juicio de forma acertada, revisa la motivación judicial para comprobar si en la misma se habían tenido en cuenta todas las circunstancias relevantes para acreditar de forma efectiva la lesividad de la conducta. Eso sí, no debemos confundirnos con los amparos vía 24 CE donde al resolver el amparo se puede retrotraer ante un defecto de motivación de los jueces, sino que, aquí, el propio Constitucional debe sentenciar si la conducta enjuiciada merecía o no protección constitucional, como terminó haciendo en la sentencia en cuestión. Además, que el Tribunal Constitucional no esté vinculado por los criterios aplicados por los órganos judiciales no le habilita a reinterpretar el contenido ofensivo de la conducta alejándolo incluso del que correspondería de acuerdo con el tipo penal aplicado en las resoluciones judiciales. Es decir, el Tribunal Constitucional deberá examinar si la motivación dada por los órganos judiciales es suficiente para justificar constitucionalmente la lesividad de la conducta y restringir el derecho fundamental a través de una sanción penal, pero lo que no puede es valorar si la misma era lesiva y

⁴³ Sobre esta cuestión, con carácter general, cfr. V. FERRERES COMELLA; *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2002, especialmente pp. 103 y ss.

merecía sanción penal desentendiéndose del tipo penal aplicado por las resoluciones y de los hechos probados por la sentencia. Algo que en cierto modo hace la STC 35/2020, de 25 de febrero. En ella el Tribunal Constitucional termina concediendo el amparo porque considera que las resoluciones judiciales habían desatendido los cánones ofensivos indispensables en la ponderación previa. Pero los cánones que aplica para examinar la motivación son los identificados para las conductas de enaltecimiento del terrorismo y que se concretan en la exigencia de un componente incitador, como se verá. Sin embargo, el tipo penal del art. 578 Cp. incluye dos acciones típicas, la primera de enaltecimiento del terrorismo —en sentido estricto—, que sería a la luz de la cual habría valorado el Tribunal Constitucional las resoluciones judiciales, y, la segunda, de humillación a las víctimas del terrorismo. Pues bien, aunque la sentencia del Supremo dista de ser clara al respecto⁴⁴, una cierta razón asiste al magistrado Montoya Melgar en cuyo voto particular sostiene que la condena recayó por humillación a las víctimas, más que por enaltecimiento⁴⁵. Por ello, se echa de menos en la sentencia que también hubiera examinado las resoluciones a partir de los cánones que justifican excluir de protección constitucional las expresiones humillantes o vejatorias a víctimas del terrorismo. Sin perjuicio de que, en mi opinión, el resultado habría sido el mismo, ya que tampoco

44 La STS 31/2017, de 18 de enero no es especialmente clara a la hora de señalar el fundamento de la condena y, de hecho, los hechos probados descartaban que el autor buscase «defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas». A lo largo de la sentencia el Tribunal Supremo juega con ambos elementos para descartar por qué la exigencia de tipicidad subjetiva del tipo quedaba colmada con la plena conciencia y voluntad del tipo de mensajes que se estaban publicando, sin extenderse a acreditar «con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación» (FJ. 3).

No obstante, en el FJ. 6 en el que justifica las razones que le llevan a la condena parece centrar la misma en el carácter humillante de los mensajes: así, cuando señala que «Tampoco la ironía, la provocación o el sarcasmo —en palabras del acusado, el nihilismo surrealista— que anima sus mensajes de humillación de las víctimas, hacen viable una causa supraregal de exclusión de la culpabilidad.». O cuando concluye: «Es evidente, sin embargo, que el objeto del presente proceso no era la actitud del acusado hace varias decenas de años frente al fenómeno terrorista, sino los mensajes de humillación que difundió valiéndose de su cuenta de Twitter entre noviembre de 2013 y enero de 2014. Esta Sala no puede identificarse con una interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística. Entre otras razones, porque esos complementos explicativos no se incluyen en el mensaje de burla. Éste llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. Afirmaciones como las difundidas en la red por L.M. alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano.». En fin, de la lectura global de la sentencia, y teniendo en cuenta la posición del propio Ministerio Fiscal, se extraen elementos que evi-dencian cómo en el reproche que se hace están presentes tanto el carácter humillante como la justificación enaltecedora del terrorismo.

45 En concreto, señala el voto particular del Magistrado Montoya Melgar que: «Por todo ello, no cabe extrapolar a este caso, sin más, criterios desarrollados en relación con el puro enaltecimiento del terrorismo, puesto que la humillación, burla o escarnio a una víctima del terrorismo, no conlleva conceptualmente la acción de animar directa o indirectamente a la comisión de nuevos delitos; exigencia de coincidencia que supondría un práctico vaciamiento del tipo y con ello una inasumible desprotección de tales víctimas».

podría apreciarse una ofensividad humillante suficiente para las víctimas del terrorismo en los tweets publicados, como expresó el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en su voto particular a la STS 31/2017, de 18 de enero. Más allá de esta sentencia, el ejemplo más sangrante de este inadecuado proceder del Tribunal Constitucional en la reconstrucción del contenido ofensivo de las conductas al margen del tipo penal aplicado se encuentra en la STC 177/2015, de 22 de julio, donde concluyó la legitimidad de la sanción al entender que la manifestación constituía una suerte de discurso del odio que nada tiene que ver con el contenido de injusto del tipo aplicado, las injurias a la Corona, como fue puesto de manifiesto con severidad por algunos magistrados disidentes en sus votos particulares⁴⁶.

Asimismo, aunque la sentencia ahora comentada no entre a ello, sobre todo porque se trataba de un amparo constitucional, puede ser pertinente recordar cuál debe ser la posición del Tribunal Constitucional al analizar la proporcionalidad de la restricción cuando examina directamente la norma penal. A este respecto, el enjuiciamiento constitucional debe ser deferente con el legislador. Ahora bien, cuando se trata de un conflicto directo entre la intervención penal y la injerencia en un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no puede abdicar de realizar un control material sobre el límite penal. Y, en lo que ahora interesa, de acuerdo con el principio de legalidad, el examen deberá tener en cuenta si el legislador ha incorporado entre los elementos que definen el contenido de injusto del tipo penal los cánones constitucionales que legitiman la intervención penal, según lo dicho. Y su omisión difícilmente podrá salvarse con sentencias interpretativas, como realizó el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre⁴⁷. A mi entender, el principio de conservación de las normas no puede llevar a erosionar las exigencias de taxatividad y determinación de un tipo penal, sobre todo cuando éste está restringiendo el ejercicio *prima facie* de una libertad fundamental. Que sea vía jurisprudencia constitucional como haya que integrar el contenido de injusto de una norma jurídica genera una indudable inseguridad jurídica y comporta un peligroso efecto desaliento. De ahí que, por mucho que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sea vinculante para los órganos judiciales, considero inadecuado que el Tribunal en la sentencia ahora comentada, y en la previa de 2016, en lugar de haber planteado una autocuestión de constitucionalidad, haya preferido realizar una interpretación constitucionalizada del delito de enaltecimiento del terrorismo que comporta la adición de un nuevo elemento al tipo penal⁴⁸. Convendría que el legislador tomara nota y emprendiera

⁴⁶ En particular, varios votos particulares destacan la reconstrucción de los hechos probados que se aleja del tipo penal de injurias aplicado, lo que lleva a justificar una «condena frente a la libertad de expresión incoherente con el interés protegido por el tipo penal», como señala este último magistrado.

⁴⁷ Véanse las consideraciones críticas que realiza a este respecto LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; «¿Restictivo o deferente?, ob. cit., pp. 26 y ss.

⁴⁸ A esta integración del tipo se refiere también G. ROLLNERT LIERN; «El enaltecimiento del terrorismo...», ob. cit., pp. 193 o 222.

una reforma de este tipo penal para adecuarla a los cánones indicados por el Tribunal Constitucional.

Por ello, analicemos ahora con más detalle cuáles son.

V. LOS CÁNONES QUE JUSTIFICARÍAN LA INTERVENCIÓN PENAL ANTE DELITOS DE OPINIÓN POR DISCURSOS EXTREMOS Y SU VALORACIÓN CONTEXTUAL: AVANCE CON INSUFICIENCIAS

Según se relató en el primer epígrafe, las manifestaciones que dan lugar al amparo constitucional que resuelve la STC 35/2020, de 25 de febrero, fueron castigadas como un delito de enaltecimiento del terrorismo. Ahora bien, como acaba de indicarse, a pesar de que la motivación de las resoluciones condenatorias podría llevar a entender que el reproche penal se fundó en su carácter humillante para las víctimas, la sentencia del Tribunal Constitucional se construye teniendo en cuenta que el desvalor de las mismas estaría en ser expresiones de enaltecimiento del terrorismo. Y, a este respecto, aplica el canon constitucional que ya había elaborado en la STC 112/2016, de 20 de junio, y que a su vez traía causa de la STC 235/2007, 7 de noviembre referido a manifestaciones que indirectamente supusieran una incitación en el marco de delitos de «especial peligrosidad» y «tan odiosos» como podía ser el genocidio o el terrorismo.

Las conductas de enaltecimiento del terrorismo y las de justificación del genocidio tienen en común que no suponen una provocación o incitación directa a cometer esos delitos. Son expresiones de alabanza, loa o apología de unos determinados crímenes o de sus autores que, como mucho, de forma tácita o velada —es decir, indirecta— pueden comportar una incitación. Como se adelantó en la introducción, la gran aportación de la STC 235/2007, de 7 de noviembre fue precisamente legitimar «excepcionalmente» la intervención penal ante este tipo de crímenes tan odiosos cuando hubiera una incitación indirecta a la perpetración o bien cuando se buscara una provocación al odio hacia determinados grupos definidos por unas características raciales, de color, etc.⁴⁹, que represente «un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación» (FJ. 9). La clave del reproche, es decir, el contenido ofensivo que justificaba el límite penal radica en que la difusión pública del discurso suponga un «peligro cierto» de que se produzcan «actos específicos de discriminación», a través de la generación de un clima de hostilidad. Que la

49 Comparto con R. ALCÁZER GUIRAO; *La libertad del odio*., ob. cit., p. 196, que en este tipo de delitos debemos entender que estas referencias vienen a circunscribirlos a que el discurso ataque a un colectivo vulnerable, los conocidos como grupos diana, por lo que quedaría fuera del *telos* de estas normas los ataques a grupos hegemónicos, aunque se produjeran en atención a sus características raciales, étnicas...

provocación se realice de forma directa o indirecta, es decir, de forma expresa o taimada, pasa a un segundo plano.

Este canon constitucional fue traducido penalmente por el Tribunal Supremo como la exigencia de que el delito de negacionismo del genocidio que preveía el antiguo art. 607.2 Cp. debía interpretarse como una figura de peligro potencial o hipotético, pero no concreto⁵⁰. Asimismo, el legislador al reformar el art. 510 Cp. en 2015 siguió esta estela y, según ha sido interpretado por la mayoría de la doctrina, diseñó un delito de peligro abstracto, potencial o hipotético, pero no presunto⁵¹.

Por el contrario, el legislador mantuvo la formulación básica del delito previsto en el art. 578 Cp., complicando aún más su interpretación al añadir un inciso tercero en el que se agravan las penas «[c]uando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella». El Tribunal Supremo, por su parte, tampoco se decidió a la hora de trasladar esta doctrina a la interpretación del mismo y mantuvo que se trataba de un delito de mera conducta que no exigía ningún componente incitador⁵².

Fue entonces cuando volvió a intervenir el Tribunal Constitucional con la STC 112/2016, de 20 de junio, en la que, como se adelantó en la introducción, exigió, también para el castigo del enaltecimiento del terrorismo, que se diera «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (FJ. 3). Lo cual se concreta en la obligación de que los jueces acrediten que se ha producido una incitación, aún indirecta, lo que comporta «llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta». Por tanto, como se viene indicando, bastaría con un peligro de aptitud, hipotético o potencial, para justificar la intervención penal. De manera que será legítimo castigar las manifestaciones enaltecedoras si, a la luz de las circunstancias concretas y valoradas *ex ante*, se puede concluir que «crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo» (FJ. 6). Sin embargo, el Tribunal se quedaba en una valoración muy superficial de las circunstancias que permitían concluir la existencia de ese peligro⁵³. De hecho, como ya se indicó, esta fue la

50 STS (Sala 2.^a, Sección 1.^a) n.º 259/2011, de 12 de abril, caso Kalki.

51 A este respecto, véanse en especial los trabajos J. M. LANDA GOROSTIZA; *Los delitos de odio*, ob. cit.; y «El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del artículo 510 CP», ob. cit. También puede verse el análisis que realicé en G. M. TERUEL LOZANO; «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal», ob. cit.

52 Sirvan como ejemplo las SSTS 481/2014, de 3 de junio o la 224/2010, de 3 de marzo. Con un análisis más detallado de esta jurisprudencia pueden verse G. ROLLNERT LIERN; «El enaltecimiento del terrorismo...», ob. cit., pp. 194 y ss., y mis trabajos G. M. TERUEL LOZANO; «Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo», *Indret*, n.º 3, 2018, en especial las pp. 8 y ss.; y «Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial», *REJ*, n.º 17, 2017.

53 En concreto, mencionaba en el FJ. 6 la STC 112/2016: «fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un

principal crítica que realizó el magistrado Xiol Ríos a esta sentencia en su voto particular. En concreto, señalaba la necesidad de haber valorado el impacto de la difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta, las circunstancias personales de quien la realiza, la mayor o menor coincidencia temporal con actos terroristas, o las concretas manifestaciones proferidas.

Tanto es así que, tras esta sentencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo siguió vacilante y los tres elementos que podrían deducirse de la doctrina constitucional sentada en la STC 112/2016, de 20 de junio —intención como elemento subjetivo del delito, carácter incitador de la acción típica y provocación de una situación de riesgo— han sido acogidos por el Supremo de forma muy desigual, por no decir con pronunciamientos contradictorios, como ha estudiado en profundidad G. Rollnert Liern⁵⁴. En particular, la STS 31/2017, de 18 de enero a la que da lugar el amparo ahora comentado supuso un auténtico acto de rebeldía al declarar la irrelevancia del ánimo incitador tal y como se había exigido por el Constitucional.

Así las cosas, la STC 35/2020, de 25 de febrero ha venido a colmar en parte estas deficiencias. El Constitucional, en esta sentencia, confirma la relectura de este delito apologético como una figura de apología *con* incitación en la que el reproche se justifica por su peligrosidad. Pero, además, examina la motivación de las resoluciones judiciales y concluye que, aunque las mismas habían tenido en cuenta aspectos como el contenido, la emisión y los efectos del mensaje, los argumentos dados habían sido insuficientes y no se había tenido en cuenta la dimensión institucional de la libertad. En concreto, en un párrafo central que me permito citar *in extenso* declaraba que: «La posición central que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia. La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar

importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia».

54 G. ROLLNERT LIERN; «El enaltecimiento del terrorismo...», ob. cit., *in toto*.

en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental.» (FJ. 5.b —cursivas mías—).

De su lectura se deduce que el juez penal tendrá que valorar no sólo el mensaje y cómo el mismo puede ser interpretado por un «espectador objetivo», sino todas las circunstancias que rodean a la comisión de la conducta típica para ponderar si la misma estaba intencionalmente dirigida y objetivamente constituía una incitación indirecta que generara un peligro real para las personas o para el propio sistema de libertades. Se acerca así, como el propio Tribunal Constitucional reconoce en el FJ. 4.c, al análisis contextual que realiza el Tribunal de Estrasburgo, a pesar de que éste en ocasiones depende excesivamente del caso en concreto sin unas pautas abstractas claras⁵⁵. Un examen que exige para ponderar la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática tener en cuenta distintos elementos como «el mayor o menor impacto de difusión pública», «las circunstancias personales de quien realiza la conducta», que la conducta «coincidencia en el tiempo con actos terroristas» o que se dé en un «contexto de violencia», o el «contenido de las concretas manifestaciones proferidas». Elementos que permiten de esta forma acreditar la peligrosidad de la conducta, aunque sea potencial⁵⁶.

Eso sí, desde la perspectiva penal si el contenido de injusto que integra el tipo es la peligrosidad de la conducta, todos estos elementos contextuales que sirven para apreciarla deberían quedar recogidos en los hechos probados de la sentencia.

En conclusión, la STC 35/2020, de 25 de febrero consolida el gran avance que supuso rechazar que pudieran castigarse como delito discursos puramente apologéticos sobre la base de una presunción de peligrosidad por la mera difusión pública de un determinado discurso extremo. Ahora, este tipo de figuras autónomas apología impropia sólo podrán castigarse cuando las mismas tengan una intencionalidad instigatoria y objetivamente este carácter incitador sea idóneo para generar un «peligro cierto». Peligrosidad que deberá valorarse en un juicio *ex ante* que deberá motivarse en las resoluciones judiciales a la luz de toda una serie de circunstancias, que tienen en cuenta no sólo el mensaje sino también cómo se ha difundido, la intencionalidad, el sujeto, el contexto... Una doctrina

⁵⁵ En este sentido, véase la lectura crítica que realiza G. ROLLNERT LIERN; «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *REDC*, n.º 115, 2019, pp. 91 y ss., llegando a advertir que en el ámbito del Consejo de Europa «el estándar del discurso del odio punible es más impreciso y abierto, sin que la abundante jurisprudencia del TEDH haya delimitado definitivamente sus perfiles» (p. 102).

⁵⁶ En este sentido, véase Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), Recomendación general n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015, apartado 16, donde se señala que la valoración de si existe o no riesgo en relación con el discurso del odio exige tener en cuenta el contexto, la condición del emisor, la naturaleza del lenguaje usado, el contexto de los comentarios específicos, el medio utilizado y la naturaleza de la audiencia. También describe parámetros similares particular el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial, o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia», adjunto al Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/22/17/Add.4), de 11 de enero de 2013.

que debería proyectarse sobre todos los delitos de opinión que castigan discursos extremos por su carácter provocador⁵⁷.

Hasta aquí los avances. La gran insuficiencia de esta doctrina estaría, a mi entender, en no haber aclarado cuál es ese grado de peligrosidad que justifica la intervención penal, a diferencia por ejemplo del Tribunal Supremo norteamericano que sí que ha consolidado su canon del «*clear and present danger*», el cual ha sido asumido en importantes instrumentos que, aun siendo *soft law*, ofrecen una pauta más segura para dotar de solidez al juicio de peligrosidad. Unos instrumentos que abogan por la exigencia de inminencia y de una «razonable probabilidad»⁵⁸. Peligrosidad que, además, debería proyectarse sobre el riesgo de que pudieran producirse actos de violencia o de discriminación delictivos, y no la pura generación de odio o de difusos actos de hostilidad.

Traducido al lenguaje penal, este canon constitucional del peligro cierto e inminente de actos delictivos se valoraría en un juicio *ex ante*, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, y no tendría por qué comportar una exigencia de peligrosidad concreta, como a mi juicio habría sido deseable⁵⁹. En todo caso, más allá de tratar de encajar la peligrosidad en una de las categorías dogmáticas (peligrosidad abstracta, hipotética, potencial o de aptitud), cuya indefinición dogmática poco ayuda, cuando menos debería asumirse que este tipo de conductas expresivas sólo pueden castigarse cuando «hacan crisis», siguiendo la tesis de

57 De ahí que, aunque la sentencia sea anterior a esta última del Tribunal Constitucional, sigue resultando censurable que el Tribunal Supremo haya interpretado el delito de provocación al odio del 510.1.a Cp. como una figura de peligro presunto en el propio contenido odioso de los mensajes (STS 72/2018, de 9 de febrero).

58 A este respecto, puede verse en particular el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial, o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia», adjunto al Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/22/17/Add.4), de 11 de enero de 2013. El mismo entre sus distintas recomendaciones ofrece una serie de criterios de valoración que deben tener en cuenta los tribunales al examinar limitaciones a la libertad de expresión y, entre ellos, sitúa la probabilidad del riesgo, incluida la inminencia. En sentido similar, cfr. Article 19; The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality, Abril 2009, que reclama que la incitación al odio solo se castigue cuando la misma cree «un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra personas» que pertenezcan a un grupo vulnerable. También en los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, adoptados en noviembre de 1996, se exige que se dé una «conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad o el acontecimiento de tal violencia» cuando los mensajes supongan una amenaza a la seguridad nacional.

59 A mi entender, una adecuada lectura de esta jurisprudencia habría exigido concluir que para castigar penalmente este tipo de conductas debiera exigirse un peligro concreto, en el que el clima de hostilidad o la situación de crisis fuera concebida como el resultado de peligro consecuencia de la acción típica. Además, el juicio de peligrosidad debería realizarse sobre la base de la exigencia de inminencia y alta probabilidad de que ese resultado de peligro degenerara en actos violentos o discriminatorios que fueran constitutivos de delito. Ello permitiría haber delimitado mejor el distinto grado de ofensa que justifica excluir de protección constitucional de aquella que legitima la reacción penal. De tal manera que quedarían extramuros de la libertad de expresión, pero no serían susceptibles de castigo penal, aquellos discursos provocadores que, en una valoración *ex ante* que tuviera en cuenta todas las circunstancias, evidenciaran un peligro cierto e inminente de actos ilícitos (pero no delictivos). Así lo expuse en relación con el delito de negacionismo en G. M. TERUEL LOZANO; *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 507 y ss.

Landa Gorostiza⁶⁰. Es decir, cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias, se pueda colegir el efecto contagio que, de forma inminente y altamente probable, puede dar lugar a actos lesivos. No basta, por tanto, con afirmar que una conducta se difundió por redes sociales y que potencialmente podría tener gran alcance. Debe haber una base fáctica que permita acreditar que en el momento en el que se produjo la conducta se estaba encendiendo una mecha que con gran certeza e inminencia iba a terminar explotando. Adicionalmente, esta exigencia de un carácter instigatorio se debe interpretar como un elemento del tipo tanto objetivo como subjetivo (dolo instigatorio), como se ha dicho.

No obstante, esta voluntariosa interpretación constitucionalizada de este precepto termina por evidenciar cómo el legislador ha venido a adelantar notablemente la intervención punitiva. Y es que el marco internacional a lo que obliga es a que los Estados castiguen expresiones de provocación que comporten un riesgo de que se cometan actos de terrorismo⁶¹. Lo cual ya se encuentra tipificado en el art. 579 Cp. Sin embargo, esta relectura del art. 578 Cp. lleva a castigar la provocación a otros actos violentos o discriminatorios, pero no terroristas en sentido estricto. Además, puede resultar discutible hasta qué punto alcanza la lógica del discurso del odio cuando las víctimas son colectivos como las víctimas del terrorismo.

Por lo demás, parece que la cuestión no está todavía cerrada, así que veremos si en ese diálogo interno en el seno del propio Tribunal la balanza se va inclinando más hacia la protección de la libertad o se desliza a favor de posiciones más restrictivas. La reciente sentencia sobre la ley orgánica de seguridad ciudadana o la denegación del amparo por injurias a la bandera no transmiten buenos augurios.

TITLE: *The Spanish Constitutional Court's case law on speech crimes that punish extreme speeches: comment on Judgment n. 35/2020, February 25 and beyond*

ABSTRACT: *The Spanish Constitutional Court Judgment n. 35/2020, February 25 has set a case law establishing that punishing extreme speeches, in particular glorification of terrorism, will be constitutional as a form of provocation which creates a danger of violent or discriminatory acts. Beyond it, this judgment for the first time requires that the danger should be examined through contextual, intentional and pragmatic-linguistic elements. However, the commented judgement also presents shadows, since it maintains a distorted conception of hate speech and does not sufficiently specify the standards that justify a limit to freedom of expression.*

RESUMEN: *La STC 35/2020, de 25 de febrero ha supuesto la consolidación de una jurisprudencia que ha sentado que sólo será constitucional reaccionar penalmente frente a discursos extremos, y en particular ante expresiones enaltecedoras del terrorismo, cuando tengan carácter incitador y resulte un peligro de que como consecuencia de su difusión pública puedan tener lugar actos violentos o discriminatorios. Pero esta sentencia*

60 J. M. LANDA GOROSTIZA; *Los delitos de odio*, ob. cit., *passim*.

61 Así, la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre (art. 3) o el Convenio n.º 196 del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (art. 5).

va más allá y por primera vez exige que esa peligrosidad se acrealte a través de toda una serie de elementos contextuales, intencionales y pragmático-lingüísticos. Sin embargo, la sentencia comentada también presenta sombras, ya que mantiene una concepción desfigurada del discurso del odio y no precisa con suficiencia los cánones que justifican limitar la libertad de expresión.

KEY WORDS: *freedom of speech, hate speech, glorification of terrorism.*

PALABRAS CLAVE: *libertad de expresión, discurso del odio, enaltecimiento del terrorismo.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.12.2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 26.01.2021