



# El conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión

**Montserrat Comas d'Argemir.**  
Magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona

En la actualidad existe un auténtico debate social y jurídico en torno al retroceso que el derecho a la libertad de expresión está sufriendo en nuestro país. La percepción en la opinión pública es que nos encontramos frente a un retroceso democrático de carácter muy grave. Este importante derecho constitucional [art 20.1 a) CE] ha sido definido por el TEDH y por el Tribunal Constitucional como uno de los pilares fundamentales en los que se asienta nuestra democracia en tanto que sociedad plural y libre.

De esta forma la libertad de expresión va indisolublemente unida al pluralismo político y exige la máxima amplitud en su ejercicio. Igualmente en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes dominantes, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una sociedad avanzada (STC 97/2007, de 15 de enero). De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla sin el cual carecería aquella de toda efectividad (STC 20/1990, de 20 de febrero). La libertad de expresión comprende la libertad de

crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo y la tolerancia sin los cuales no existe sociedad democrática. En el resguardo de la libertad de opinión cabe cualquier idea, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático (STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4).

Es cierto que, al igual que el resto de derechos fundamentales, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, de forma que se sitúa fuera del ámbito de protección del mismo la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (STC 160/2003, de 15 de septiembre, F. 4, por todas). En otra línea, la STEDH -caso Féret contra Bélgica de 16 de julio de 2009- al definir el “discurso del odio” como aquel que abarca cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”, limita el derecho a la libertad de expresión en aquellos

mensajes o discursos que se manifiestan con la finalidad de provocar la discriminación y la hostilidad grave contra las minorías vulnerables y los inmigrantes.

Como Magistrada, que desempeño desde hace treinta años mi trabajo en el ámbito de la jurisdicción penal, he de reconocer que una de las dificultades a las que me enfrento, es la de resolver todos aquellos asuntos en los que la aplicación de determinados tipos penales van íntimamente relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión. La ponderación de los derechos en conflicto, en cada caso concreto, no es tarea fácil de resolver.

El retroceso democrático que se percibe por la sociedad, va muy vinculado a las investigaciones y sentencias que en el ámbito penal vienen produciéndose en relación a los delitos de “enaltecimiento al terrorismo”, los denominados “delitos de odio” y las “injurias a la Corona”. En relación al primer delito, el periódico *eldiario.es* publicaba el día 21 de abril, que desde el cese de la violencia, en 2011, hasta 2018 se han producido 121 sentencias por apología de ETA, cuatro veces más que en los siete años anteriores. Se basa dicha publicación en los datos del CENDOJ: 83 de los fallos dictados por la AN y el TS desde que ETA no mata son condenatorios, lo que supone un 79% de los casos que llegan a juicio. La cifra es sorprendente y preocupante.

La prisión provisional durante cinco días de los “titiriteros” –autores de una obra infantil- y que, finalmente fueron absueltos, despertaron también todas las alarmas en la sociedad. En las condenas

por delitos de “enaltecimiento al terrorismo” (art. 578 CP) a tuiteros, cantantes y personas relacionados con el mundo de la creación artística, se han impuesto dos líneas jurisprudenciales contradictorias que no ayudan a la seguridad jurídica ni a resolver el conflicto que genera la interpretación y aplicación de este tipo penal con el derecho a la libertad de expresión.

La Directiva de la UE 2017/541, en su - considerando (10)- exige que la conducta de enaltecimiento se tipifique cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. Esto significa que la interpretación judicial del art. 578 CP debería tener siempre en cuenta si la finalidad por la que se han realizado los actos de “enaltecimiento o humillación” es la de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo. Así lo establecen algunas Sentencias de la Sala II del TS. Sin embargo, en otras, el tipo penal no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Esta contradicción explica que, en casos como la del cantante de “DEf con Dos” por una serie de tuits en la que citaba a J.A. Ortega Lara secuestrado por ETA, fuera absuelto por la Audiencia Nacional y, en cambio condenado a un año de prisión por la Sala II del Tribunal Supremo. Y, a la inversa, en el caso de la tuitera Casandra Vera, acerca de sus chistes públicos sobre Carrero Blanco, fue condenada por la Audiencia Nacional a un año de prisión y, recientemente absuelta por el TS.

Otro claro exponente de la dificultad a la que nos enfrentamos los Jueces radica en la interpretación del art. 510 CP que

tipifica las conductas de quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio o violencia contra personas o grupos por motivos racistas, antisemitas, o por su pertenencia a una etnia, raza, sexo, orientación sexual, razones de género, enfermedad o discapacidad. Dicho precepto es la traslación al plano legislativo del compromiso asumido por España cuando ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965. El bien jurídico protegido es el derecho fundamental a la igualdad de trato de las personas con independencia de su pertenencia a grupos no dominantes y fragilizados socialmente, esto es la protección de individuos pertenecientes a determinadas minorías vulnerables.

La particularidad de este delito radica en que la lesión al bien jurídico se produce por una conducta llevada a cabo por el autor en el ejercicio de un derecho fundamental a la libertad de expresión y de opinión. En el comunicado realizado por la Asociación Juezas y Jueces para la Democracia, aprobado en el Comité Permanente celebrado los días 25 y 26 de enero de este año se alertaba de forma crítica acerca de una corriente jurisprudencial excesivamente extensiva en la interpretación y aplicación del art. 510 CP en detrimento del derecho a la libertad de expresión, fundamentalmente a partir de la reforma de dicho precepto por la LO 1/2015, de 30 de marzo, protagonizada únicamente por el Partido Popular sin consenso alguno con las demás fuerzas políticas, que ha introducido conceptos abiertos e indeterminados en su contenido poco casables con otro derecho fundamental, como es el derecho al principio de legalidad, en su vertiente de *lex certa*. En dicho comunicado nos pronunciábamos a favor de reformar el art. 510 CP a fin de delimitar que solo pueda haber sanción penal cuando las conductas del autor puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio de 2015 (caso quema de fotos de SS.MM los Reyes) abrió la aplicación del denominado “discurso del odio” a supuestos que nada tiene que ver con la protección jurídico-penal de personas o grupos vulnerables por motivaciones racistas, xenófobas, antisemitas, homófoba, etc. En dicho caso se enjuiciaba la adecuación a la legalidad penal y constitucional de la quema de fotos de los Reyes en una plaza pública de la ciudad de Girona con motivo de su visita. Ahora bien, al ser tales los sujetos pasivos, miembros de una Institución pública como es la Corona, la protección jurídico-penal de su honor viene expresamente prevista en otros preceptos penales distintos a los del art. 510, específicamente en el art. 490.3. CP. En el voto particular discrepante de la Magistrada Adela Asúa, en la misma línea de la del Magistrado Juan Antonio Xiol, se critica el contenido de la Sentencia por vincular el “discurso del odio” a hechos que son propios de un discurso antimonárquico, que nada tiene que ver con la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables.

Los criterios de los votos particulares minoritarios son los que deberían haberse impuesto, a la vista de la reciente Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 13-3-2018 (Caso Stern Taulats y Roura Capellera), que ha condenado en este caso a España por violación del art. 10 del Convenio, eliminando la condena de los acusados, que además deberán ser indemnizados, al entender que actuaron en el ejercicio de la libertad de expresión. Gracias a esta Sentencia, acabamos de conocer la reciente absolución en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en fecha 4-5-2018 de un acusado condenado en el Juzgado Central de la AN por promover la “pitada al himno nacional” en la final de la Copa del Rey en 2015.

A la vista de toda la problemática expuesta se impone una reforma del art.

Este importante derecho constitucional [art 20.1 a) CE] ha sido definido por el TEDH y por el Tribunal Constitucional como uno de los pilares fundamentales en los que se asienta nuestra democracia en tanto que sociedad plural y libre.

510 CP en la forma antes referida. Y, en relación al delito de enaltecimiento es necesario modificar su extensión a la “apología del terrorismo a través de las redes sociales”, introducida, sin consenso parlamentario, por el grupo parlamentario del PP en el 2015.

Junto a ello se impone también la reforma de la Ley de Seguridad Ciudadana -denominada “ley mordaza”- para evitar sanciones administrativas a los disidentes políticos o a los que expresan su oposición antimonárquica. Un claro ejemplo de arbitrariedad administrativa la encontramos recientemente en la requisita de las camisetas amarillas que portaban algunos seguidores del Futbol Club Barcelona en la última final de la Copa del Rey este año en la ciudad de Sevilla. El color “amarillo” se ha convertido en Cataluña, para un sector de la población, en una forma de vehiculizar la crítica y reivindicación a favor de la libertad de los políticos que están en prisión provisional en la causa judicial abierta a raíz del denominado “procés”. La Ley 19/2017, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, únicamente prohíbe la introducción en las competiciones y espectáculos deportivos de prendas, banderas o signos cuya finalidad sea incitar a la violencia o a las demás finalidades por las que aprobó dicha norma (art. 6). Las prendas amarillas no persiguen ninguna de estas finalidades y, en consecuencia, quien los porta está amparado por su libertad de opinión y de expresión.

Por último, la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debe ser también objeto de revisión en la ley penal. En la opinión, de amplios sectores de la Academia y de la Judicatura, entre los que me encuentro, todos los delitos de opinión, caso de condena, no deberían nunca comportar la imposición de penas de prisión y si únicamente las de multa. Nadie debería ingresar en prisión por estos delitos.

En un Estado democrático de derecho, el derecho a la libertad de expresión constituye la clave del debate público necesario en una sociedad democrática, como establece el art. 10 de la Convención Europea de Derecho Humanos, disposición plenamente vigente en España. De todo lo dicho se deduce que es necesario robustecer la calidad democrática de nuestro sistema.

