

Alexander Espinoza / Jhenny Rivas

El juicio sumario a la libertad de expresión frente al discurso de odio en el derecho español

SERIE: EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURÍDICO

Edición electrónica, 2020

Alexander Espinoza / Jhenny Rivas

El juicio sumario a la libertad de expresión frente al discurso de odio en el derecho español

SERIE: EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURÍDICO

Edición electrónica, 2020

La tolerancia de nuestro tiempo ha de ser entendida como el respeto entre hombres iguales y libres, entre hombres igualmente libres

Francisco Tomás y Valiente

Cómo citar:

Alexander Espinoza & Jhenny Rivas (2020). El juicio sumario a la libertad de expresión frente al discurso de odio en el derecho español. Edición electrónica. Instituto de Estudios Constitucionales.

ISBN: 978-956-401-726-6

El presente trabajo ha sido sometido a un proceso de evaluación externa, según las normas y criterios internacionales de calidad para la publicación. La evaluación de los árbitros ha calificado al trabajo para publicación sin cambios.

Las publicaciones del Instituto de Estudios Constitucionales se encuentran sometidas a sistema de arbitraje y son evaluadas por 2 pares expertos externos. La evaluación externa es un proceso ciego. El nombre de los autores y de los evaluadores es de carácter reservado.

© Alexander Espinoza & Jhenny Rivas

Edición electrónica del Instituto de Estudios Constitucionales

<http://www.estudiosconstitucionales.com/>

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone el desarrollo de las complejas relaciones entre los derechos fundamentales, especialmente la libertad de expresión y las medidas, que se imponen a través del derecho penal, para restringir la difusión de ideas consideradas peligrosas para la convivencia social. Tales medidas penales giran en torno al denominado “*discurso de odio*”.

La expresión del epígrafe, “*El juicio sumario a la libertad de expresión*”, pretende llamar la atención sobre un aspecto importante, que ilustra la influencia de la doctrina del TEDH en el derecho español, pero que pudiera marcar un giro en el tratamiento de los derechos fundamentales en España.

Se ha advertido acerca de la simplificación, en que a veces se incurre con el uso de la noción de “*discurso de odio*”, estableciéndolo como un límite de lo constitucionalmente protegido y excluyendo del contenido del derecho toda aquella conducta que haya sido calificada como tal. Más aun tomando en consideración que un concepto de perfiles tan imprecisos y sin contornos claros, pero de origen no escrito, sea determinante del ámbito protegido por los derechos fundamentales. El TEDH ha hecho uso del art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entendiendo que la finalidad de tal cláusula es la de “*imposibilitar que los individuos se aprovechen de un derecho con el fin de promover ideas contrarias al texto y espíritu de la Convención*”. Debemos tomar en consideración que si el discurso de odio constituye un problema central en la discusión sobre los límites del legítimo ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión es precisamente porque se encuadra en el ámbito del discurso con relevancia pública y, con ello, en el núcleo de lo que debe ser protegido por el derecho fundamental.

Ya la doctrina había expresado rechazo en contra de la aplicación por el TEDH

de la cláusula sobre el abuso del derecho, pero recientemente, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han adoptado, en la interpretación y aplicación del art. 578 del Código Penal, ese método sumario, que deja fuera de la protección del derecho fundamental la difusión de cierto tipo de ideas, por su contenido violento, específicamente, las que pudieran expresar alguna alabanza o justificación de acciones terroristas.

Hemos pretendido advertir sobre los costos de esta tendencia jurisprudencial. Se revierte en esta materia una larga evolución que destacaba la importancia de la libre expresión de ideas en una sociedad pluralista y democrática, paradójicamente, con el objetivo de proteger la democracia y el pluralismo frente al problema del terrorismo.

En palabras del Magistrado *don Juan Antonio Xiol Ríos*, no es fácil mostrarse discrepante cuando la cuestión de fondo planteada es el conflicto que generan conductas tan sensibles socialmente como son las de enaltecimiento del terrorismo o de la violencia en general con el derecho a la libertad de expresión. Pero se trata, más que de la cuestión de fondo, a la cual se puede llegar con los mismos resultados, de una cuestión metodológica. De ella depende la justificación de todo el sistema de garantías de los ciudadanos, especialmente del afectado por la medida penal.

Hemos advertido que con el *juicio sumario a la libertad de expresión* ciertas conductas resultarían *a priori* excluidas del ámbito de protección del derecho y con respecto a ellas decaería la justificación de las garantías que sólo son aplicables ante la afectación de un derecho subjetivo.

Como veremos más adelante, el giro en la doctrina del Tribunal Constitucional implica una evasión del método de ponderación, para adoptar en su lugar un método sumario o abreviado, que, tal como había afirmado el propio tribunal, no tenía parangón en el ordenamiento constitucional español.

Mientras que la teoría de los derechos fundamentales, basada en la interpretación amplia del ámbito de protección y de eficacia irradiante, sirve de sustento al complejo sistema de cautelas y garantías del ciudadano y constituye

una herramienta útil en la aplicación del derecho penal, en la medida en que ofrece contornos claros y diferenciados frente a la diversidad de situaciones, la reversión del esquema por la nueva interpretación restrictiva del derecho fundamental, ha generado importantes problemas prácticos.

Tan sólo en España, de acuerdo con el cuarto informe del Ministerio de Interior sobre Delitos de Odio (el cual incluye los incidentes del “*discurso de odio*”, es decir, aquellos que tienen que ver con injurias, amenazas, vejaciones o tratos degradantes tipificados como antisemitas, racistas, sexistas), se contabilizado 123 denuncias de este tipo y la mayoría son injurias y amenazas de carácter ideológico realizadas por Internet (42,3%) o mediante dispositivos móviles (21,1%).¹

Según sus estadísticas, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y policías autónomas registraron en 2016 un total de 1.272 incidentes por delitos de odio, un 4,2% menos que en 2015, aunque los relacionados con discriminación por sexo y género subieron un 70,8 % debido a los nuevos parámetros incluidos en la reforma del Código Penal de 2015.

Los incidentes se distribuyen de la siguiente forma: racismo y xenofobia (416), discapacidad (262), ideología (259), orientación o identidad sexual (230), creencias o prácticas religiosas (47), discriminación por razón de sexo o género (41), aporofobia u odio al indigente (10) y antisemitismo (siete).

El discurso de odio en España

Existe un amplio debate en torno a la libertad de expresión y su relación con la protección de otros derechos fundamentales, como el honor, vida privada, propia imagen, dignidad humana, igualdad. Al tiempo que la paz, el orden

¹ Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con delitos de odio, Ministerio del Interior, España 2016

público o la tranquilidad pública.

El discurso del odio puede silenciar o subordinar a ciertos grupos sociales minoritarios o vulnerables. El latente peligro de los discursos del odio es que rápidamente pueden detonar la violencia. El informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (“ECRI”) del 7 de diciembre, *expresa su preocupación por la decisión de 2007 del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional la penalización de la negación del Holocausto (...). 18. La ECRI recomienda que, en consonancia con su Recomendación núm. 9 de política general sobre la lucha contra el antisemitismo, se adopten las medidas necesarias para garantizar que se penalice la negación pública del Holocausto”*.

No obstante, la defensa de la libertad de expresión radica precisamente en proteger los mensajes que pueden ser considerados equivocados o lesivos en el debate público. En principio, debemos tolerar el discurso ofensivo e incluso indignante en aras a proporcionar un adecuado espacio de actuación a dicha libertad.

El discurso de odio enfrenta la democracia constitucional a una encrucijada, pues sin duda debe reaccionar frente a las voces que niegan sus valores sustantivos, pero se encuentra igualmente obligada a no coartar en exceso la deliberación crítica de ideas y opiniones. Esa controversia difícil no es otra cosa que la llamada paradoja de la tolerancia. La respuesta exige un completo ejercicio de ponderación, pero será también necesario el análisis del propio significado de la democracia o la libertad.

En esta referencia a la opinión pública resulta imprescindible profundizar en la relación entre el desarrollo de la opinión pública y la estabilidad democrática. El espacio público-político, como ámbito donde se desarrolla la opinión pública, actúa a la vez como presupuesto y como garante de la democracia.

La negación del genocidio

Dentro del discurso del odio, ocupa un lugar singular el llamado negacionismo o revisionismo histórico, particularmente el dirigido a negar, minimizar o justificar el Holocausto y a enaltecer el régimen nacionalsocialista.

Los inicios del negacionismo se remontan a los propios dirigentes Nazis, quienes desarrollaron un discurso eufemístico para “*ocultar a los aliados, y al mundo entero, el exterminio masivo de judíos y de otros seres humanos (gitanos, homosexuales, presos políticos, prisioneros rusos, republicanos españoles.)*” Fue el francés *Paul Rassinier*, con su obra “*La Mentira de Ulises*”, quien inició lo que se conoce como revisionismo histórico.

Partiendo de la experiencia concreta del holocausto y de la Convención internacional para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, el antinegacionismo jurídico pretende construir la represión penal de una acción política y administrativa eficaz de prevención.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, negacionismo y antinegacionismo plantean una serie de interrogantes. Es necesario valorar su impacto sobre las garantías constitucionales de la dignidad humana, de la libertad de conciencia y de expresión, pero también sobre otras libertades culturales, en particular sobre la autonomía cultural de la investigación científica y sobre los derechos culturales de las personas y de las generaciones pasadas y futuras. Además del pluralismo democrático y la paz social.

1 EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1.1 La concepción dual

- 1 El Tribunal Constitucional ha acogido una concepción dual, según la cual la Constitución consagra por separado la libertad de expresión (art. 20.1 a) y la libertad de información (art. 20.1 d).² Aunque algunos sectores doctrinales hayan defendido su unificación o globalización, en la Constitución se encuentran separados. Presentan un diferente contenido y es posible señalar también que sean diferentes sus límites y efectos, tanto *ad extra* como *ad intra*, en las relaciones jurídicas.³ De tal forma se normativiza a nivel constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión, en la que tienen su origen y con la cual sigue manteniendo íntima conexión y conserva elementos comunes.⁴
- 2 Según esa configuración dual, deben distinguirse la libertad del artículo 20.1 a), la cual tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor y la libertad del art. 20.1 d), la cual comprende el derecho a comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables.⁵

² STC 107/1988, de 8 de junio FJ 2

³ STC 6/1988, de 21 de enero Fj 5

⁴ STC 107/1988, de 8 de junio FJ 2

⁵ STC 107/1988, de 8 de junio FJ 2

La concepción dual se aparta de la tesis unificadora, defendida por ciertos 3
sectores doctrinales, y acogida en los arts. 19.2 del Pacto Internacional de
Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y 10.1 del Convenio para la
Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de
Roma.⁶

Mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los 4
pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su
naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud, y, por tanto la libertad
de expresión es más amplia que la libertad de información, por no operar en su
ejercicio, el límite interno de veracidad.⁷

1.2 La libertad de expresión

El art. 20.1 de la Constitución reconoce y protege los derechos a expresar y 5
difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro
del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor.⁸ El derecho de
difundir las ideas y opiniones también comprende en principio el derecho de
crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible.⁹

La libertad de expresión comprende la de errar. Otra actitud al respecto entra en 6
el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con
mentalidad totalitaria. La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente
distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación
permanente de quienes ansían la censura previa. El Juez ha de ser en todo
momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la
mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de

⁶ STC 107/1988, de 8 de junio FJ 2

⁷ SSTC 107/1988, de 8 de junio FJ 2; 4/1996, de 16 de enero Fj 3

⁸ STC 4/1996, de 16 de enero Fj 3

⁹ STC 12/1982, de 31 de marzo Fj 3

cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico. Tampoco tiene como misión velar por la pureza de los silogismos ni por la elegancia estilística o el buen gusto.¹⁰

- 7 Al amparo de la libertad de expresión, la comunicación del mensaje puede hacerse por cualquier medio y sin que quede restringida por razón del medio utilizado (palabra, escrito o cualquier otra forma de difusión). Esa comunicación puede tener destinatarios determinados o una pluralidad indeterminada de éstos.¹¹
- 8 La libertad de expresión que proclama el art. 20 en su apartado 1 es ante todo un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley e incluso frente a la propia Ley si ésta intentara fijar otros límites distintos de los que la Constitución admite.¹² La libertad de expresión en sentido amplio se refiere al derecho de todos a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento.¹³ El ejercicio de la libertad de expresión exige la abstención por parte de la Administración, la ausencia de trabas e impedimentos de ésta.¹⁴
- 9 La libertad de expresión, en el sentido de la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, que dispone de un campo de acción muy amplio, que viene delimitado sólo por la ausencia de expresiones intrínsecamente vejatorias, que resulten impertinentes e innecesarias para su exposición.¹⁵
- 10 Las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una

¹⁰ STC 176/1995, de 11 de diciembre Fj 2

¹¹ Souviron, Derecho público de los medios audiovisuales, pág. 393-394

¹² STC 12/1982, de 31 de marzo Fj 3

¹³ Solozabal, Voz "libertad de expresión y derecho a la información", pág. 165

¹⁴ STC 77/1982 FJ 1º

¹⁵ STC 127/2004, de 19 de julio Fj 3

demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la veracidad o diligencia en su averiguación.¹⁶

1.3 La libertad de información

La libertad de información [art. 20.1 d)] tiene por objeto la libre comunicación y recepción de información sobre hechos, o más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables.¹⁷ En el caso del derecho de información, se transmite la noticia o el dato.¹⁸ 11

El artículo 20.1 d) de la CE pareciera asociar la libertad de información a la actividad de los medios de comunicación y a los profesionales de la información. Sin embargo, la libertad de información es un derecho fundamental predicable de cualquier persona.¹⁹ Son estos derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas y opiniones o de la comunicación de información las ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio.²⁰ 12

El art. 20.1 d) de la Constitución reconoce dos derechos íntimamente conectados que se concretan en la libre comunicación y recepción de información veraz, de tal manera que los sujetos de este derecho son no sólo los titulares del órgano o medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino, primordialmente, *“la colectividad y cada uno de sus miembros”*. Por ello 13

¹⁶ STC 278/2005, de 7 de noviembre Fj 2

¹⁷ STC 4/1996, de 16 de enero Fj 3; Souvirón, Derecho público de los medios audiovisuales, pág. 396

¹⁸ STC 61/1998, de 17 de marzo

¹⁹ STC 6/1988, de 21 de enero Fj 5

²⁰ STC 12/1982, de 31 de marzo Fj 3

resultan vulnerados los derechos reconocidos en el art. 20.1 d) C.E. tanto si se impide comunicar o recibir una información veraz como si se difunde, se impone o se ampara la transmisión de noticias que no respondan a la verdad, siempre que ello suponga cercenar el derecho de la colectividad a recibir sin restricciones o deformaciones, aquellas que sean veraces.²¹

- 14 La libertad de información, en cuanto a la narración de hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción menos amplio.²² Los hechos son susceptibles de prueba. La prueba de la veracidad o diligencia en su averiguación condiciona la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “*información*”, en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo “*veraz*”.²³

1.4 El deslinde entre ambos derechos

- 15 Para realizar el deslinde entre las libertades de expresión y de información el Tribunal Constitucional ha hecho uso, en algunos casos, de la tesis del elemento preponderante, mientras que, en otros casos, se ha referido conjuntamente a ambas libertades. Un aspecto problemático puede presentarse sin embargo, cuando en el nivel de la valoración, el tribunal debe hacer uso de los criterios que son propios de cada uno de éstos derechos.
- 16 En ciertos casos, en los cuales el tribunal había establecido el concurso de derechos, y con ello la prevalencia de la libertad de expresión, sin embargo, debió utilizar como elemento de la valoración de los hechos expresados, la veracidad de los mismos (*véase por ejemplo los casos en párr. 24 y 25*)
- 17 Desde el punto de vista dogmático, el método utilizado coincide con respecto al

²¹ STC 168/1986

²² STC 127/2004, de 19 de julio Fj 3

²³ STC 278/2005, de 7 de noviembre Fj 2

empleado en el derecho alemán, en cuanto al concurso de derechos fundamentales. Pero además, en cuanto a la relación particular entre la libertad de expresión y de información se llega a un resultado similar, dado que en el derecho alemán las afirmaciones de hechos pueden ser protegidas por la libertad de opinión, pero se encuentran sujetas a las condiciones del deber de veracidad. En cuanto a la distinción entre hechos y opiniones, el Tribunal Constitucional ha aludido expresamente a la influencia de la jurisprudencia del TEDH.

1.4.1 *El elemento preponderante*

El tribunal Constitucional ha advertido que el deslinde entre las libertades de expresión y de información no es nítido, pues la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo, una vocación a la formación de una opinión. Por ello, en los supuestos en que se mezclan elementos de una y otra significación debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante para subsumirlos en el correspondiente apartado del art. 20.1 C.E.²⁴

El alcalde del municipio realizó diversas declaraciones al periódico “*La Voz de Galicia*”, en las que, refiriéndose al comandante jefe de puesto de la guardia civil en el propio municipio, calificó su actuación de “*prepotente*”, indicando también “*que la actuación de tal mando podía responder a los intereses de la autovía*”. El Tribunal Constitucional estableció que tales calificativos se incardinan de modo natural en la libertad de expresión. La frase proferida no englobaba afán informativo, y sí que constituyó la expresión de un juicio u opinión del demandante de amparo sobre el sujeto pasivo o receptor de tales palabras.²⁵ (*En cuanto al interés público, véase en párr. 91*)

El demandante de amparo, objetor de conciencia al servicio militar, en una entrevista relativa a una condena que se le había impuesto por el delito de injurias al Ejército y que fue publicada en el periódico «*Diario 16*», expresó, entre otras, las siguientes opiniones:

²⁴ STC 4/1996, de 16 de enero Fj 3; Rebollo, Límites a la libertad de comunicación pública, pág. 239

²⁵ STC 278/2005, de 7 de noviembre Fj 2

«Es increíble que a mí me metan siete meses y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey» y «esto me confirma una idea que ya tenía arraigada: hay una gran parte de los Jueces que son realmente incorruptibles: Nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia.». El Tribunal Constitucional determinó que se trata de un juicio evaluativo que, aun habiendo sido exteriorizado con fines informativos, fue emitido en ejercicio de la libertad de expresión del art. 20.1 a), en el que no se imputan hechos concretos a determinadas personas, sino que se expresa, de manera generalizada e impersonal, la opinión de que algunos miembros del Poder Judicial cumplen insatisfactoriamente su deber jurisdiccional de administrar justicia, manifestada.²⁶ (En cuanto al interés público, véase en párr. 91)

- 21 La revista Tiempo publicó unas declaraciones realizadas por don León Degrelle, ex Jefe de las Waffen S.S., en relación con la actuación nazi con los judíos y con los campos de concentración, quien entre otros extremos afirmó lo siguiente: «¿Los judíos? Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios.» «El problema con los judíos -matiza Degrelle- es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan.» «Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa... Pero ya no surgen hombres como el Fürher... » [...] Observó el Tribunal Constitucional las declaraciones efectuadas han de incardinarse, antes que en la libertad de información, dentro del ejercicio de la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.), en relación con la libertad ideológica (art. 16.1 C.E.), puesto que, si bien en las mismas el demandado hace referencia a hechos históricos (en concreto respecto de la actuación nazi con los judíos durante la Segunda Guerra Mundial y de los campos de concentración), se limita a expresar su opinión y dudas sobre esos concretos acontecimientos históricos.²⁷
- 22 El álbum intitulado "Hitler = S.S", es una obra de ficción, sin la menor pretensión histórica. Por lo tanto, hay que situarlo en principio dentro de una lícita libertad de expresión, en cuya trama dialéctica y su urdimbre literaria se entremezclan ingredientes diversos, con preponderancia del crítico, reflejado en los muy abundantes juicios de valor.²⁸

²⁶ STC 107/1988, de 8 de junio Fj 3

²⁷ STC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 7

²⁸ STC 176/1995, de 11 de diciembre Fj 2

Ante la dificultad para deslindar claramente lo que es libertad de información y lo que constituye libertad de expresión, en algunos casos, el Tribunal Constitucional se ha referido conjuntamente a ambas libertades. En tales casos, de haberse lesionado alguna de las dos libertades señaladas, predominaría la libertad de expresión que tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto este último más amplio.²⁹ Sin embargo, frente a las afirmaciones de hechos, el tribunal valoró la veracidad de lo expresado. 23

El actor realizó unas declaraciones sobre presuntas irregularidades en la adjudicación de una obra municipal, reproducidas en el diario "El Día 16 de Baleares", y en las que se acusaba al Alcalde y al Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Lluçmajor de haber adjudicado las obras de pintura del Colegio Público en Son Veri a la empresa "Pinturas Pacheco" sin ajustarse a la normativa vigente, insinuándose que a cambio de lo cual ambos ediles y sus esposas habrían realizado un viaje a París, junto con el contratista. El Tribunal Constitucional determinó que, el recurrente perseguía primordialmente exponer su punto de vista como Concejal de la oposición sobre las irregularidades administrativas que se habían producido por el Alcalde y el Teniente de Alcalde encargado de urbanismo, en el otorgamiento de un contrato administrativo que, no siendo el más favorable económicamente, se había otorgado a un contratista con quien dichas autoridades municipales habían realizado después del otorgamiento del contrato un viaje a París. Realmente no son sólo estos hechos en sí mismo considerados, los que fundan la condena por desacato que impugna en amparo el Concejal recurrente, sino también las conclusiones que a los mismos atribuye el recurrente y que por incidir en el honor de los querellantes justifican, según las Sentencias impugnadas, la condena que en ellas se le impone. El Tribunal Constitucional analizó además la veracidad y el interés público de las noticias.³⁰ (*véase al respecto, párr. 92*) 24

El recurrente fue condenado por haber expresado públicamente, y así se recogió en dos periódicos, las irregularidades cometidas por la Teniente de Alcalde en la gestión de sus tareas municipales (inexistencia de Acuerdo municipal regulador de la creación de la "Casa de los Oficios" de Villaseca de Laciana, incumplimiento por parte de algunos becarios del requisito de la edad, cobro indebido de dietas por alguno de ellos, incluso por los no becarios, etc.). El Tribunal Constitucional estableció que el recurrente no 25

²⁹ STC 136/1994, de 9 de mayo Fj 3

³⁰ STC 19/1996, de 12 de febrero Fj 4

perseguía primordialmente comunicar información al resto de los conciudadanos, sino más bien exponer el punto de vista del Grupo de Concejales Independientes de Laciana en relación con la gestión que estaba realizando en determinada materia la Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Villablino. Por consiguiente, es el conflicto entre el derecho al honor de dicha Teniente de Alcalde y el derecho a la libertad de expresión del recurrente el que los órganos judiciales hubieron de ponderar y efectivamente ponderaron.³¹ El tribunal analizó además el requisito de veracidad (*véase en párr. 97*).

1.5 La libertad de expresión en el estado democrático

- 26 La libertad de expresión favorece que los ciudadanos accedan a la información necesaria para que sus decisiones sean libres y fundadamente tomadas, permite controlar a los poderes públicos, proponer cambios sociales, económicos o políticos, expresar el disenso y garantizar, en definitiva, el pluralismo de opiniones. Sin duda, la democracia manifiesta un interés por la libertad de expresión incluso superior a la que reivindicamos como particulares.³²
- 27 De las funciones que se han atribuido a la libertad de expresión es quizás, la función de ilustración, tanto sobre asuntos de relevancia pública como en cuanto garantía del intercambio de ideas u opiniones, la más importante y la que mayor calado aporta en el enfrentamiento de esta libertad con otros derechos o intereses.³³
- 28 El art. 20 de la Constitución tomado en su conjunto y en sus distintos apartados, constituye una garantía de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el art. 1. apartado 2, de la

³¹ STC 136/1994, de 9 de mayo Fj 1

³² Laporta, El derecho a informar y sus enemigos, pág. 14

³³ Valdecabres, Imparcialidad del juez y medios de comunicación, pág. 331

Constitución y que es la base de nuestra organización jurídico-política.³⁴

La garantía de una opinión pública libre reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas.³⁵ 29

1.6 La garantía institucional de la opinión pública

La dimensión objetiva o institucional del derecho a la libertad de expresión ha sido subrayada por la jurisprudencia constitucional. El art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional desde su STC 6/1981, de 16 de marzo, al poner reiteradamente de manifiesto que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña *«el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político»*.³⁶ 30

La comunicación de información veraz por medios de difusión asume un papel protagónico como principal vehículo privilegiado para la comunicación de la 31

³⁴ STC 12/1982, de 31 de marzo Fj 3

³⁵ SSTC 12/1982, de 31 de marzo Fj 3; 104/1986, de 17 de julio Fj 5; 159/1986, de 16 de diciembre Fj 6; de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 2

³⁶ SSTC 12/1982, de 31 de marzo Fj 3; 104/1986, de 17 de julio Fj 5; 159/1986, de 16 de diciembre Fj 6; 121/1989 FJ 2º; de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 2

opinión pública, institución esencial en un sistema democrático plural.³⁷ Es así como para algunas teorías funcionales la opinión pública llega a mostrarse como un instituto que garantiza el pluralismo, valor esencial en democracia, y a cuya conformación se ordena la libertad de información.³⁸

1.7 La libertad de expresión como derecho político

- 32 El Tribunal Constitucional ha advertido que, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar, no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos³⁹. El Estado democrático de derecho se realiza también a través de la garantía de un proceso de comunicación pública abierto, libre y plural en el que se someta al escrutinio del conjunto de los ciudadanos lo que dicen y hacen aquéllos que tienen atribuida la administración del poder público.⁴⁰ El derecho a la libertad de expresión tiene una dimensión trascendente u objetiva, pues mediante su ejercicio se propicia la formación tanto de opinión pública como de una ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son en plenitud, ni la democracia ni el pluralismo políticos.⁴¹
- 33 Desde otro punto de vista, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto al significado central del discurso político, particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político. La libertad de expresión adquiere unos márgenes especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo, que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus

³⁷ Valdecabres, Imparcialidad del juez y medios de comunicación, pág. 333

³⁸ Bastida, El régimen jurídico de la comunicación social, pág. 10

³⁹ STC de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 3

⁴⁰ STC 101/2003, de 2 de junio Fj 3

⁴¹ STC 65/2015, de 13 de abril de 2015 Fj 3

intereses, estándole *“permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto immoderado en sus observaciones”*, por lo que en ese contexto el control debe ser más estricto. Sin perjuicio de lo cual, el sujeto interviniente en el debate público de interés general debe tener en consideración ciertos límites y, singularmente, respetar la dignidad, la reputación y los derechos de terceros.⁴²

No compartimos el criterio del Tribunal Constitucional, en STC 177/2015, de 22 de julio Fj 4, según el cual el hecho de que los recurrentes no eran representantes electos, ni formaban parte de ningún grupo parlamentario, hubiera sido relevante para dejar de reconocer la especial valoración de la crítica política. 34

La imposición de penas de prisión por infracciones cometidas en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del CEDH en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia.⁴³ 35

1.8 La libertad de expresión y el derecho de reunión

En la jurisprudencia española se ha establecido reiteradamente la naturaleza instrumental del derecho de reunión, respecto de la libertad de expresión. El derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, ofrece un cauce del principio democrático participativo, en la medida en que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o 36

⁴² Con más referencias, STC 177/2015, de 22 de julio Fj 2

⁴³ STC 177/2015, de 22 de julio Fj 5

reivindicaciones.⁴⁴ De hecho para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones.⁴⁵ También en la doctrina española se afirma el contenido político de la libertad de reunión, así como su carácter de derecho de participación democrática.⁴⁶

- 37 El principio del pluralismo político se encuentra fuertemente vinculado con el derecho de libertad de expresión, del que es manifestación colectiva el derecho de reunión, siendo éste, al igual que la mencionada libertad, un derecho que coadyuva a la formación y existencia de la opinión pública, de forma tal que se convierte en una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, como lo son precisamente los derechos de participación política de los ciudadanos. Sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.⁴⁷
- 38 La relación entre los derechos de reunión y de libertad de expresión puede tener un carácter interno, en la medida en que la manifestación colectiva de la libertad de expresión es un elemento integrante del derecho de reunión.⁴⁸

⁴⁴ STC 85/1988, de 28 de abril Fj 2 ; STC 42/2000, de 14 de febrero Fj 2; STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

⁴⁵ STC 66/1995 Fj 3; STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

⁴⁶ López, El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español, pág. 99

⁴⁷ STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

⁴⁸ STC 85/1988, de 28 de abril

1.9 La libertad de investigación científica

1.9.1 *Contenido*

El Tribunal Constitucional había señalado inicialmente que el derecho a la 39
producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y
protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional [art. 20.1
CE], “*no es sino una concreción del derecho —también reconocido y protegido
en el apartado a) del mismo— a expresar y difundir libremente pensamientos,
ideas y opiniones*”.⁴⁹ Tal afirmación fue objeto de críticas. En el Voto particular
formulado por el Magistrado don Francisco Rubio Llorente, se advierte que, ni
la libertad de producción y creación literaria, artística, etc., es una concreción
del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho
autónomo.⁵⁰

La segunda alusión a esta libertad fundamental aparecerá en la STC 26/1987, de 40
27 de febrero, relativa a la Ley de Reforma Universitaria: “*el fundamento y
justificación de la autonomía universitaria que el art. 27.10 de la Constitución
reconoce, está, y en ello hay conformidad de las partes, en el respeto a la
libertad académica, es decir, a la libertad de enseñanza, estudio e
investigación.*”

En la STC 90/1992 aunque no llega a formularlo de manera expresa, la sentencia 41
mantiene la idea implícita de que la libertad de investigación científica
constituye un derecho fundamental autónomo e independiente de la libertad de
expresión, como se deduce de su referencia —en plural— a “*los derechos
reconocidos por los apartados a) y b) del art. 20.1 [CE]*”.⁵¹

⁴⁹ STC 153/1985, de 7 de noviembre FJ 5

⁵⁰ STC 153/1985, de 7 de noviembre Voto particular que formula el Magistrado don Francisco Rubio Llorente

⁵¹ Cabrera, El derecho fundamental a la libertad de investigación científica, pág. 134

- 42 Otra vertiente de la libertad de investigación, en su vertiente objetiva, habrá de constituir el principio rector que presida la configuración, por parte del legislador, de las estructuras jurídico-públicas, organizativas y procedimentales en cuyo seno y a través de las cuales se desarrolle materialmente la actividad científica protegida por el artículo 20.1.b) CE. Esta clasificación de la libertad científica no implica que el ejercicio del derecho por parte de su titular se encuentre en una relación directa de dependencia con respecto a un procedimiento estatal.⁵²

1.9.2 *Deslinde frente a las libertades de expresión e información*

- 43 En la medida en que no se pretende simplemente narrar unos hechos, sino que se busca también ofrecer una valoración historiográfica de los mismos, debemos entender que la conducta se inscribe en la libertad de producción y creación científica [art. 20.1 b) CE].⁵³
- 44 Mientras que las libertades de expresión e información se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, la libertad de producción y creación científica, participando también de contenidos propios de las libertades de expresión e información -pues no deja de ser una narración de hechos y una expresión de opiniones y valoraciones y, en consecuencia, información y libre expresión a los efectos del art. 20.1 a) y d) CE- se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo.⁵⁴

⁵² Cabrera, El derecho fundamental a la libertad de investigación científica, pág.141

⁵³ STC 43/2004, de 23 de marzo Fj 4

⁵⁴ STC 43/2004, de 23 de marzo Fj 5

1.9.3 *La investigación histórica*

La libertad científica hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre. Esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática.⁵⁵ 45

Las valoraciones y juicios sobre los hechos históricos, y no sólo sobre la actualidad o sobre el pasado más próximo, son tan inevitables como necesarios, sin perjuicio de la dificultad de que alcancen consenso o valoración unánime. Esto vale también para la reconstrucción científica del pasado que llamamos “*historiografía*”, un saber reconocible en atención a su adecuación a ciertos métodos, y no en virtud de una pureza tal, de otra parte inexigible, que prescinda de toda perspectiva ideológica o moral en la exposición del pasado. La posibilidad de que los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas depende de la existencia de una ciencia histórica libre y metodológicamente fundada. Sin diálogo con los juicios de los demás (con los del historiador, en lo que aquí importa) no resulta posible formar el propio juicio. No habría tampoco espacio -que sólo puede abrirse en libertad- para la formación de una conciencia histórica colectiva.⁵⁶ 46

1.9.4 *Injerencias sobre la libertad de investigación*

Además de la libertad de expresión y la libertad ideológica, en los conflictos suscitados por la difusión de propaganda revisionista también puede entrar en 47

⁵⁵ STC 43/2004, de 23 de marzo Fj 5; STC 235/2007, de 7 de noviembre FJ 8

⁵⁶ STC 43/2004, de 23 de marzo Fj 4

juego la libertad de investigación científica.⁵⁷

- 48 El Tribunal Constitucional ha establecido que las conductas descritas en el el art. 607.2 CP, el cual alude a la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio y afines], o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta amparada por la libertad científica [art. 20.1 b)].⁵⁸
- 49 La mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica. Sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección.⁵⁹

1.10 La libertad ideológica

- 50 El artículo 16 de la Constitución española garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la libertad ideológica comprende, tanto la dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones, como una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por

⁵⁷ Bilbao, La negación de un genocidio no es una conducta punible, pág.300

⁵⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre FJ 6

⁵⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre FJ 4

ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos.⁶⁰

Sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaaura. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978.⁶¹ 51

En cuanto a la afectación de la libertad ideológica, ha expresado el Tribunal Constitucional que, es cuando menos preciso, de una parte, que los actos de los poderes públicos perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento, y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios. De otra, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad.⁶² 52

En la doctrina se afirma que la trascendencia objetiva del derecho a la libertad ideológica se cifra en el principio de neutralidad política y en la renuncia del Estado a toda acción de adoctrinamiento político, filosófico o moral.⁶³ El principio de neutralidad ideológica del Estado supone que la renuncia del Estado de cualquier valoración positiva o negativa de las plurales expresiones ideológicas de la comunidad. Los poderes públicos deben abstenerse de participar en cualquier debate sobre ideas y creencias políticas, morales, 53

⁶⁰ SSTC 120/1992, de 27 de junio, FJ 8; 177/2015, de 22 de julio Fj 5

⁶¹ STC 20/1990, de 15 de febrero Fj 3

⁶² STC 177/2015, de 22 de julio Fj 5, con más referencias

⁶³ Jiménez, Libertad ideológica, pág. 144

filosóficas, estéticas, etc.⁶⁴

- 54 El Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del principio de neutralidad ideológica del Estado, en el marco del sistema educativo. En los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme en cuanto habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible. Libertad de cátedra es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales.⁶⁵
- 55 En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico.⁶⁶ En una democracia pluralista debe existir diversidad de ofertas educativas.⁶⁷
- 56 El principio antes citado, según el cual todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales, también ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional en materia de neutralidad religiosa.⁶⁸ El derecho a la libertad

⁶⁴ Nuevo, La Constitución educativa del pluralismo, pág. 72

⁶⁵ STC 5/1981, de 13 de febrero Fj 9

⁶⁶ STC 5/1981, de 13 de febrero Fj 9; Rollnert, La neutralidad ideológica del Estado y la objeción de conciencia a la «Educación para la Ciudadanía», pág. 286

⁶⁷ Nuevo, La Constitución educativa del pluralismo, pág. 74

⁶⁸ STC 34/2011, de 28 de marzo Fj 4. Con más referencias jurisprudenciales, Llamazares, Libertad de conciencia y laicidad en la Constitución española de 1978, pág. 132; Martín, El modelo actual de relación entre el estado y el factor religioso en España, pág. 89. En la doctrina, desde el punto de vista histórico, Morán, Comunidad Política y Religiosa,

religiosa de cada persona comprende la obligación de los Poderes Públicos de no imponer coactivamente el estudio de una confesión ideológica o religiosa determinada, al menos con contenido apologético y no puramente informativo. Tal sería el caso, si los Poderes Públicos impusieran a un no creyente el estudio del contenido ideológico, filosófico o dogmático de una determinada confesión con carácter apologético o con fines de adoctrinamiento.⁶⁹

El derecho a la libertad ideológica también se encuentra vinculado al derecho a la objeción de conciencia, tal como ha reiterado recientemente el Tribunal Constitucional, en el caso de un farmacéutico, que siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida se negó a la dispensación de un medicamento, debido a sus posibles efectos abortivos si se administra a una mujer embarazada.⁷⁰

57

1.11 La fidelidad del ciudadano a la Constitución

El Tribunal Constitucional ha dejado claro que, no tiene cabida en el ordenamiento constitucional español un modelo de "*democracia militante*" en el sentido de un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución.⁷¹

58

pág. 102.

⁶⁹ ATC 359/1985, de 29 de mayo Fj 3

⁷⁰ Sentencia del 25 de junio de 2015, recurso de amparo avocado núm. 412-2012

⁷¹ STC 48/2003, de 12 de marzo Fj 7. No compartimos la posición fijada por *Bilbao*, [La negación de un genocidio no es una conducta punible, pág. 332], en el sentido que en Alemania se impuso el modelo de la «*democracia militante*». Por el contrario, se tiene como punto de partida un reconocimiento amplio al derecho del ciudadano a compartir o cuestionar los valores establecidos en la Constitución (*véase en párr. ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*). También se considera protegido el derecho a expresar opiniones hostiles a la Constitución (*párr. ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*) e incluso la difusión de las ideas del nacionalsocialismo (*párr. ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.*). La libertad de opinión sólo puede ser objeto de limitación, en el caso de leyes penales que persiguen expresiones antisemitas o rasistas, cuando al mismo tiempo se hubiera producido una afectación de bienes jurídicos, tales como la dignidad humana o el derecho general de la personalidad (*párr.*

- 59 Al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución protege también a quienes la niegan. Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población. El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución.⁷²
- 60 Esta concepción se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas.⁷³
- 61 La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma de ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento. Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios, cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.).

⁷² STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4

⁷³ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4; STC de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 2

y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales.⁷⁴

Las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean —y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia— quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos.⁷⁵ 62

El Gobierno Vasco interpuso recurso de inconstitucionalidad, entre otros, contra la letra a) del art. 9.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos (LOPP), la cual se refiere a la actividad consistente en "*promover, justificar o exculpar los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual*". En criterio del Tribunal Constitucional, la ley no castiga los programas o las ideologías sino las actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia. De tal forma, no se abre ningún resquicio a la que se ha llamado "democracia militante" y no hay, por consiguiente, vulneración alguna de las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información.⁷⁶ Los comportamientos y actividades descritos en sus apartados 2 y 3 podrán, en su caso, por su generalidad y abstracción, proyectarse sobre cualquier partido, cualesquiera que fueren sus fines, aspiraciones o ideologías. Y ello porque el precepto no atiende a fines, sino a la actividad antidemocrática desplegada para alcanzar los que libremente se haya marcado un partido pero al margen de los procedimientos legalmente instaurados. Lo determinante no es el fin, sino, precisamente, la conducta contraria a las reglas del juego democrático.⁷⁷ 63

El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda 64

⁷⁴ STC 48/2003, de 12 de marzo Fj 7

⁷⁵ SSTC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 8; 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4

⁷⁶ STC 48/2003, de 12 de marzo Fj 10

⁷⁷ STC 48/2003, de 12 de marzo Fj 14

idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los “*principios democráticos de convivencia*” a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo.⁷⁸

⁷⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4

2 LO EXPRESADO EN UNA REUNIÓN

2.1 Lo expresado durante una reunión

El Tribunal Constitucional ha resaltado que el contenido expresado durante una reunión no puede justificar su limitación. El concepto de orden público con peligro para personas y bienes del art. 21 CE debe ser interpretado como una “*situación de hecho*”, es decir, el orden en sentido material en los lugares de tránsito público y no como un orden sinónimo de respeto a principios y valores jurídicos y metajurídicos, puesto que el contenido de las ideas sobre las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio de este derecho no puede ser sometido a controles de oportunidad política,⁷⁹ o a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado, controles sobre el contenido del discurso reivindicativo proscrito por la Constitución.⁸⁰

En efecto, al ponderar la aplicación del límite del art. 21.2, los poderes públicos deben garantizar el ejercicio del derecho de reunión por parte de todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna en razón del contenido de los mensajes que los promotores de las concentraciones pretenden transmitir, salvo que ese contenido infrinja la legalidad.⁸¹

El Tribunal Supremo ha interpretado que el lema de la convocatoria a la concentración: “*autrem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades (paremos el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes)*”, expresa su significado gramatical, “*parar*” es “*detener*”, “*impedir*” el normal desarrollo de la función parlamentaria, y hacerlo además con ocasión del debate previsto para reformas presupuestarias que, a juicio de los acusados, iban a implicar un recorte de los derechos sociales y los servicios públicos. Esta finalidad no queda oscurecida, por el hecho de que en una rueda de prensa celebrada

⁷⁹ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3; STC 301/2006, de 23 de octubre Fj 2

⁸⁰ STC 193/2011, de 12 de diciembre FJ. 3

⁸¹ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 3; STC 193/2011, de 12 de diciembre FJ. 3

días antes "... dos portavoces de los movimientos sociales (declararan) que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar". Ninguna interferencia provoca esa proclamación fáctica para el juicio de subsunción. De una parte, porque esa afirmación acerca de la finalidad que animaba la convocatoria se pone en boca de dos portavoces no identificados, de cuya participación en los hechos nada dice el juicio histórico. De otra parte, porque encierra una contradicción insalvable afirmar que no se pretende impedir el funcionamiento del Parlament y añadir inmediatamente después que lo que verdaderamente se persigue es "... detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos (...) que se iban a aprobar". Y es que mal se puede evitar la aprobación de unas medidas legislativas sin impedir u obstaculizar el funcionamiento del órgano parlamentario en el que aquéllas van a ser aprobadas.⁸²

2.2 El lenguaje simbólico

Caso: Jaume Roura

Con motivo de la visita institucional de S. M. el Rey a la ciudad de Gerona, Jaume y Enric, quemaron previa colocación boca abajo de una fotografía de gran tamaño de SS. MM. los Reyes de España en una concentración al finalizar el transcurso de una manifestación que se encontraba encabezada por una pancarta que decía "300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española", celebrada en protesta de la visita real a la ciudad de Girona, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza. La Audiencia Nacional les condenó como autores de un delito de injurias contra la Corona, a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses, con una cuota diaria de tres euros.⁸³

- 68 El Tribunal Constitucional ha establecido que, aunque las más genuinas formas de expresión consisten en manifestaciones orales o escritas, las personas pueden igualmente comunicar o expresar sus ideas y opiniones mediante conductas,

⁸² STS 812/2015 de 17 de marzo Fj 5G

⁸³ STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

hechos o comportamientos no verbales que, en tal consideración, son también manifestaciones de la libertad de expresión. Por ello, las personas también pueden manifestar sus ideas y opiniones mediante un lenguaje simbólico (symbolic speech), o bien mediante otras conductas expresivas (expressive conduct). El componente significativo o expresivamente inocuo de determinados símbolos, actitudes o conductas dependerá, pues, del contexto que integre las circunstancias del caso.⁸⁴

No resulta del todo claro, si el análisis de las conductas descritas como lenguaje simbólico, debe ser encuadrado exclusivamente en el ámbito de protección de la libertad de expresión, de la libertad ideológica,⁸⁵ o si también es aplicable el derecho de reunión. 69

La delimitación entre la libertad de expresión y la libertad ideológica, garantizada en el art. 16 CE, es realizada en la doctrina, según la forma de su exteriorización. Las manifestaciones protegidas por la libertad ideológica serían aquellas que no se expresan a través del lenguaje verbal o escrito, sino a través del lenguaje simbólico, a que alude la jurisprudencia norteamericana.⁸⁶ 70

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece rechazar esa posibilidad. La libertad ideológica ha sido aplicada por el Tribunal Constitucional en el caso de la huelga de hambre reivindicativa por reclusos;⁸⁷ pero también en el caso de artículos periodísticos;⁸⁸ mientras en que el caso de opiniones verbales injuriosas, ha sido aplicada la libertad de expresión.⁸⁹ Como se observa, el Tribunal Constitucional no realiza una delimitación entre los derechos a la libertad ideológica y de expresión, en base al principio de especialidad, sino que aplica ambos derechos en forma concurrente, como lo 71

⁸⁴ STC 177/2015, de 22 de julio Fj 3

⁸⁵ Voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, en STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

⁸⁶ Jiménez, Libertad ideológica, pág. 145

⁸⁷ STC 120/1990, de 27 de junio Fj 10

⁸⁸ STC 20/1990, de 15 de febrero

⁸⁹ STC 232/2002, de 9 de diciembre

indica expresamente en el caso de las afirmaciones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración.⁹⁰

72 La aplicación concurrente de ambos derechos no ha sido empleada, sin embargo, en el sentido de la aplicación de menor grado de limitación, tomando en cuenta que la libertad de expresión tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en la Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20 IV), mientras que la libertad ideológica sólo puede ser limitada, cuando sea necesario para el mantenimiento del orden público (art. 16 I). El Tribunal ha indicado que la libertad ideológica no puede ser utilizada para eludir los límites de la libertad de expresión, pero la visión globalizada de ambos derechos obligaría a partir de ese derecho fundamental y no entenderlo simplemente absorbido por las libertades de expresión e información.⁹¹

73 La aplicación concurrente de la libertad ideológica y de expresión ha sido más relevante desde el punto de vista de la valoración de la conducta. La libertad ideológica también participa del valor preferente que ha sido reconocido a la libertad de expresión, a partir de la concepción de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores. Según el Tribunal Constitucional, la libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial del ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran.⁹² La

⁹⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4 y 9

⁹¹ STC 20/1990, de 15 de febrero Fj 3; Voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, en la STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

⁹² STC 20/1990, de 15 de febrero Fj 5; Jiménez, Libertad ideológica, pág. 144. La doctrina no es uniforme en cuanto al contenido de la libertad ideológica. Un sector de la doctrina afirma que la libertad ideológica no es separable de la libertad religiosa: Polo, En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española,

conurrencia produce una ampliación del campo de acción del ejercicio de la libertad de expresión.⁹³

Una interpretación distinta ha sido sostenida por la *Magistrada doña Encarnación Roca Trías*, quien sostiene la aplicación exclusiva de los parámetros del artículo 16, según el cual la libertad ideológica sólo puede ser limitada, cuando sea necesario para el mantenimiento del orden público.⁹⁴ 74

Esquema del Caso: Jaume Roura

La sanción penal constituye una afectación al ámbito de protección de los derechos a la libertad de expresión, a la libertad ideológica y a la libertad de reunión. La destrucción de un retrato oficial posee un innegable y señalado componente simbólico [FJ 3]. La condenatoria persigue un fin legítimo, al efecto, la protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que hace con otras altas Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional [FJ 3]. Estos elementos mixtos impiden separar el ámbito de protección de los derechos de libertad. En cuanto a los derechos de libertad de expresión y de libertad ideológica, utilizaremos la valoración reforzada del último, pero con los límites más amplios del primero. 75

La afectación se encuentra establecida en una ley formal, en el Código Penal.

La influencia del derecho a la libertad de expresión puede producirse, bien en la interpretación del término “*injuria*”, o bien como una causa de justificación. El lenguaje simbólico acarrea dificultades en la interpretación. Ante la imposibilidad de descartar una interpretación que no conduce a la sanción penal, estimamos que la quema de una fotografía no debe ser considerada suficiente para sugerir una acción violenta o un lenguaje del odio, ni la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados. Estimamos, con el voto particular discrepante de la *Magistrada doña Encarnación Roca Trías*, que el acto tenía el objetivo era mostrar el rechazo a la visita del Monarca a Cataluña, por lo que constituye un aporte a la formación de la opinión pública, en un asunto sujeto al debate político.⁹⁵ Por tal motivo, la conducta no merece

pág. 139. Mientras que Peralta, Libertad ideológica y libertad de expresión, pág. 253, afirma que la libertad ideológica como libertad de pensamiento se identifica esencialmente con el concepto de libertad de conciencia que exige, así mismo, el derecho a adquirir, a desarrollar y a expresar las propias convicciones en libertad

⁹³ STC 105/1990, de 6 de junio Fj 4

⁹⁴ Voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, en la STC, de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009

⁹⁵ No compartimos el criterio sostenido en STC 177/2015, de 22 de julio Fj 4, según el cual el hecho de que los recurrentes no eran representantes electos, ni formaban parte

el reproche penal, desde el punto de vista de la libertad de expresión e ideológica. Tampoco puede afirmarse la afectación del orden público, en el sentido del peligro o la afectación de bienes jurídicos concretos, por lo que la sanción también sería contraria al derecho de reunión.

de ningún grupo parlamentario, hubiera sido relevante para dejar de reconocer la especial valoración de la crítica política.

3 ELEMENTOS PARA LA VALORACIÓN

3.1 El interés público y la libertad de expresión

El Tribunal Constitucional ha reconocido a la libertad de expresión una posición preferente, en razón de su dimensión constitucional, cuando se ejercite en conexión con asuntos que sean de interés general y contribuyan a la formación de una opinión pública libre y plural.⁹⁶ 76

Por argumento en contrario, aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación de la libertad de expresión, las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.⁹⁷ 77

El valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los 78

⁹⁶ STC 185/2002, de 14 de octubre Fj 3

⁹⁷ STC 107/1988, de 8 de junio FJ 2

cuales no existe sociedad democrática.⁹⁸

3.2 El interés general y el derecho a la información

- 79 La protección constitucional de la libertad de información depende de que ésta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública.⁹⁹ Sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad, sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena.¹⁰⁰
- 80 En cuanto a la relevancia pública de la información, el Tribunal Constitucional ha subrayado que dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos *'noticiables'* por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada.¹⁰¹
- 81 No toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no

⁹⁸ STC 107/1988, de 8 de junio Fj 2

⁹⁹ STC 10 de febrero de 2014, recurso de amparo núm. 2285-2011 Fj 6

¹⁰⁰ STC 10 de febrero de 2014, recurso de amparo núm. 2285-2011 Fj 6

¹⁰¹ STC 018/2015 Fj 5

afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea.¹⁰²

Una vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante, la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen, pues no cabe privar incondicionalmente a la persona de la capacidad de decidir sobre qué aspectos de ella desea preservar de la difusión pública.¹⁰³ 82

La hipotética incidencia sobre el medio ambiente de una determinada actividad empresarial es, sin duda, cosa de interés general y de interés también, cualificadamente, para una asociación ecologista.¹⁰⁴ 83

Un conjunto de fotografías que muestran el cuerpo de una actriz desde distintos ángulos y en diferentes posturas, comenzando por la fotografía de cuerpo entero de la demandante en top-less que la revista reproduce en portada, no tienen un interés público digno de protección constitucional.¹⁰⁵ 84

Los comentarios vertidos en el programa “*Crónicas Marcianas*” sobre la relación sentimental de un Ministro del Gobierno no constituyen una materia de interés público.¹⁰⁶ 85

Aspectos relevantes de la vida personal y privada de una joven agredida sexualmente, como lo son su propia identidad y la circunstancia de su virginidad, debieron mantenerse reservados, por tratarse de un hecho tan gravemente atentatorio para su dignidad personal.¹⁰⁷ 86

¹⁰² STC 176/2013, de 21 de octubre Fj 7

¹⁰³ STC 018/2015 Fj 4

¹⁰⁴ STC 65/2015, de 13 de abril Fj 4

¹⁰⁵ STC 10 de febrero de 2014, recurso de amparo núm. 2285-2011 Fj 8

¹⁰⁶ STC 176/2013, de 21 de octubre Fj 7

¹⁰⁷ STC 185/2002, de 14 de octubre Fj 4

3.3 Personas con relevancia pública

- 87 Las expresiones controvertidas surgen en el curso de una discusión pública que versa sobre asuntos de interés público y que atañe a personas con relevancia pública, de una parte, excluye, en principio, la afectación de la intimidad y, de otra, amplía los límites de la crítica permisible, tanto por la pauta que representa el modo normal en que tales polémicas discurren cuanto por el interés público subyacente. De modo que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información, no sólo críticas inofensivas o indiferentes “*sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar*”.¹⁰⁸

3.4 Críticas contra funcionarios públicos

- 88 Desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar, no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos.¹⁰⁹ Las actuaciones y resoluciones judiciales pueden ser objeto de pública crítica por los ciudadanos y la libertad para hacerlo tiene, sin duda alguna, la firme garantía de lo dispuesto en el art. 20.1 a) CE.¹¹⁰ Los funcionarios públicos tienen la carga de tolerar las críticas que se haga a su conducta sobre la actividad en ejercicio de cargos públicos.¹¹¹ Ello es así porque en la base de toda sociedad democrática está la formación de una opinión pública libre y plural que, en principio y salvo excepcionales limitaciones, puede tener acceso a la información que afecta al

¹⁰⁸ STC 127/2004, de 19 de julio Fj 3

¹⁰⁹ STC de 22 de julio de 2015, recurso de amparo núm. 956-2009 Fj 3; STC 65/2015, de 13 de abril Fj 4

¹¹⁰ STC 65/2015, de 13 de abril Fj 4

¹¹¹ STC 101/2003, de 2 de junio Fj 3; STC 19/1996, de 12 de febrero Fj 3

funcionamiento de las instituciones públicas.¹¹²

Para determinar si el ejercicio de las libertades de información y de expresión opera o no como causa excluyente de la tipicidad o antijuridicidad, depende de si su finalidad tiende a un mejor funcionamiento de los poderes públicos y a evitar irregularidades o disfunciones cuyo conocimiento pueda impedir conductas lesivas para la sociedad.¹¹³ 89

El Rector de la Universidad debe responder ante sus electores, y ante la sociedad en general, por los detalles de su gestión en los asuntos que tiene encomendados. Las críticas que vayan dirigidas al Rector afectan a una persona que tiene una obligación de soportarlas mayor que la de un ciudadano cualquiera.¹¹⁴ 90

El alcalde del municipio realizó diversas declaraciones al periódico *“La Voz de Galicia”*, en las que, refiriéndose al comandante jefe de puesto de la guardia civil en el propio municipio, calificó su actuación de *“prepotente”*, indicando también *“que la actuación de tal mando podía responder a los intereses de la autovía”*. Las expresiones controvertidas surgen en el curso de unas manifestaciones vecinales relacionadas con asuntos de evidente interés público, aun en su dimensión local, concretamente con la realización de ciertas obras en el término municipal, que el Alcalde consideraba contrarias a los intereses de su comunidad. La frase proferida por el Alcalde, por otra parte, constituía una crítica referida a la labor de un funcionario público y se circunscribía a su actuación en el ejercicio de su cargo y sus funciones. Sin embargo, las manifestaciones realizadas constituyeron un ataque a la reputación del Sargento comandante. Además, respecto de él no implicaba crítica política alguna, caso en el que se habría ensanchado el campo de expresión del demandante, ni tampoco se expusieron como conclusiones críticas de un comportamiento previamente expuesto. Fueron simples frases despectivas desconectadas de cualquier razonamiento que las explicase o justificase. Por todas estas razones, es claro que la frase analizada constituyó un ejercicio desmesurado y exorbitante de la libertad de expresión.¹¹⁵ (*En cuanto al deslinde entre hechos y opiniones, véase en párr. 19*) 91

El actor realizó unas declaraciones sobre presuntas irregularidades en la adjudicación de 92

¹¹² STC 19/1996, de 12 de febrero Fj 3

¹¹³ STC 19/1996, de 12 de febrero Fj 2

¹¹⁴ STC 101/2003, de 2 de junio Fj 5

¹¹⁵ STC 278/2005, de 7 de noviembre Fj 5

una obra municipal, reproducidas en el diario "El Día 16 de Baleares", y en las que se acusaba al Alcalde y al Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Lluçmajor de haber adjudicado las obras de pintura del Colegio Público en Son Veri a la empresa "Pinturas Pacheco" sin ajustarse a la normativa vigente, insinuándose que a cambio de lo cual ambos ediles y sus esposas habrían realizado un viaje a París, junto con el contratista. El Tribunal Constitucional determinó que las afirmaciones del recurrente se produjeron en el plano del irregular funcionamiento de las instituciones públicas y que las mismas no fueron gratuitas o infundadas, y la abundante documentación obrante en los folios sumariales así lo abonan.¹¹⁶ El interés público de las noticias difundidas era patente, en razón de que no se trataba de cuestiones personales, sino que, dentro de la función fiscalizadora que corresponde a la oposición, se hicieron determinadas imputaciones de hechos en las tareas de gobierno, como crítica de la gestión de los asuntos municipales en una concreta actuación administrativa.¹¹⁷ (*En cuanto a la concurrencia entre hechos y opiniones, véase en párr. 24*)

El art. 490.3 del Código penal (CP) tipifica un delito de naturaleza pública, a cuyo través se protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a lo que la figura del Rey representa. No obstante, el honor y la dignidad del monarca también forman parte del bien jurídico protegido por el precepto, siempre que la ofensa tenga que ver con el ejercicio de sus funciones o se produzca con ocasión de dicho ejercicio. Ahora bien, la protección penal que ofrece el art. 490.3 CP no implica que el Rey, como máximo representante del Estado y símbolo de su unidad, quede excluido de la crítica especialmente por parte de aquéllos que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales del Estado, incluido el régimen monárquico. Y ello a pesar de la posición de neutralidad que el monarca ocupa en el debate político y del hecho de no estar sujeto a responsabilidad, pues tales circunstancias no pueden suponer un obstáculo al libre debate sobre su posible responsabilidad institucional o, incluso, simbólica, dentro de los límites del respeto a su reputación.¹¹⁸

3.5 Las críticas a las instituciones públicas

Caso: Nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia

El demandante de amparo, objetor de conciencia al servicio militar, en una entrevista

¹¹⁶ STC 19/1996, de 12 de febrero Fj 3

¹¹⁷ STC 19/1996, de 12 de febrero Fj 4

¹¹⁸ STC 177/2015, de 22 de julio Fj 3, con más referencias

relativa a una condena que se le había impuesto por el delito de injurias al Ejército y que fue publicada en el periódico «*Diario 16*», expresó, entre otras, las siguientes opiniones: «*Es increíble que a mí me metan siete meses y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey*» y «*esto me confirma una idea que ya tenía arraigada: hay una gran parte de los Jueces que son realmente incorruptibles: Nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia.*».

El derecho al honor tiene en la Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública.¹¹⁹ 93

Una vez deslindada la afectación de la dignidad, prestigio y autoridad moral de las instituciones públicas y el interés público de la materia sobre la cual recae la opinión, la libertad de expresión se ejerce en condiciones que, constitucionalmente, le confieren el máximo nivel de eficacia preferente y, en consecuencia, que la lesión inferida a la dignidad de clase determinada del Estado encuentra justificación en la protección que merece el ejercicio de dicha libertad.¹²⁰ 94

Esquema del Caso: Nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia
El Tribunal Constitucional determinó que se trata una materia de interés público y en 95

¹¹⁹ STC 107/1988, de 8 de junio Fj 2

¹²⁰ STC 107/1988, de 8 de junio Fj 3

términos que inciden en el prestigio de una institución del Estado, pero no en el honor de personas individualizadas. En segundo lugar, estableció el tribunal que, teniendo en cuenta el contexto en que se producen -una entrevista periodística dirigida a la información pública-, su alcance de crítica impersonalizada en la que no se hacen imputaciones de hechos a Jueces singularizados, cuyo honor y dignidad personal no resultan afectadas y el interés público de la materia sobre la cual recae la opinión -el funcionamiento de la Administración de Justicia-, cuando, como ocurre en este caso, no traspasa los límites que se dejan anteriormente establecidos, aunque la opinión emitida merezca los calificativos de acerba, inexacta e injusta, la libertad de expresión se ejerce en condiciones que, constitucionalmente, le confieren el máximo nivel de eficacia preferente y, en consecuencia, que la lesión inferida a la dignidad de clase determinada del Estado encuentra justificación en la protección que merece el ejercicio de dicha libertad.¹²¹ (*En cuanto al deslinde entre hechos y opiniones, véase en párr. 20*)

3.6 La información veraz

- 96 En cuanto a la diligencia del periodista y de su medio de comunicación en la indagación de la veracidad de lo comunicado ha de recordarse que información veraz en el sentido del art. 20.1 d) CE significa información “*comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o insidias*”.¹²²
- 97 El recurrente fue condenado por haber expresado públicamente, y así se recogió en dos periódicos, las irregularidades cometidas por la Teniente de Alcalde en la gestión de sus tareas municipales (inexistencia de Acuerdo municipal regulador de la creación de la “*Casa de los Oficios*” de Villaseca de Laciara, incumplimiento por parte de algunos becarios del requisito de la edad, cobro indebido de dietas por alguno de ellos, incluso por los no becarios, etc.). El Tribunal Constitucional se refirió en primer lugar, al deslinde entre las libertades de expresión y de información (*véase en párr. 25*). El tribunal estableció que, no puede decirse realmente que las afirmaciones objeto de la condena penal eran gratuitas o infundadas, la propia resolución judicial impugnada afirma que “*existen algunas discrepancias y contradicciones referidas a unos concretos*

¹²¹ STC 107/1988, de 8 de junio Fj 3

¹²² STC 105/1990 FJ 5

alumnos", y la abundante documentación obrante en los folios sumariales así lo abonan. El hecho de que la información no fuera del todo exacta no impide su calificación de veraz, a los efectos constitucionales. Existían unas irregularidades, y como tales fueron denunciadas. No hubo, pues, falta de diligencia ni la información se basó en meros rumores carentes de todo fundamento real.¹²³

En todo caso le es exigible al profesional de la información una actuación 98 razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone, para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz, tal obligación, *"sin embargo, debe ser proporcionada a la transcendencia o características concretas de la información que se comunica, dependiendo necesariamente de las circunstancias que concurran en el caso de que se trate. La contrastación de la noticia no es, pues, un término unívoco, sino que, más allá de su genérica formulación como deber, exige matizaciones casuísticas"*.¹²⁴

3.6.1 *El nivel de diligencia exigible*

Según ha señalado el Tribunal Constitucional, cuando se trate de comunicación informativa de hechos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz. Ello no significa, no obstante, que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada, pues el requisito constitucional de veracidad significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias.¹²⁵

Para poder apreciar si la diligencia empleada por el informador es suficiente, a 99 efectos de entender cumplido el requisito constitucional de la veracidad, deben tenerse en cuenta diversos criterios. En primer lugar, el nivel de diligencia exigible adquiere su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona

¹²³ STC 136/1994, de 9 de mayo Fj 1

¹²⁴ STC 52/2002 Fj 7

¹²⁵ STC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 6

a la que la información se refiere.¹²⁶

- 100 Ha de valorarse también la trascendencia de la información, criterio, no obstante, cuya aplicación puede deparar consecuencias diferentes, pues, si bien es verdad que la trascendencia de la información puede exigir un mayor cuidado de contraste; no se detienen ahí los cánones a utilizar en la precisión de la frontera entre la actividad informativa y el derecho al honor, pues constituye también un criterio de modulación el de la condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado por la información.¹²⁷
- 101 También es relevante cuál es el objeto de la información, si la ordenación y presentación de hechos, que el medio asume como propios, o la transmisión neutral de manifestaciones de otro.¹²⁸
- 102 Por otra parte, otras circunstancias pueden contribuir a perfilar el comportamiento debido del informador en la búsqueda de la verdad, tales como el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, entre otros elementos.¹²⁹
- 103 La comunicación que la Constitución protege es, ciertamente, la que transmite información veraz.¹³⁰ En este sentido, es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional español, desde la STC 6/1988, que el *“requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información”*, para negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones

¹²⁶ STC 52/2002 Fj 7

¹²⁷ STC 52/2002 Fj 7

¹²⁸ STC 52/2002 Fj 7

¹²⁹ STC 52/2002 Fj 7

¹³⁰ STC 240/1992

o insinuaciones.¹³¹

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, “ningún deber de diligencia quebranta el informador al transmitir inalterado un dato contenido en la sentencia que es objeto de la noticia. Información veraz en el sentido del art. 20.1 d) CE significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o insidias”. La información rectamente obtenida y difundida es digna de protección aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.¹³²

En cuanto a la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, que resultan innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, “teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 C.E.”.¹³³

El requisito de la información relativo a la veracidad de la información ha de interpretarse como la exigencia de que el informador haga su trabajo con diligencia, contrastando información, considerando los medios disponibles y el tipo de noticia. La exigencia de una veracidad absoluta dificultaría de un modo extremo la labor periodística; pero, el engaño intencional en la transmisión de una información no está amparado constitucionalmente.¹³⁴

La veracidad a que se refiere el Art. 20.1 d) de la CE no debe identificarse con la idea de objetividad, ni con la “realidad incontrovertible” de los hechos, pues ello implicaría la constricción del cauce informativo a aquellos hechos o

¹³¹ STC 6/1988

¹³² STC 46/2002

¹³³ STC 105/1990

¹³⁴ Sanjurjo, Manual de derecho a la información, pág. 61-78

acontecimientos de la realidad que hayan sido plenamente demostrados. Tal como ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional, el requisito constitucional de veracidad de la información art. 20.1 d) C.E, no está ordenado a procurar la concordancia entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, de manera tal que proscriba los errores o inexactitudes en que pueda incurrir el autor de aquella, sino que, más propiamente, se encamina a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo que transmita como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia.¹³⁵

- 108 Además, que el específico deber de diligencia que incumbe al informador es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado, o bien se trate de una información asumida por el medio y su autor como propia, en cuyo caso, el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no justifica atenuación o flexibilización alguna, sino que debe ser requerido en todo su rigor.¹³⁶
- 109 Cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si ésta puede mencionarse en la información misma.¹³⁷
- 110 La exigencia de veracidad en la información actúa en esencia como límite de la misma. A juicio del Tribunal Constitucional, la imposición de contrastar de forma suficiente las noticias, supondría unas restricciones sobre el ejercicio profesional del periodismo, intolerables, descontando que la verdad, entendida como adecuación de la información a la realidad, es en su forma absoluta

¹³⁵ STC 144/1998

¹³⁶ STC 144/1998

¹³⁷ Sanjurjo, Manual de derecho a la información, pág. 61-78

imposible, dado que la única verdad absolutamente racional es el silencio.¹³⁸

Para el Tribunal Constitucional, cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, y sí estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. Para el citado Tribunal el ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a quien comunique como hechos simples rumores, o peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible.¹³⁹ 111

En definitiva, la información veraz no es la que coincide con la verdad absoluta, ni la que se aproximará a la verdad judicial, porque ésta está por determinar. La información veraz es la rectamente obtenida, y en la que el informador puso toda su diligencia y medios a su alcance. Es la información constatada y comprobada, la que se obtiene en fuentes de solvencia, ya sean éstas informativas o no. La información veraz es en definitiva la obtenida de acuerdo a un procedimiento profesional, a los cánones del periodismo.¹⁴⁰ 112

3.6.2 *El reportaje neutral*

Adicionalmente, es necesario hacer referencia a la noción de reportaje neutral, a cuyo respecto, el Tribunal Constitucional español establece con carácter definitorio la exigencia de determinados requisitos, de acuerdo con los cuales el objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan 113

¹³⁸ Rebollo, Límites a la libertad de comunicación pública, pág. 233

¹³⁹ STC 105/1990

¹⁴⁰ Rebollo, Límites a la libertad de comunicación pública, pág. 235

hechos lesivos al honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticias y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas.¹⁴¹ De modo que se excluyen el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones.¹⁴²

- 114 El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tenga en el conjunto de la noticia. De modo tal que en caso de reelaboración de la noticia no hay reportaje neutral.¹⁴³
- 115 De acuerdo con el Tribunal Constitucional, en aquellas ocasiones en las que el medio de comunicación social no hace sino reproducir lo que un tercero ha dicho o escrito, divulgando lo que así ha transcrito, no sólo actúa como soporte y medio de difusión de las opiniones o informaciones transmitidas por ese tercero, a cuya responsabilidad deben imputarse por entero, sino que, además, el medio de comunicación ejerce su derecho a comunicar libremente información veraz con tal reproducción de las declaraciones de otro. Así pues, lo relevante en estos casos no es si el medio de comunicación ha obrado como simple canal de difusión de lo que otros han dicho, o si, es el propio medio de comunicación quien realiza una entrevista que luego publicará, incluso en el caso de que medie un pago en metálico por ello, sino la neutralidad del medio de comunicación en la transcripción de lo declarado por ese tercero.¹⁴⁴
- 116 Por tanto, estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de

¹⁴¹ STC 41/1994
¹⁴² SSTC 190/1996, 52/1996
¹⁴³ STC 144/1998
¹⁴⁴ SSTC 134/1999, 22/1995

comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público.¹⁴⁵

3.6.3 *El derecho de rectificación y la información veraz*

El procedimiento de rectificación, dada la necesidad de su celeridad, y para evitar perjuicios a quien lo ejercita, no se convierte en un juicio de veracidad de los hechos. Manifiesta el Tribunal Constitucional que “la sumariedad del procedimiento verbal, de la que es buena muestra que sólo se admitan las pruebas pertinentes que puedan practicarse en el acto, exime sin duda al Juzgador de una indagación completa tanto de la veracidad de los hechos difundidos o publicados como de la que concierne a los contenidos en la rectificación, de lo que se deduce que, en aplicación de dicha Ley, puede ciertamente imponerse la difusión de un escrito de réplica o rectificación que posteriormente pudiera revelarse no ajustado a la verdad.¹⁴⁶ 117

Por ello, la resolución judicial que estima una demanda de rectificación no garantiza en absoluto la autenticidad de la versión de los hechos presentada por el demandante, ni puede tampoco producir, como es obvio, efectos de cosa juzgada respecto de una ulterior investigación procesal de los hechos efectivamente ciertos. No cabe la menor duda de que con el derecho a la rectificación, incluso en el caso de que su contenido no se ajuste a la verdad, no se limita el ejercicio del art. 20.1 d) de la CE. La divulgación de dos versiones de unos mismos hechos no menoscaba el derecho a la información veraz, es el procedimiento de una información plural, favorece más que perjudica el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad. Por otro lado, previene la posible lesión de los derechos que al sujeto objeto de la información 118

¹⁴⁵ SSTC 134/1999, 22/1995

¹⁴⁶ STC 41/1994

corresponden, y por último, el ejercicio del derecho de rectificación no supone que la información dada por el medio de comunicación no sea veraz, de la misma forma que no se le obliga a rectificar la información dada, porque la inserción de la rectificación no supone una sanción jurídica derivada de la inexactitud de lo publicado.¹⁴⁷

119 De lo anterior se deduce que el derecho de rectificación no tiene como objetivo único la reparación del daño causado por una información, esta circunstancia se determinará en el correspondiente proceso civil o penal. De igual forma no se insta únicamente el procedimiento cuando existe un posible e inminente perjuicio o lesión de un derecho del aludido en la información. En el derecho de rectificación se yuxtaponen pretensiones objetivamente delimitadas por nuestro ordenamiento jurídico, por un lado la de obtener la verdad de los hechos referidos en una información dada en un medio de comunicación, y de otro, proteger los derechos presuntamente lesionados por aquélla.¹⁴⁸

120 Además, y como el propio Tribunal Constitucional ha reiterado, el derecho de rectificación no impide la averiguación de la veracidad de la información por otros procedimientos. En última instancia, el hacer radicar en el proceso de rectificación la constatación de la verdad también impediría al sujeto pasivo de la información dar su versión de los hechos, que en última instancia es uno de los objetivos primordiales de este derecho.¹⁴⁹

3.7 El exceso en el ejercicio del derecho

121 También es interesante, a los efectos de determinar la adecuada valoración del ejercicio de la libertad de expresión en el Estado democrático, la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el caso *Aturem el*

¹⁴⁷ STC 41/1994

¹⁴⁸ STC 41/1994

¹⁴⁹ STC 41/1994

Parlament, según la cual es posible admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia. Tal valoración sería especialmente aplicable cuando los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social.¹⁵⁰

Señaló la Audiencia Nacional que, aún cuando la Constitución no reconoce el mandato imperativo y prohíbe la presentación de peticiones colectivas por medio de manifestaciones (art. 67.2 y 77.1), en alguna medida, la protesta se dirigía al corazón del concepto y del modo de ejercicio de la democracia en nuestros sistemas, porque meses antes se habían celebrado elecciones en las que, al decir de quienes convocaban la manifestación, los partidos de gobierno, que habían conseguido la mayoría, no habían planteado ni propuesto en sus programas el recorte del gasto social que ahora iban a acometer. La protesta que ejercían moldeaba algo parecido a lo que se ha conocido como acción de revocatoria de mandatos, una forma de intervención democrática directa para el control de la representación.¹⁵¹ El criterio expuesto no fue compartido sin embargo por el Tribunal Supremo. 122

Desde otro punto de vista, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto al significado central del discurso político, particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político, estándole “*permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones*”, por lo que en ese contexto el control debe ser más estricto.¹⁵² 123

¹⁵⁰ SAN 31/2014 de 7 de julio, Fj 2.1

¹⁵¹ SAN 31/2014 de 7 de julio, Fj 2.1

¹⁵² Con más referencias, STC 177/2015, de 22 de julio Fj 2

4 LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1 Delimitación y limitación

El Tribunal Constitucional ha advertido que no existen derechos ilimitados. 124 Todo derecho tiene sus límites que, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.¹⁵³ Incluso en los casos, en que, la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución.¹⁵⁴

La distinción entre la limitación y la delimitación de los derechos fundamentales 125 se encuentra referida a si determinados elementos o condicionamientos del derecho fundamental derivan de la propia definición constitucional, o son impuestos externamente por el legislador. La consecuencia de la distinción gira en torno a la aplicación de la garantía del contenido esencial, prevista en el art. 53.1 CE.

Para evitar la sustracción de determinadas normas al control del art. 53,1, 126 *Jiménez Campo* insiste en sugerir un empleo estricto del término limitación, frente a un concepto amplio de la delimitación. De tal forma, la limitación

¹⁵³ STC 2/1982, de 29 de enero Fj 5; ATC 103/1982, de 3 de marzo Fj 1; STC 110/1984, de 26 de noviembre Fj 5

¹⁵⁴ STC 39/2016, de 3 de marzo Fj 3

externa estaría referida sólo a los pocos casos en que la Constitución apodera al legislador para restringir la titularidad o el ejercicio de un derecho y a otros casos en los que la Constitución prevé la privación singular de un derecho. Por su parte, el concepto amplio de la delimitación comprendería la delimitación directa, en el sentido de la descripción del derecho fundamental y la delimitación indirecta, en el sentido del reconocimiento de otros derechos y bienes que fijan los límites inmanentes del derecho. Entre las delimitaciones directas se ubicarían por ejemplo los elementos de violencia y porte de armas en una manifestación.¹⁵⁵

- 127 En los supuestos de colisión de la libertad de expresión [art. 20.1 a)] con el honor (art. 18.1 C.E.), El Tribunal Constitucional ha establecido límites, sin dar absoluta prevalencia a ninguno de ellos. No siempre el derecho al honor personal puede invalidar el de la libertad de expresión -presupuesto de una sociedad libre y democrática-, lo cual podrá ocurrir, en la hipótesis de una tipificación y condena penal suficientemente clara y fundada en Derecho, hasta el punto de que los propios juzgadores hayan valorado su recíproca incidencia y matizado, a la vista de la ley penal (principio de legalidad), la transcendencia y el alcance de las expresiones injuriosas o calumniosas, es decir, el límite o frontera entre el dolo penal, la intención maliciosa, y el ejercicio de la libertad de expresión, para, finalmente, establecer la sanción a la que la Ley penal obliga.¹⁵⁶

4.2 La involución en la interpretación amplia

4.2.1 *La interpretación amplia*

- 128 El Tribunal Constitucional ha señalado, haciéndose eco de la sentencia del

¹⁵⁵ Jiménez, Derechos fundamentales, pág. 40

¹⁵⁶ ATC 76/1987, de 21 de enero Fj 2

TEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso "*Handyside*"), que la libertad de expresión protege no sólo la expresión de opiniones consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática.¹⁵⁷

Las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia-, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C.E.), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos.¹⁵⁸ 129

Esta misma perspectiva habría llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la segunda guerra mundial, a señalar que "*la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión*" y estimar que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo.¹⁵⁹ En el mismo fallo, advirtió el Tribunal Constitucional que, si bien, la regla general de la libertad de expresión garantizada en el art. 10 CEDH puede sufrir excepciones en aplicación del art. 17 CEDH, sin embargo, tal mecanismo 130

¹⁵⁷ SSTC 62/1982, FJ 5, caso "A Ver"; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 177/2015, de 22 de julio Fj 2

¹⁵⁸ SSTC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 8; 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4

¹⁵⁹ SSTC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 8; 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4. Una posición distinta es sostenida por *Gascón*, [Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década, pág. 316], quien considera que este criterio no ha sido establecido por la jurisprudencia del TEDH, sino que es una interpretación de la jurisprudencia de este Tribunal que realiza el Tribunal Constitucional.

no tiene parangón en el ordenamiento constitucional español.¹⁶⁰

- 131 El art. 10 CEDH no protege sólo las ideas e información objeto de expresión, sino también la forma en que se plasman, por lo que su jurisprudencia en relación con tal precepto abarca las modalidades habituales de expresión (discurso oral y escrito), pero también otros medios menos obvios de expresión, como la exhibición de símbolos o la realización de conductas aptas para transmitir opiniones, ideas o información.¹⁶¹

4.2.2 *La exclusión del ámbito de protección*

- 132 A pesar de la tendencia inicialmente descrita, la cual permitía afirmar que, bajo la libertad de expresión cabe manifestar todo tipo de opiniones incluso las más repugnantes y execrables,¹⁶² sin embargo, el Tribunal Constitucional ha dado un giro importante en su esquema de control. El tribunal ha hecho expresa referencia a la controversial doctrina del TEDH, relativa al abuso del derecho, para declarar que, una conducta, por ser una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, la cual no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].¹⁶³ Véase en párr. 455

4.3 El principio de proporcionalidad

- 133 La utilización del principio de proporcionalidad en España se ha generalizado a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Aunque este principio

¹⁶⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 5

¹⁶¹ STC 177/2015, de 22 de julio Fj 3

¹⁶² Catoira, Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales, pág. 217

¹⁶³ STC 112/2016, de 20 de junio Fj 6

no se encuentra constitucionalizado de forma expresa, sin embargo, la noción de proporcionalidad sí se encuentra implícita en diversos preceptos constitucionales, como el que limita la duración de la detención preventiva al tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 17.2) o el que circunscribe las manifestaciones de las libertades ideológica, religiosa y de culto, a las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (art. 16.1), entre otros.¹⁶⁴ El Tribunal Constitucional ha señalado como fundamento del principio de proporcionalidad, la cláusula del Estado de derecho (art. 1.1 CE), la justicia como valor superior (art. 1.1 CE) o el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), así como, la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).¹⁶⁵

A lo largo de los años ochenta y noventa del pasado siglo, el Tribunal aplicó en numerosas ocasiones un juicio “conjunto”, de razonabilidad y proporcionalidad en asuntos en los que estaba en juego la garantía de derechos. Este control implicaba tomar en consideración “todas las circunstancias” antes de pronunciarse sobre la “fundamentación, racionalidad y proporcionalidad” de la norma o actuación impugnada.¹⁶⁶ 134

La primera sentencia en la que el TC alude expresamente al test de proporcionalidad, integrado por los tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto es la Sentencia 66/1995 de 8 de mayo. Así, en el fundamento jurídico 5º, dicha sentencia proclama que, para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto –la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes–; si, 135

¹⁶⁴ Ruiz/de la Torre, Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad, pág. 41

¹⁶⁵ Roca/Ahumada, Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, pág. 8

¹⁶⁶ Roca/Ahumada, Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, pág. 8

además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.¹⁶⁷ En efecto, son numerosas las sentencias judiciales y medidas administrativas que el Tribunal Constitucional ha dejado sin efecto por entender no superaban el test de proporcionalidad.¹⁶⁸

- 136 El Tribunal Constitucional aplica el llamado “*test alemán*” con sus consabidos tres estadios (controles sucesivos de adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto). En cuanto al juicio de razonabilidad, en su aplicación más relevante, que es la que se proyecta sobre el ámbito de acción del principio de igualdad, se refleja la directa influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo e incorpora, seguramente también a través de esta misma jurisprudencia, importantes aspectos de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de “*equal protection*”.¹⁶⁹
- 137 En el supuesto de una colisión de derechos fundamentales, prevalecerá uno u otro en función de las circunstancias. En cada caso de colisión habrá que llevarse a cabo una ponderación de los derechos en juego para determinar cuál de ellos prevalecerá en ese caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, si bien en otras ocasiones podrá ceder ante el derecho que ahora se sacrifica.¹⁷⁰

¹⁶⁷ STC 66/1995, de 8 de mayo Fj 5; Ruiz/de la Torre, Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad, pág. 43; Ruiz, La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales, pág. 69

¹⁶⁸ Ruiz/de la Torre, Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad, pág. 43

¹⁶⁹ Roca/Ahumada, Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, pág. 5

¹⁷⁰ Ruiz, La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales, pág. 63

5 LIMITACIONES AL DERECHO

5.1 El derecho al honor

El derecho al honor tiene en la Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas. También es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad.¹⁷¹ 138

La titularidad de este derecho subjetivo se asigna, en la Ley y en la doctrina legal del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes. Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplos.¹⁷² 139

No obstante su dispersión geográfica, el pueblo judío en su conjunto identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la Diáspora al Holocausto, quien recibe como tal grupo humano las inectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano.¹⁷³ 140

La persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga 141

¹⁷¹ STC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 6

¹⁷² STC 176/1995, de 11 de diciembre Fj 3

¹⁷³ STC 176/1995, de 11 de diciembre Fj 3

desmerecer en la consideración ajena. las personas jurídicas. A través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor.¹⁷⁴

- 142 No cabe excluir a los partidos políticos de la protección que dimana del derecho al honor frente a aquellas afirmaciones y expresiones que los difamen o los hagan merecer en la consideración ajena. Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al aceptar que la protección de la reputación y el honor (art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos) se predique también respecto de los partidos políticos.¹⁷⁵
- 143 Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa.¹⁷⁶
- 144 El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d), citado como tal de modo expreso en el párrafo 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión [artículo 20.1 a)] y/o del de la libertad de comunicar información por

¹⁷⁴ STC 79/2014, de 28 de mayo Fj 3

¹⁷⁵ STC 79/2014, de 28 de mayo Fj 3

¹⁷⁶ STC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 6. También en este sentido, Gascón, Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década, pág. 315

cualquier medio de difusión [art. 20.1 d)] resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras.¹⁷⁷

Es cierto que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del art. 5.2 de la Ley Fundamental alemana) como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del art. 20, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático».¹⁷⁸ 145

Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor; o, dicho con otras palabras, el hecho de que el art. 20 de la Constitución «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática», otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales.¹⁷⁹ 146

El art. 18.1 CE otorga rango de derecho fundamental, igual al del derecho a expresarse libremente, al de no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás, sin que el art. 20.1 a) CE tutele un pretendido derecho al insulto, pues 147

¹⁷⁷ STC 104/1986, de 17 de julio Fj 5

¹⁷⁸ STC 104/1986, de 17 de julio Fj 5

¹⁷⁹ STC 104/1986, de 17 de julio Fj 5

la "reputación ajena", en expresión del art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos, constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar.¹⁸⁰

148 Al mismo tiempo, el derecho fundamental al honor viene limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente, al ser todos de igual naturaleza fundamental y, por lo tanto, de obligada coexistencia. Por lo que, según las circunstancias del caso, cabe la posibilidad de que la reputación tenga que soportar restricciones, viéndose cuestionada cuando la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa o se opina así lo requiera.¹⁸¹

149 Por otra parte, la exigencia de tutelar el derecho de información no puede significar que se dejen vacíos de contenido los derechos fundamentales de quienes resulten afectados por el ejercicio de aquél, que sólo han de sacrificarse en la medida en que ello resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, tal como establece el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos.¹⁸²

150 No merecen protección constitucional aquellas informaciones en que se utilicen insinuaciones insidiosas o vejaciones dictadas por un ánimo ajeno a la función informativa o cuando se comuniquen, en relación a personas privadas, hechos que afecten a su honor o a su intimidad y que sean innecesarios e irrelevantes para lo que constituye el interés público de la información. En tales casos ha de estimarse que el medio de comunicación no se utiliza con una finalidad informativa, sino en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información y que, por tanto, no está amparado en el art. 20.1 d) CE, por carecer de la necesaria relevancia pública.¹⁸³

180 STC 127/2004, de 19 de julio Fj 5, con más referencias

181 STC 127/2004, de 19 de julio Fj 5

182 STC 121/2002, de 20 de mayo FJ 4

183 STC 121/2002, de 20 de mayo FJ 4

5.2 El respeto a la dignidad humana

El reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales.¹⁸⁴ La tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista.¹⁸⁵ 151

La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean.¹⁸⁶ 152

El Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia, del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.¹⁸⁷ 153

Por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, el Tribunal Constitucional ha concluido que el art. 20.1 CE no garantiza “*el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento*” 154

¹⁸⁴ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 5

¹⁸⁵ STC 177/2015, de 22 de julio Fj 2

¹⁸⁶ SSTC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 8; 235/2007, de 7 de noviembre Fj 5

¹⁸⁷ STC 177/2015, de 22 de julio Fj 2

de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”.¹⁸⁸

- 155 En virtud de la dignidad humana carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas. Igualmente, atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista.¹⁸⁹
- 156 En las declaraciones publicadas, el demandado efectuó juicios ofensivos al pueblo judío («... si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios...»; «... quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan...»). El Tribunal Constitucional estableció que se trata de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, lo cual es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 C.E.).¹⁹⁰
- 157 En el álbum intitolado "Hitler = S.S", "se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel" (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de "conductas ... inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales..." A lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas

¹⁸⁸ SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 235/2007, de 7 de noviembre Fj 5

¹⁸⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 5

¹⁹⁰ STC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 8

margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros. La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas constituye un uso de la libertad de expresión, que niega la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, por lo que se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional.¹⁹¹

5.3 La paz pública

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia del Tribunal Supremo 158 distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia, y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. En idéntico sentido la doctrina científica lo define como "*...la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana...*".¹⁹²

El Tribunal Constitucional ha señalado que, ni el ejercicio de la libertad 159 ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social.¹⁹³

¹⁹¹ STC 176/1995, de 11 de diciembre Fj 5
¹⁹² STS 6448/2009, de 13 de octubre Fj 2
¹⁹³ STC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 8

6 EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

- 160 El art. 53 I CE consagra la reserva de ley establecida para los derechos fundamentales. Sólo por ley puede ser regulado el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II. Es la Ley la que ha de establecer las determinaciones esenciales, el núcleo del régimen jurídico, cuando se trata de normas que inciden directamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos.¹⁹⁴ La Ley y no el reglamento es la única fuente posible de aquellas normas que implican una “*sujeción general*” de los ciudadanos o que está reservado a la Ley todo cuanto atañe a la libertad y la propiedad.¹⁹⁵ De tal forma, se admite una reserva general respecto de todo acto del poder público que limite la libertad del individuo, derivada del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.¹⁹⁶ El Legislador ostenta una posición especial frente a los restantes Poderes Públicos, en razón de su mayor legitimidad democrática, no sólo por motivos históricos, sino además por la representación plural de minorías y las garantías de publicidad, contradicción y debate que rigen el procedimiento parlamentario.¹⁹⁷
- 161 En cuanto a la determinación de otras materias reservadas, además de los derechos fundamentales, la doctrina desestima la posibilidad de utilizar reglas generales,¹⁹⁸ sino que realiza un examen analítico en cada una de las normas constitucionales que hacen referencia a la ley, en base a una presunción, en el

¹⁹⁴ Rubio, El principio de legalidad, pág. 26; de Bartolomé, Derechos fundamentales y libertades públicas, pág. 270. Una posición distinta es asumida por De Otto, Derecho constitucional, pág. 156, quien rechaza toda regla general de la reserva legal, sino que afirma en su lugar, la existencia de un extenso y complejo sistema de reservas específicas en la Constitución Española.

¹⁹⁵ Rubio, El principio de legalidad, pág. 27

¹⁹⁶ Santamaría, Principios de derecho administrativo, Vol. I, pág. 346

¹⁹⁷ Ignacio de Otto, Derecho constitucional, pág. 153

¹⁹⁸ Santamaría, Principios de derecho administrativo, Vol. I, pág. 346; De Otto, Derecho constitucional, pág. 156; Villacorta, Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español, pág. 524

sentido que toda remisión constitucional a la ley constituye una reserva legal y, adicionalmente, una interpretación teleológica e histórica de la norma.¹⁹⁹

En cuanto al tipo de norma que puede establecer la reserva legal, se alude a la reserva material, establecida por la norma constitucional, y a la reserva formal, que deriva de una regulación legislativa que excluye la posibilidad de innovación por parte del reglamento, bien en forma expresa, o bien implícitamente, cuando la regulación es exhaustiva y excluyente.²⁰⁰ 162

6.1 La reserva de ley orgánica

El art. 81 CE establece una reserva de ley orgánica de las normas de desarrollo de los derechos fundamentales. Dentro del derecho fundamental, protegible en vía de amparo, se encuentra comprendido el derecho a que la norma que impone una limitación al derecho revista el carácter de ley orgánica. Se trata de una garantía para los diversos derechos enunciados en la Constitución, de la cual derivan límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. El que se requiera una ley orgánica, que exige un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía frente al mismo legislador a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho fundamental. La vulneración de la garantía de ley orgánica supone la del mismo derecho.²⁰¹ 163

El ámbito de aplicación de la reserva de ley orgánica resulta controvertido. Se discute si el mismo sólo está referido al Capítulo II, Sección 1ª (arts. 15 a 29), denominada “de los derechos fundamentales y las libertades públicas”;²⁰² o si comprende la totalidad de los derechos comprendidos en el Título I.²⁰³ El 164

¹⁹⁹ Santamaría, Principios de derecho administrativo, Vol. I, pág. 346

²⁰⁰ Santamaría, Principios de derecho administrativo, Vol. I, pág. 344

²⁰¹ STC 140/1986, de 11 de noviembre Fj 6; STC 159/1986, de 16 de diciembre Fj 2

²⁰² De Otto, Derecho constitucional, pág. 116

²⁰³ Villacorta, Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español, pág. 545

término “*desarrollo*” no estaría referido al derecho sino a la norma que lo consagra.²⁰⁴ No se trata de cualquier regulación que afecte el ámbito de protección de un derecho fundamental, sino aquella que regule los elementos básicos para su ejercicio.²⁰⁵

- 165 El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 de la C.E., es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social.²⁰⁶
- 166 Las normas penales suponen un desarrollo del derecho a la libertad, aparte de otros derechos fundamentales. No existe un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. En este sentido el Código Penal y en general las normas penales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 de la C.E., por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas.²⁰⁷
- 167 El internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos sólo puede ser acordada en base a una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1²⁰⁸
- 168 La condena por delitos previstos y penados en el art. 1 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, supondría una vulneración del mencionado precepto constitucional por cuanto dicha norma no reúne las condiciones constitucionalmente exigidas, esto es, el carácter de Ley Orgánica.²⁰⁹
- 169 La regulación del derecho de reunión, al cauce de los arts. 53.1 y 81 de la Constitución,

204 De Otto, Derecho constitucional, pág. 117

205 de Bartolomé, Derechos fundamentales y libertades públicas, pág. 271

206 STC 140/1986, de 11 de noviembre Fj 5

207 STC 140/1986, de 11 de noviembre Fj 5; STC 160/1986, de 16 de diciembre Fj 4

208 STC 131/2010, de 2 de diciembre de 2010 Fj 4

209 STC 159/1986, de 16 de diciembre Fj 2

debe realizarse mediante una Ley orgánica.²¹⁰

6.2 La reserva legal en materia sancionatoria

El art. 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas. Se infiere también de tal precepto que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y, asimismo, que la Ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión.²¹¹ El principio de legalidad penal contenido en el art. 25.1 exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por norma legal y, por consiguiente, que la eventual extinción o modificación del tipo o la alteración de la pena hayan de realizarse asimismo por norma de igual rango.²¹² 170

Como fundamentos del principio de legalidad en materia penal se alude a los principios democráticos y de seguridad jurídica, en su doble condición de garantía de los derechos del ciudadano frente al Estado y de instrumento al servicio del fin de prevención general.²¹³ El principio general de legalidad recogido en el art. 25.1 de la C.E. respecto de toda norma sancionatoria, se traduce en la exigencia de que asuman rango legal, como resulta de la reserva explícita que lleva a cabo el art. 53.1 de la C. E. al disponer que solo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.²¹⁴ El principio de legalidad penal implica, al menos, la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior 171

²¹⁰ STC 36/1982, de 16 de junio Fj 3

²¹¹ STC 8/1981, de 30 de marzo Fj 3

²¹² STC 8/1981, de 30 de marzo Fj 4

²¹³ López, La reserva constitucional de ley en materia penal, pág. 120

²¹⁴ STC 140/1986, de 11 de noviembre Fj 5

(lex previa) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (lex certa).²¹⁵ El art. 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, el cual comprende una doble garantía, formal y material.²¹⁶

6.2.1 *El mandato de taxatividad o de lex certa*

- 172 La garantía material, deriva del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. Por esta razón, la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador.²¹⁷
- 173 Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. El principio de tipicidad está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica. El legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación.²¹⁸

²¹⁵ STC 127/1990, de 5 de julio Fj 3

²¹⁶ STC 13/2013, de 28 de enero Fj 2, jurisprudencia reiterada

²¹⁷ STC 13/2013, de 28 de enero Fj 2

²¹⁸ STC 62/1982, de 15 de octubre de 1982 Fj 3

El principio de legalidad también es conciliable con las llamadas leyes penales en blanco, esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.²¹⁹ 174

La garantía formal, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones y sostiene, que el término legislación vigente contenido en el art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora.²²⁰ En el ámbito penal estricto, debe entenderse como de reserva absoluta de ley, e, incluso, respecto de las penas privativas de libertad de ley orgánica.²²¹ 175

El Tribunal Constitucional ha establecido que, al aplicar automáticamente los órganos judiciales las normas sobre autoría del Código Penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho informativo, se habría producido una extensión de la Ley Penal mediante una interpretación analógica en contra del acusado, que el mencionado precepto de la Constitución impide.²²² 176

²¹⁹ STC 127/1990, de 5 de julio Fj 3

²²⁰ STC 13/2013, de 28 de enero Fj 2

²²¹ STC 127/1990, de 5 de julio Fj 3

²²² STC 159/1986, de 16 de diciembre Fj 8

6.2.2 *El principio de legalidad penal reforzado*

- 177 El Tribunal Constitucional ha establecido que, cuando un órgano judicial aplica una norma penal que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad ex art. 25.1 CE deviene aún más reforzada [*ver en detalle, párr. 248*].²²³

6.2.3 *El deber de motivación reforzada*

- 178 *Caso 36: Partido Andalucista*
El recurrente cursó la pertinente comunicación para la realización de un mitín en el Centro Social La Nava. Comoquiera que también había cursado comunicación para el mismo día, lugar y hora el Partido Izquierda Unida-Los Verdes, fue prohibida la celebración de ambos mítines. Por ello, decidió la celebración de su acto en un olivar aledaño al salón de actos de referencia, que no es de tránsito público.
Las resoluciones judiciales han estimado que los hechos relatados constituyen una conducta delictiva tipificada en el art. 144.1 b) LOREG, de acuerdo con el cual «serán castigados ... quienes lleven a cabo alguno de los actos siguientes: infringir ... las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral». El solicitante de amparo no habría satisfecho el requisito establecido en el art. 8 LODR. Este precepto dispone lo siguiente en su párrafo primero: «La celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberá ser comunicada por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente ...». ²²⁴ [*Ver el esquema en párr. 182*]

- 179 El principio de legalidad penal impone por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los

²²³ STC 88/2003, de 19 de mayo Fj 8

²²⁴ STC 196/2002, de 28 de octubre

que sí contempla.²²⁵

A ello se suma, que las resoluciones judiciales que incidan en el contenido de un derecho fundamental sustantivo pesa un deber de motivación reforzada, por comparación con el específicamente derivado del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE. Por lo que a la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras se refiere, ésta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad, hallándose en todo caso vinculadas por los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva, que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos "programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente". Concretamente, la previsibilidad de tales decisiones debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Desde esta doble perspectiva es preciso examinar en qué medida el ejercicio del poder punitivo supera las exigencias del juicio de proporcionalidad en sede constitucional.²²⁶

Para ello es preciso que la decisión judicial sancionadora identifique (o bien sea posible hacer la identificación a partir de su contenido y estructura) el bien jurídico de relevancia constitucional por el que se limita el derecho fundamental afectado. Asimismo, ese juicio ponderativo ha de venir informado por el principio del favor libertatis, lo que conlleva que las limitaciones al ejercicio del derecho fundamental sean interpretadas y aplicadas de tal modo que no sean más intensas que las estrictamente necesarias para la preservación de ese otro bien jurídico constitucionalmente relevante con el que se enfrenta. Es preciso que se hagan expresas las razones que determinan la antijuridicidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que

²²⁵ STC 196/2002, de 28 de octubre Fj 7

²²⁶ STC 196/2002, de 28 de octubre Fj 5

exige la licitud constitucional del castigo. Ello equivale a afirmar que, por referencia específica al supuesto ahora examinado, la motivación de las resoluciones judiciales ha de determinar con precisión aquellos extremos fácticos que sitúan a la reunión o manifestación fuera del ámbito constitucional de protección.²²⁷

- 182 *Esquema del Caso: Caso 36: Partido Andalucista*
La sanción penal impuesta afecta una conducta protegida por el derecho de reunión y, por ello amparada por la garantía de reserva legal penal. El mitín fue realizado en un espacio abierto «en las inmediaciones de tránsito público», por lo que no se encuentra dado el tipo penal, que se refiere a la realización de una reunión en «lugares de tránsito público», a los que específica y exclusivamente se refieren los arts. 21.2 CE y 8 LODR. Se trata de una interpretación analógica in malam partem no acorde con el contenido del derecho fundamental ejercitado. La infracción del principio de legalidad penal, afecta directamente al contenido de la libertad de reunión (art. 21 CE).

6.2.4 *La interpretación de elementos abiertos del tipo*

- 183 El Tribunal Constitucional ha establecido que el delito de desórdenes públicos se encuadra dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado y que al encerrar un tipo abierto que precisa de una valoración jurídica, ha de ser interpretado de conformidad con la Constitución, pues los conceptos de “*paz pública*” y de “*orden público*” no son los mismos “*en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho*”.²²⁸
- 184 Según el tribunal, el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Las limitaciones que se establezcan a la libertad de reunión deben responder a supuestos derivados de la Constitución, en los casos en que resulte indubitablemente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional

²²⁷ STC 196/2002, de 28 de octubre Fj 5

²²⁸ STC 59/1990 Fj 4

fijado.²²⁹

De acuerdo con el análisis realizado por el Tribunal Constitucional, debe 185 determinarse si los manifestantes infringieron o no los requisitos que, para las reuniones en lugares de tránsito público, exige el art. 21 de la Constitución, esto es, el requisito de preaviso, así como con el carácter no violento de la manifestación.²³⁰ Una vez constatado el cumplimiento de tales requisitos específicos, tan sólo restaría examinar si existen otros límites constitucionales que condicionan el libre ejercicio de dicho derecho y si tales límites fueron cumplidos o no por los manifestantes.²³¹ El tribunal analizó al efecto la posible limitación derivada de la paz pública y del derecho a la libre circulación.

En cuanto a la paz pública, el Tribunal Constitucional recordó que, de acuerdo 186 con el criterio del Tribunal Supremo, tal concepto puede verse infringido mediante acciones que *«propendan a intranquilizar a las gentes... o a perturbar o impedir el funcionamiento normal de los servicios públicos»*. Una vez descartada la existencia de una perturbación a la paz pública, el Tribunal Constitucional concluyó que la exclusiva invocación del derecho a la libertad de circulación no puede legitimar la negación del derecho de manifestación, ni la limitación de aquel derecho habría revestido en el caso concreto, una entidad suficiente para justificar el sacrificio del derecho fundamental de reunión pacífica. Por tal motivo, la Sentencia impugnada resultó ser manifiestamente desproporcionada, puesto que no había efectuado un adecuado juicio de ponderación entre el libre ejercicio del derecho de manifestación y sus límites constitucionales, exigidos por el art. 21 de la Constitución.²³²

²²⁹ STC 59/1990 Fj 4

²³⁰ STC 59/1990 Fj 5

²³¹ STC 59/1990 Fj 7

²³² STC 59/1990 Fj 9

6.3 La garantía de irretroactividad

6.3.1 *El principio de irretroactividad*

- 187 El fundamento del principio de irretroactividad de la Ley penal se identifica con el del principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido a posteriori con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho. En el ámbito del Derecho Penal, la estricta prohibición de retroactividad que incluye el art. 25.1 C.E. está referida a la retroactividad en perjuicio del reo, dado que aquélla ha de ceder allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad -protección del autor frente a las penas sobrevenidas-, se produciría un perjuicio para el sujeto.²³³
- 188 En virtud de este art. 25.1, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*).²³⁴

6.3.2 *La retroactividad favorable*

- 189 La retroactividad favorable es considerada como el reverso complementario de la irretroactividad de las normas penales cuando consisten en prohibir y reprimir, contenido negativo en suma, in *malam partem*; la retroactividad obligada de aquellas otras que operen en el sentido opuesto y por tanto en favor y al aire de la libertad en su acepción más plena por eliminar ciertas conductas del catálogo de las infracciones punibles o castigarlas con menor severidad o

²³³ STC 21/1993, de 18 de enero Fj 4

²³⁴ STC 8/1981, de 30 de marzo Fj 3

dureza.²³⁵

La doctrina minoritaria alude como fundamento del principio de retroactividad favorable, al principio de intervención mínima. El límite cronológico del ius puniendi como conjunto de normas y como potestad, comprende tanto la interdicción de la irretroactividad de la ley más severa, como la retroactividad obligada de la más benigna, no por compasión, humanitatis causa, ni tampoco por virtud del principio in dubio pro reo, sino por razones de justicia, como valor constitucional preferente y norte del Estado de Derecho, con la libertad por delante, que en la coyuntura aquí contemplada juegan un papel decisivo. Efectivamente, cuando el legislador promulga una ley penal más suave está reconociendo implícitamente al menos, que la precedente más severa no se acomoda a las exigencias de justicia de la sociedad coetánea. No parece coherente admitir a priori la posibilidad de que dos poderes públicos, el legislativo y el judicial funcionen cada uno a su aire, exonerando y castigando a la vez las mismas conductas por mor del tiempo en que sucedieron. Es evidente que para evitar tal distonía debe prevalecer la ley nueva que refleja las convicciones del pueblo, a través de sus representantes, en tan preciso momento y, por tanto, pone el listón del mínimo ético o aplica el principio de intervención mínima para no dar lugar a situaciones injustas, en las que personas distintas por idénticos hechos (acciones u omisiones) pudieran ser castigados unos y exonerados otros de responsabilidad penal total o parcialmente por la mera circunstancia de haberlas realizado con horas o incluso minutos de diferencia.²³⁶

Desde sus primeras sentencias sobre la materia, el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de la retroactividad de la Ley penal favorable, la cual deriva de la interpretación a contrario sensu del art. 9.3. Este principio ya estaba

²³⁵ Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado del Tribunal Constitucional, respecto de la Sentencia que pone fin al recurso de amparo núm. 154/90

²³⁶ Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado del Tribunal Constitucional, respecto de la Sentencia que pone fin al recurso de amparo núm. 154/90

recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3.²³⁷

- 192 Pero del análisis del artículo 25.1 no se infiere que este precepto reconozca a los ciudadanos un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una Ley penal más favorable que la anteriormente vigente, sino que el principio de legalidad sólo garantiza la irretroactividad de las normas penales, garantía que se halla explícitamente recogida en su tenor literal.²³⁸ Por tanto, no existe un derecho de carácter constitucional susceptible de amparo a la aplicación de la ley penal más beneficiosa,²³⁹ motivo por el cual no puede acudirse por vía del amparo para denunciar la inaplicación retroactiva de una norma sancionadora más favorable.²⁴⁰

²³⁷ STC 8/1981, de 30 de marzo Fj 3 doctrina reiterada ATC 241/2003, de 14 de julio Fj 3
²³⁸ STC 8/1981, de 30 de marzo Fj 3 doctrina reiterada; crítico de esta posición, Frigols, Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español, nota 464
²³⁹ ATC 876/1986, de 29 de octubre Fj1
²⁴⁰ SCT 85/2006, de 27 de marzo Fj 4, con más referencias

7 EL EFECTO IRRADIANTE

7.1 La eficacia irradiante

La teoría del efecto irradiante ha tenido amplia recepción en la doctrina constitucional española.²⁴¹ El Tribunal Constitucional ha establecido que las libertades de expresión y de comunicar y recibir información constituyen un valor objetivo esencial del Estado democrático y como tal, dotado de valor superior o eficacia irradiante.²⁴² 193

De allí deriva una situación de valor superior o de eficacia irradiante que traslada el conflicto a un distinto plano. No se trata ya de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión, penalmente sancionada, del derecho al honor, para lo cual continúa siendo inevitable la utilización del criterio del *amimus injuriandi*, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan o no como causa excluyente de la antijuridicidad.²⁴³ Tal valor preferente, sin embargo, no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como fundamento de la opinión pública, solamente puede legitimar las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales cuando tales informaciones guarden congruencia con esa finalidad, es decir, cuando resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y no lleven la intromisión en la intimidad o el honor de otros más allá de lo necesario para 194

²⁴¹ Bacigalupo, La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal, pág. 303

²⁴² STC 112/2006, de 5 de abril Fj 11

²⁴³ SSTC 165/1987, de 27 de octubre Fj 10; 107/1988, de 8 de junio Fj 2; 121/1989, de 3 de julio Fj 2; ATC 297/1990, de 16 de julio Fj 3; STC 85/1992, de 8 de junio Fj 4; STC 219/1992, de 3 de diciembre Fj 2; STC 15/1993, de 18 de enero Fj 1

alcanzar esa finalidad.²⁴⁴

- 195 El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor penalmente sancionables, ya que la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* para el enjuiciamiento de este tipo de delitos. Existen en consecuencia dos perspectivas que es necesario integrar, la que enjuicia la conducta del sujeto en relación al honor y la que la valora en relación a la libertad de información o expresión, y sólo de la ponderada valoración de las circunstancias fácticas del supuesto desde ambas ópticas puede ser resuelto de manera constitucionalmente adecuada el conflicto de derechos fundamentales presente en este tipo de casos.²⁴⁵
- 196 La integración de esa doble perspectiva obliga al órgano judicial que haya apreciado lesión del derecho al honor a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual ha inferido la lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y es sobre el resultado de esa valoración donde al Tribunal Constitucional le compete efectuar su revisión con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta constitucionalmente legítimo o denegarlo en el supuesto contrario.²⁴⁶
- 197 El Tribunal Constitucional ha declarado la infracción del derecho a la libertad de expresión por parte de una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción por haber aplicado el art. 570 del Código Penal en una interpretación que no había tenido en cuenta la relevancia del derecho fundamental afectado, cuya consideración debería haber llevado a eximir de responsabilidad penal al recurrente.²⁴⁷

²⁴⁴ STC 172/1990, de 12 de noviembre Fj 2

²⁴⁵ STC 15/1993, de 18 de enero Fj 1

²⁴⁶ STC 107/1988, de 8 de junio Fj 2

²⁴⁷ STC 121/1989, de 3 de julio Fj 2

7.2 El orden de valores

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, sino también son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.²⁴⁸

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la protección constitucional del derecho, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada.²⁴⁹

A partir de este doble carácter, es posible reconocer que la norma impone

²⁴⁸ STC 53/1985, de 11 de abril Fj 4

²⁴⁹ STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; STC 88/2003, de 19 de mayo Fj 8

determinados deberes al poder público, sin atribuir un derecho subjetivo.²⁵⁰ Como consecuencia, ha señalado el Tribunal Constitucional, que si bien no puede reconocerse al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida, en todo caso, la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido.²⁵¹ De allí deriva, no sólo la obligación del Estado de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, sino también la obligación de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales.²⁵² También deriva de la dimensión objetiva del derecho a la vida, el deber del Estado de proteger la vida de los internos declarados en huelga de hambre reivindicativa.²⁵³

201 Pero, la concepción de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores ha sido especialmente productiva en materia de libertad de expresión. Las libertades del art. 20 CE, no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático.²⁵⁴ El Tribunal Constitucional ha establecido que el valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor, viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución constitucional al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger.²⁵⁵

202 Esa doble dimensión dota a la libertad de expresión, cuando ésta se ejercita respecto de asuntos con relevancia pública y en el contexto político-social, de una particular trascendencia que los poderes públicos no pueden desconocer a

²⁵⁰ Jiménez, Derechos fundamentales, pág. 31

²⁵¹ STC 53/1985, de 11 de abril Fj 7

²⁵² STC 53/1985, de 11 de abril Fj 7

²⁵³ STC 120/1990, de 27 de junio Fj 8

²⁵⁴ STC 107/1988, de 8 de junio Fj 2

²⁵⁵ STC 165/1987, de 27 de octubre Fj 10. En detalle, Gallego, Derechos fundamentales y garantías institucionales, pág. 185

la hora de proceder a la delimitación y ponderación con otros derechos fundamentales con los que pueda colidir, debiendo asignársele una “*posición preferente*”.²⁵⁶

El derecho de un profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye, en último término, una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revestir significado penal.²⁵⁷

Los argumentos citados también han sido aplicados en la interpretación de la libertad ideológica del art. 16 CE. Según el Tribunal Constitucional, la libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran.²⁵⁸

En la doctrina se afirma que la trascendencia objetiva del derecho a la libertad ideológica se cifra en el principio de neutralidad política y en la renuncia del Estado a toda acción de adoctrinamiento político, filosófico o moral.²⁵⁹

También se ha enfatizado en la doctrina constitucional española el relieve fundamental que posee el derecho de reunión, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución.²⁶⁰

²⁵⁶ Magdaleno, Los límites de la libertad de expresión en el Estado Social y democrático de Derecho, pág. 283

²⁵⁷ STC 159/1986, de 16 de diciembre Fj 8

²⁵⁸ STC 20/1990, de 15 de febrero Fj 5

²⁵⁹ Jiménez, Libertad ideológica, pág. 144

²⁶⁰ STC 38/2009, de 9 de febrero Fj 2; STC 170/2008, de 15 de diciembre Fj 3

7.3 Los efectos recíprocos

- 207 En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha sido reconocido el efecto recíproco, entre la norma constitucional y la norma legal que establece sus límites. En sentencia de 16 de diciembre de 1986, debía resolver el tribunal la relación entre la libertad de información y el límite derivado del interés público que subyace a las normas penales. Es cierto, que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción.²⁶¹
- 208 Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.²⁶²
- 209 Las normas que regulan un derecho fundamental y las que los limitan “*actúan recíprocamente*”. De modo que, como resultado de dicha interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras del mismo, y de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el

²⁶¹ STC 159/1986, de 16 de diciembre Fj 6

²⁶² STC 159/1986, de 16 de diciembre Fj 6; ATC 382/1996, de 18 de diciembre Fj 3; STC 20/1990, de 15 de febrero Fj 4; STC 195/2003, de 27 de octubre Fj 4

sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.²⁶³

En palabras de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, no es el derecho penal el que limita los derechos fundamentales, sino la Constitución, y la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, la que determina la potestad de configuración del legislador y el ámbito de aplicación judicial.²⁶⁴ 210

También podemos encontrar un efecto recíproco en el principio, según el cual, cuando la jurisdicción penal ejercita el ius puniendi del Estado, ha de hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar desproporcionada ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que le impone una interpretación secundum Constitutionem de los tipos penales, rigurosamente motivada, y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera de la protección que su art. 20.1 dispensa a las informaciones y opiniones. Así pues, allá donde la información o la opinión controvertidas penalmente resultan ser veraces la una o no formalmente injuriosa la otra, no cabe la sanción penal; mientras que, a la inversa, podría, en cambio, resultar constitucionalmente ilegítima una conducta no sancionable penalmente.²⁶⁵ 211

7.4 El sitio de irrupción de los derechos fundamentales

A pesar de las coincidencias expuestas en el derecho alemán y español, no encontramos en la jurisprudencia española una precisión acerca del elemento normativo, que permite al órgano de ejecución incorporar un ejercicio de ponderación de derechos fundamentales. No se distingue con claridad entre el efecto normativo interno de los derechos fundamentales, y el efecto externo, 212

²⁶³ STC 88/2003, de 19 de mayo Fj 9

²⁶⁴ SAN 31/2014 de 7 de julio

²⁶⁵ STC 127/2004, de 19 de julio Fj 5; STC 278/2005, de 7 de noviembre Fj 3

especialmente en el sentido de una causa de justificación en materia sancionatoria. Es decir, que a pesar de estimar cumplidos los supuestos de la norma, sin embargo, la evaluación constitucional constituye un análisis adicional.

- 213 Ejemplo del efecto normativo interno, lo constituye la afirmación del Tribunal Constitucional que el delito de desórdenes públicos se encuadra dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado y que al encerrar un tipo abierto que precisa de una valoración jurídica, ha de ser interpretado de conformidad con la Constitución, pues los conceptos de “*paz pública*” y de “*orden público*” no son los mismos “*en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho*”.²⁶⁶
- 214 En el ejemplo citado queda claro que las normas que encierran un contenido abierto precisan en especial medida de una valoración jurídica. La interpretación de tales disposiciones, de conformidad con la Constitución, constituye el mecanismo idóneo para el desarrollo de los derechos fundamentales en la aplicación de la ley.

²⁶⁶

STC 59/1990

8 LA DELIMITACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY

8.1 El canon del control externo

La jurisprudencia española ha empleado el criterio sobre el *control externo de la constitucionalidad*. En ciertos casos se trata de un ejercicio de autolimitación. Tal es el caso, por ejemplo, de la función del juez constitucional, en el sentido de verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso.²⁶⁷ También es utilizada esta forma de control limitado, en el caso de las resoluciones judiciales que inadmitan un recurso legalmente establecido, examinando si tales resoluciones incurren en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente.²⁶⁸ 215

El canon del control externo también ha sido utilizado en el control de resoluciones judiciales dictadas en materia de prescripción penal, en cuanto se exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente. En todo caso, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego y su posible afectación a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal, ha establecido el Tribunal Constitucional que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos supuestos en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y 216

²⁶⁷ STC 012/2015, de 5 de febrero de 2015 Fj 3; STC 83/2014, de 29 de mayo de 2014 Fj 4

²⁶⁸ STC 248/2005, de 10 de octubre de 2005 Fj 1; STC 265/2006, de 11 de septiembre de 2006 Fj 5

los fines que justifican la institución.²⁶⁹

- 217 En materia de privación de libertad, el canon del control externo es aplicado en un examen riguroso, no sólo de las razones que se tuvieron en cuenta en su momento para la adopción de la medida, a su relación con los fines constitucionalmente legítimos y congruentes con ella que justificaban su adopción y las circunstancias del caso o del imputado; sino que también se realiza un análisis acerca de si las razones que se esgrimen en el fallo justifican o no la adopción de la medida.²⁷⁰

8.2 Los cánones de constitucionalidad de los derechos fundamentales

- 218 Como se observa, la aplicación del canon del control externo en la jurisprudencia española no impide al juez constitucional la revisión del contenido de la decisión judicial, especialmente en los casos en que se plantea una afectación grave de los derechos fundamentales en juego. En tales supuestos, la tarea que corresponde al Tribunal Constitucional no se circunscribe a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, determinando si, efectivamente, se han vulnerado los derechos afectados, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a ese Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales.²⁷¹
- 219 Cuando del ejercicio de la libertad de expresión e información reconocida en el art. 20.1 de la C.E., resulte afectado el derecho al honor de alguien, los Jueces y Tribunales ordinarios están obligados a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, de suerte que, si tal ponderación

²⁶⁹ STC 097/2010, de 15 de noviembre

²⁷⁰ STC 029/2001, de 29 de enero

²⁷¹ STC 177/2015, de 22 de julio Fj 2

falta o resulta manifiestamente carente de fundamento, se ha de entender vulnerado el citado precepto constitucional. Al Tribunal Constitucional corresponde revisar la adecuación de la ponderación realizada por los Jueces y Tribunales ordinarios, con el objeto de determinar si el ejercicio de la libertad reconocido en el art. 20 cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y se manifiesta o no constitucionalmente legítimo.²⁷² Sobre el resultado de la valoración realizada por el órgano judicial, le compete al Tribunal Constitucional efectuar su revisión con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta constitucionalmente legítimo o denegararlo en el supuesto contrario.²⁷³

En materia del conflicto entre la libertad de información y los derechos a la intimidad y a la propia imagen, el Tribunal Constitucional ha señalado, que su juicio no se circunscribe a un examen externo de la suficiencia y consistencia de la motivación de las resoluciones judiciales, sino que, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el eventual conflicto entre los derechos afectados, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que los fundamentos de éstos no vinculan al tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales. En consecuencia, el tribunal ha aplicado los cánones de constitucionalidad propios de dichos derechos a los hechos establecidos por los Jueces de instancia.²⁷⁴ 220

En materia de medidas restrictivas de la libertad de reunión, el Tribunal Constitucional realiza un control material intensivo, como en el caso de la prohibición de una concentración, por la mera sospecha de la alteración del orden público.²⁷⁵ Estando en juego un derecho material, el control por parte del 221

²⁷² SSTC 214/1991, de 11 de noviembre Fj 6; 105/1990, de 6 de junio Fj 4

²⁷³ STC 107/1988, de 8 de junio Fj 2

²⁷⁴ Criterio reiterado, véase por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre Fj 4; STC 018/2015 Fj 3

²⁷⁵ STC 90/2006, Fj 2. También en este sentido, Bernal: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, pág. 803

Tribunal de las resoluciones judiciales no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas. En este sentido, ha controlado por ejemplo, que no es aceptable presumir que el derecho a hacer publicidad de la huelga se va a ejercer de forma antijurídica.²⁷⁶

8.3 La competencia de los Jueces y Tribunales ordinarios

- 222 A los Jueces y Tribunales ordinarios corresponde con carácter exclusivo y excluyente decidir si se da o no se da forma parte de la operación de encajar lo sucedido en la norma, subsunción en ella del supuesto de hecho, con la consiguiente calificación jurídica. Esta operación supone -por un lado- la selección de la norma, incluso en su dimensión temporal (vigencia, retroactividad, ultraactividad) y espacial (territorialidad) con su interpretación y -por el otro- la acotación de la realidad por medio de la actividad probatoria, con el recibimiento a prueba, la comprobación de su pertinencia, la práctica y la valoración de la legitimidad de su obtención y de su fuerza convincente.²⁷⁷
- 223 Todo ello es en definitiva el contenido de la potestad de juzgar, que han de ejercer los Jueces y Tribunales titulares del Poder Judicial con absoluta independencia, vale decir con plena libertad de criterio, solamente sometidos al imperio de la Ley y el Derecho, sin interferencia alguna. En consecuencia, caen fuera del ámbito del Tribunal Constitucional tales cuestiones, dejando tan sólo para el debate aquellas otras que tienen una dimensión constitucional.

²⁷⁶ STC 37/1998, de 17 de febrero Fj 3

²⁷⁷ STC 176/1995, de 11 de diciembre Fj 1

9 LA LIBERTAD DE OPINIÓN EN EL DERECHO PENAL. PARTE GENERAL

9.1 Efecto irradiante en el derecho penal

Las modalidades bajo las cuales el estudio de los derechos fundamentales puede ser de utilidad en el marco del derecho penal son de diversa índole. En primer lugar, los derechos fundamentales pueden constituir parámetros de actuación que debe respetar el legislador. La influencia de los derechos fundamentales también puede producirse en relación con el elemento de contrariedad a derecho de la conducta, a través de las causas de justificación del derecho penal o bien mediante la interpretación de determinados conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la ley penal. 224

La jurisprudencia española ha establecido que, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio.²⁷⁸ 225

De los derechos fundamentales deriva un límite mínimo de prohibición de defecto y un límite máximo de prohibición de exceso, dentro de los cuales el legislador puede configurar el orden jurídico penal. El legislador debe garantizar un mínimo de protección de determinados bienes jurídicos. Para ello, el 226

²⁷⁸ STC 110/2006, de 3 de abril Fj 4

legislador dispone de un amplio margen de evaluación, que impide a los Tribunales de justicia verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a la finalidad protectora. Por otra parte no puede establecer una limitación contraria al principio de prohibición de exceso. Una sanción penal puede resultar excesiva cuando no ponga a disposición del Juez los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de la conducta.²⁷⁹

- 227 Como ejemplo, puede señalarse la STC 42/2000, de 14 de febrero. La aplicación de una sanción, por la interrupción del tránsito en el ejercicio del derecho a manifestar públicamente, fue considerada contraria al derecho que consagra el art. 21 CE. En tal sentido, la interrupción del tráfico en una parte del recorrido por el que discurre una manifestación no puede considerarse, sin más, como una conducta contraria al límite que específicamente establece el art. 21.2 CE, pues los cortes de tráfico sólo pueden considerarse comprendidos en dicho límite cuando como consecuencia de los mismos puedan ponerse en peligro personas o bienes.

9.2 Esquema del análisis de constitucionalidad

- 228 La doctrina penal ha asumido una concepción del principio de proporcionalidad, como examen global de si la intervención jurídico-penal persigue la protección de un bien jurídico; si esa intervención es idónea para alcanzar tal fin; si además es necesaria; y, por último, si es proporcional en sentido estricto.²⁸⁰
- 229 Según el Tribunal Constitucional, cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada.

²⁷⁹ STC 136/1999, de 20 de julio

²⁸⁰ Navarro, El principio de proporcionalidad en sentido estricto, pág. 3

En suma, para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, se debe indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes. En segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.²⁸¹

9.3 El ejercicio de un derecho fundamental

La Audiencia Nacional ha resumido la doctrina del Tribunal Constitucional, en el sentido que, el derecho de reunión y manifestación (pacífica y sin armas) es un límite no solo al legislador penal en su tarea de configuración de los tipos penales sino también a los jueces y tribunales en la aplicación de la ley. Es constitucionalmente obligado indagar si la acción atribuida puede suponer ejercicio del derecho (lo que demostraría que es conforme a derecho, ya sea por falta de tipicidad o de antijuridicidad), o si, estando próxima y vinculada al derecho, expresa un exceso o abuso (donde entraría en juego el principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad, ya que la conducta no queda huérfana de amparo constitucional), o que sea exclusivamente un ejercicio aparente del derecho, ya sin cobertura constitucional. Aquellas conductas que se pueden encuadrar en el ámbito objetivo del derecho fundamental, de acuerdo con los parámetros que hemos reseñado, son conformes a la ley, no pueden

²⁸¹ STC 136/1999, de 20 de julio Fj 23

considerarse típicas ni antijurídicas, ya fuere por ausencia del indicio de antijuridicidad que conlleva el tipo, o por apreciación de una causa de justificación. En un segundo plano hemos de poner aquellas conductas que expresan un exceso o abuso del derecho, que no acaba por desnaturalizarlo o desfigurararlo, porque se encuentran íntimamente relacionadas con el ejercicio del mismo, en atención a su contenido y finalidad, inscritas en la razón de ser constitucional del derecho. Entonces la intervención penal debe superar los filtros que establece el principio de proporcionalidad y, en especial, la doctrina del efecto desaliento. Pues no es suficiente constatar que la acción sobrepasa el ámbito de la protección constitucional del derecho, porque entre lo protegido y lo punible hay zonas intermedias que pueden ser reguladas por el derecho público o privado sin necesidad de intervención penal, la última razón, según señala la jurisprudencia constitucional, que utiliza la metáfora de “terrenos intermedios”. Hay que observar que analizamos conductas que suponen el ejercicio de los derechos, por lo tanto, nos movemos en la praxis de la libertad de expresión y del derecho de manifestación, de derechos en acción se trata, que siempre se presentan en la esfera pública en conflicto con otros bienes e intereses, en una tensión donde la medida de lo admisible y el significado de la transgresión es siempre discutible, la delimitación de lo normal frente a lo abusivo se hace muchas veces mediante una delgada línea, inevitablemente con criterios oportunistas. Cierta exceso, posiblemente, es consustancial al ejercicio del derecho de manifestación en una sociedad abierta y compleja. Por lo tanto, resulta necesario diferenciar el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal y, para ello, atender a las circunstancias de los hechos y a la intensidad del exceso, así como la vinculación o distancia de la conducta respecto al contenido y fines del derecho. El juez no puede reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal.²⁸²

231 En relación a la libertad de expresión, se ha dicho que necesita de un amplio

²⁸² SAN 31/2014 de 7 de julio, Fj 2.1.2

espacio que ha de ser respetado rigurosamente por el juez para no hacer del derecho penal “*un factor de disuasión del ejercicio de la libertad*”, algo que se considera “*indeseable en un Estado democrático*” pues operaría con “*una injustificada potencialidad disuasoria o coactiva*” para el ejercicio del derecho. El Tribunal Europeo de derechos humanos contempla el mismo problema desde los estándares de enjuiciamiento del Convenio de Roma, exigiendo para reconocer legitimidad a la sanción de conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales no sólo que fuere necesaria la limitación en una sociedad democrática, sino que también atiende a la naturaleza y gravedad de la sanción y el consiguiente efecto desaliento que conllevan, sobre todo las penas de prisión. “Una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión...en circunstancias excepcionales, en particular, cuando haya afectado seriamente a otros derechos fundamentales, como en la hipótesis de la difusión de un discurso de odio o de incitación a la violencia”. La sanción penal es constitucionalmente legítima solo cuando la acción es aparente ejercicio del derecho, un subterfugio o excusa para realizar actos antijurídicos, siempre que por su contenido, fines o medios empleados desnaturalice o desfigure el derecho y se pueda entender desvinculada de este.²⁸³

9.4 La teoría de los bienes jurídicos protegidos

El Tribunal Constitucional ha reconocido la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables. En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un 232

²⁸³ SAN 31/2014 de 7 de julio, Fj 2.1.2

amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad.²⁸⁴

233 Con ello, el tribunal ha establecido los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal frente al legislador. En un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. Lejos de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, el tribunal ha de reparar únicamente en su encuadramiento constitucional.²⁸⁵

234 El Tribunal Constitucional ha afirmado que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el art. 21 de la Constitución, aún cuando advirtió la dificultad del problema, si se tiene en cuenta además que la moral pública -como elemento ético común de la vida social- es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimun ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la

²⁸⁴ STC 55/1996, de 28 de marzo Fj 6

²⁸⁵ STC 55/1996, de 28 de marzo Fj 6

Constitución).²⁸⁶

9.5 La idoneidad del derecho penal

Con ocasión de la interpretación del tipo delictivo comprendido en el art. 161 del Código Penal definido como injuria al Gobierno, el Tribunal Constitucional ha señalado que el mismo había de ser considerado en su relación con el derecho de libertad de expresión consagrado por el art. 20 de la Constitución. En criterio del tribunal, la legislación de carácter penal constituye una vía idónea para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales por el legislador, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 de la Constitución, y que es constitucionalmente legítima, por consiguiente, en tanto se respete el contenido esencial del derecho, que en aquél caso era el de libertad de expresión e información.²⁸⁷

9.6 El principio de necesidad

Según el tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador.²⁸⁸ 235

El control del Tribunal Constitucional sobre la existencia o no de medidas 236

²⁸⁶ STC 62/1982, de 15 de octubre Fj 23

²⁸⁷ STC 51/1985, de 10 de abril Fj 10

²⁸⁸ STC 136/1999, de 20 de julio Fj 23

alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido; por ello, esta tacha de desproporción sólo será aplicable cuando las medidas alternativas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada.²⁸⁹

9.7 La mínima intervención

- 237 Tal como lo ha señalado el Tribunal Supremo, el sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como ultima ratio, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves.²⁹⁰
- 238 La imposición de penas de prisión por infracciones cometidas en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del CEDH en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia.²⁹¹

²⁸⁹ STC 136/1999, de 20 de julio Fj 28

²⁹⁰ STS 31/2017 de 11 de enero FD 2

²⁹¹ STC 177/2015, de 22 de julio Fj 5

9.8 La proporcionalidad de la prohibición

En la conocida decisión *Mesa Nacional de Herri Batasuna*, el Tribunal Constitucional estableció que la sanción sólo puede estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación no ha producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones ha calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada. Respecto de las libertades de expresión e información, reiteró el tribunal que la trascendencia política y social de la fluidez de las vías de información comporta tanto la cobertura constitucional de la comunicación de información diligentemente comprobada aunque potencialmente falsa, como la radical proscripción del desaliento de la, según el canon indicado, recta actividad informativa. De ahí que el límite constitucional esencial que impone el art. 20 C.E. a la actividad legislativa y judicial sea el de la disuasión de la legítima -diligente- transmisión de información.²⁹² A pesar de la referencia al tipo penal, sin embargo, la sentencia centró su análisis en la proporcionalidad de la pena. 239

También ha señalado el Tribunal Constitucional que, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio. Por ello, si el poder público prescinde de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental y se incluyen entre los supuestos sancionables conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, se vulnera este derecho, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y 240

²⁹² STC 136/1999, de 20 de julio Fj 20

como conductas constitutivas de una infracción.²⁹³

- 241 La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que el ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político.²⁹⁴

9.9 La interpretación conforme a la Constitución

- 242 En virtud del principio de conservación de la ley sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma. Por ello será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. La interpretación conforme no puede, en cambio, ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales.²⁹⁵
- 243 La interpretación del art. 169 del Código Penal ha de llevarse a cabo a la luz del mencionado art. 21, cuya aplicación, como ha señalado este Tribunal, no puede diferirse al momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución desarrollando su contenido. De dicho precepto constitucional se deduce que el derecho puede ejercitarse sin necesidad de autorización previa y que las reuniones y manifestaciones deberán ser comunicadas previamente, tan sólo en aquellos casos en que hayan de celebrarse en lugares de tránsito público, supuesto en el que únicamente podrán prohibirse cuando

²⁹³ STC 110/2006, de 3 de abril Fj 4

²⁹⁴ STC 235/2007, de 07 de noviembre Fj 6

²⁹⁵ STC 235/2007, de 07 de noviembre Fj 7; STC 24/2004, de 24 de febrero Fj 6

existan razones fundadas de alteración de orden público con peligro para personas o bienes. Por ello, el tipo penal comprendido en el art. 169 del Código Penal ha de entenderse referido a los promotores o directores de manifestaciones y reuniones que se celebren en lugares de tránsito público, que hayan sido expresamente prohibidas y a cuya disolución no se haya procedido tras el requerimiento de la autoridad correspondiente.²⁹⁶

El Tribunal Constitucional rechazó la interpretación del primer inciso del art. 563 CP, el cual tipifica como delito "la tenencia de armas prohibidas", en el sentido de la restricción de la conducta típica a la tenencia de armas de fuego, porque no se trata de una interpretación de la norma, sino de la reconstrucción de la misma contraria a su tenor literal, sin que los argumentos históricos y sistemáticos que se esgrimen puedan sustentar tal interpretación.²⁹⁷ 244

Sin embargo, el tribunal estimó que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso.²⁹⁸ 245

El Tribunal Constitucional ha rechazado la posibilidad de incluir un elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de la jurisdicción constitucional al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión.²⁹⁹ 246

²⁹⁶ STC 101/1985, de 4 de octubre Fj 4

²⁹⁷ STC 24/2004, de 24 de febrero Fj 6

²⁹⁸ STC 24/2004, de 24 de febrero Fj 7

²⁹⁹ STC 235/2007, de 07 de noviembre Fj 8. Crítica de esta decisión, Suárez, Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del

- 247 Por el contrario, el tribunal declaró que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en el sentido que, aun cuando no contempla un elemento de incitación directa a la comisión de un delito de genocidio, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia.³⁰⁰

9.10 El principio de legalidad penal reforzado

- 248 El Tribunal Constitucional ha establecido que, cuando un órgano judicial aplica una norma penal que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquéllos que son ejercicio del derecho ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, pues en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad ex art. 25.1 CE deviene aún más reforzada.³⁰¹ Además de estas dos prohibiciones tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla) reaccionar desproporcionadamente frente al acto conectado con el derecho fundamental, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la protección constitucional del derecho, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha

³⁰⁰ delito de negación de genocidio, pág. 4
STC 235/2007, de 07 de noviembre Fj 9

³⁰¹ STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5

extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada.³⁰²

En efecto, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios. Pues bien, en la medida en que los órganos judiciales realizan una interpretación y aplicación del tipo penal que -aun siendo posible de conformidad con el tenor literal del precepto- no toma en consideración que el tipo penal no podía interpretarse y aplicarse de forma contraria al ejercicio del derecho fundamental a la huelga con el que la conducta que se sanciona estaba inequívocamente vinculada, tal interpretación resulta constitucionalmente rechazable por ser imprevisible para el destinatario.³⁰³ 249

9.11 El exceso en el ejercicio del derecho fundamental

En sentencia 104/2011, de 20 de junio el Tribunal Constitucional afirmó que el amparo del derecho fundamental no sólo actúa como causa excluyente de la antijuridicidad. La doctrina del tribunal no se detiene en esta primera conclusión básica y previsible, aunque imprescindible, sino que cuestiona asimismo la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que 250

³⁰² STC 88/2003, de 19 de mayo Fj 8

³⁰³ STC 104/2011, de 20 de junio Fj 9

puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, éstos no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlo. Con ello se refiere el tribunal a aquellos casos en los que, a pesar de que el comportamiento no resulte plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del derecho fundamental, se aprecie inequívocamente que el acto se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional. En este último escenario, sin perjuicio de otras consecuencias que el exceso en que se incurrió pudiera eventualmente comportar, la gravedad que representa la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio. De otro modo, existirían sólo dos terrenos, el de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible, lo que no puede admitirse.³⁰⁴

- 251 Para determinar si la aplicación de los tipos penales vulnera los derechos fundamentales, es necesario precisar inicialmente si la conducta objeto de sanción constituye, en sí misma considerada, lícito ejercicio del derecho fundamental invocado y, en consecuencia, está amparada por el mismo. Dicho de otro modo, no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido. A esta reflexión inicial, no obstante, puede ser preciso añadir otras con relevancia constitucional, que derivan de la naturaleza penal de la sanción impuesta.³⁰⁵
- 252 El Juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la

³⁰⁴ STC 104/2011, de 20 de junio Fj 6

³⁰⁵ STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 4

protección constitucional del derecho, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada.³⁰⁶

Si la conducta es inequívoca y objetivamente huelguística en atención al contenido y finalidad del acto o los medios empleados, resultará constitucionalmente reprochable la imposición de una sanción penal. En dicho juicio habrá de tenerse en cuenta que, si bien es cierto que el derecho de huelga no ampara actos violentos o asimilables, también es indudable que se trata de un derecho fundamental de conflicto, y que esa circunstancia impone no sólo una determinada aproximación en la delimitación de sus contenidos, sino, asimismo, la asunción y defensa constitucional de una caracterización del derecho y de los márgenes en su ejercicio que respondan a ese contexto de conflicto y a su finalidad de defensa de intereses de los trabajadores en los escenarios de tensión y antagonismo en los que tiene lugar su desarrollo. Lo contrario desnaturalizaría su contenido esencial. 307 253

Por tanto, la sanción penal sólo será constitucionalmente posible cuando estemos frente a un “aparente ejercicio” del derecho fundamental, y siempre que, además, la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturalice o desfigure el derecho y se sitúe objetivamente al margen de su contenido esencial, quedando por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible.³⁰⁸ 254

La doctrina expuesta ha sido acogida por la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el caso *Aturem el Parlament*, pero no fue compartido sin embargo por el Tribunal Supremo. 255

³⁰⁶ STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; STC 104/2011, de 20 de junio Fj 6

³⁰⁷ STC 104/2011, de 20 de junio Fj 6

³⁰⁸ STC 104/2011, de 20 de junio Fj 6

- 256 El Tribunal Constitucional ha declarado que constituye una reacción desproporcionada, vulneradora del derecho a la legalidad penal por su efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de aquel derecho fundamental la imposición de una sanción penal, en el caso de una trabajadora miembro del comité de huelga, por haber entrado en el despacho del concejal y resistirse, durante diez minutos aproximadamente, a lo que consideraba una indebida (ilegítima, a su juicio) sustitución de funciones, que tenía lugar en pleno desarrollo de la medida de conflicto, y que resultó sorpresiva e inesperada para quienes legítimamente presumían que la función desempeñada en el ámbito de los servicios sociales por el Ayuntamiento no tendría cobertura durante la huelga, tras haber secundado la convocatoria los titulares del servicio.³⁰⁹

9.12 Derechos fundamentales como causa de justificación

- 257 El Tribunal Constitucional ha establecido que, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal conductas que, inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, vulneran éste, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, sin embargo, los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales. Los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito,³¹⁰ lo que se ha predicado tanto en relación con la imposición de sanciones de carácter laboral, administrativo, como penal.³¹¹
- 258 El instrumento penal sólo será constitucionalmente lícito cuando pueda afirmarse que estamos sólo frente a un aparente ejercicio de un derecho fundamental y que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a

³⁰⁹ STC 104/2011, de 20 de junio Fj 9

³¹⁰ SSTC 185/2003, de 27 de octubre Fj 5; 88/2003, de 19 de mayo, Fj 8

³¹¹ STC 110/2006, de 3 de abril Fj 4, con más referencias

la que se orienta o por los medios empleados, desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente, al margen del contenido propio del mismo y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible.³¹²

Cuando el acusado en un proceso alega como causa de justificación de su conducta el haber obrado «*en el ejercicio legítimo de un derecho*» (art. 8.11 del Código Penal) lo que trata de justificar es la lesión de otro bien jurídico. Así, pues, partiendo del análisis de los hechos y de la legalidad penal aplicable, resulta forzoso para el juzgador realizar la ponderación entre, por un lado, la lesión invocada de un hecho antijurídico, típico y punible, y, por otro lado, el derecho fundamental citado como justificativo de la acción.³¹³ 259

A la hora de aplicar los tipos penales que suponen un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información, el órgano jurisdiccional debe, no estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión (protegiendo siempre la buena fama afectada, o el derecho a informar o a expresarse libremente), sino, habida cuenta de las circunstancias, ponderar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o, por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito. Pues, en tanto la labor del informador se atenga a los fines y objetivos constitucionalmente previstos, no podrá considerarse que han afectado ilegítimamente la buena fama o el honor de una persona, o el prestigio de una institución de modo que quepa una sanción penal al respecto.³¹⁴ El análisis indicado es equivalente al juicio sobre la causa de justificación prevista en el art. 8.11 C.P., la cual consiste en «*obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*».³¹⁵ 260

Ejemplo de la influencia de los derechos fundamentales en relación con el elemento de contrariedad a derecho de la conducta, a través de las causas de justificación del derecho 261

³¹² STC 185/2003, de 27 de octubre Fj 5
³¹³ STC 104/1986, de 17 de julio Fj 6
³¹⁴ STC 105/1990, de 6 de junio Fj 3
³¹⁵ STC 105/1990, de 6 de junio Fj 6

penal, lo constituye la STC 42/2000, de 14 de febrero, en la cual la aplicación de una sanción, por la interrupción del tránsito, fue considerada contraria al derecho a manifestar públicamente. La interrupción del tráfico en una parte del recorrido por el que discurre una manifestación no puede considerarse, sin más, como una conducta contraria al límite que específicamente establece el art. 21.2 CE, pues los cortes de tráfico sólo pueden considerarse comprendidos en dicho límite cuando como consecuencia de los mismos puedan ponerse en peligro personas o bienes.

- 262 Las expresiones del delegado sindical referidas a la representante legal de la empresa, que la calificaban como "*una irresponsable, no sólo con la limpieza, sino con el trato a los empleados*", que "*las amenazaba con que si no votaban al PSOE, no seguían trabajando ... las trata como esclavas amenzándolas constantemente con los contratos de trabajo*", no constituyen expresiones insultantes u objetivamente injuriosas ajenas al contenido de la información que transmitía, y a la función representativa que ejercía, sino que su denuncia se refería exclusivamente a las condiciones de prestación de un servicio público y al trato dispensado a las trabajadoras con ocasión de la realización de sus tareas, esto es, a las condiciones laborales y derechos de los trabajadores, cuya defensa y protección constituye la función institucional del sindicato constitucionalmente consagrada. Todo lo cual lleva a afirmar que se trata de una conducta incardinable en el ámbito objetivo del ejercicio del derecho a la libertad sindical, y no de la falta de injurias del art. 620.2 CP.³¹⁶

9.13 El ejercicio de la libertad de expresión

- 263 Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus*

³¹⁶ STC 185/2003, de 27 de octubre Fj 7

iniuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos.³¹⁷

Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, 264 en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta.³¹⁸

Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados 265 como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito, de manera que la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no es constitucionalmente admisible.³¹⁹

En la aplicación del tipo penal el Juez debe valorar, si en la conducta enjuiciada 266 concurren aquellos elementos que la Constitución exige en su art. 20.1 a) y d) para tenerla por un ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que le impone comprobar, si de opiniones se trata, la ausencia de expresiones manifiestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar y, de tratarse de información, que ésta sea veraz. Pues si la opinión no es formalmente injuriosa e innecesaria, o la información es veraz, no cabe la sanción penal, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el ius puniendi del Estado, debe

³¹⁷ SSTC 107/1988, de 25 de junio, FJ 2; 127/2004, de 19 de julio Fj 2; STC 278/2005, de 7 de noviembre Fj 3

³¹⁸ STC 127/2004, de 19 de julio Fj 2; STC 278/2005, de 7 de noviembre Fj 3

³¹⁹ STC 278/2005, de 7 de noviembre Fj 3

hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar, ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera del ámbito protegido por el art. 20.1 CE. Cuando el Juez penal incumple con esta obligación y elude ese examen preliminar para comprobar si la pretendida antijuridicidad de la conducta ha de quedar excluida al poder ampararse el comportamiento enjuiciado en lo dispuesto por el citado precepto constitucional, no sólo está desconociendo, al aplicar el ius puniendi del Estado, las libertades de expresión e información del acusado, sino que las está, simplemente, vulnerando.³²⁰

- 267 Por argumento en contrario, aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación de la libertad de expresión, las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.³²¹

9.14 La regla de la veracidad

- 268 El Tribunal Constitucional ha señalado que la veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad excluyente de la antijuridicidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según que se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o al derecho a la intimidad.³²²
- 269 La regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad, en el sentido

³²⁰ STC 278/2005, de 7 de noviembre Fj 3

³²¹ STC 107/1988, de 8 de junio FJ 2

³²² STC 171/1990, de 12 de noviembre, Fj 8

de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, debiéndose, por el contrario, negar la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas.³²³

En criterio del Tribunal Constitucional, la circunstancia de que el propio periódico hubiera rectificado una información falsa, muestra que el error fáctico no fue malicioso. Los errores informativos intrascendentes han de estimarse protegidos también por el derecho constitucional de información. De otro modo, la posibilidad ilimitada de acciones civiles por tales pequeños errores podría ser una amenaza latente que pusiese en peligro el espacio constitucionalmente protegible en una sociedad democrática para la comunicación libre de informaciones.³²⁴ 270

9.15 Los fines de pena

En cuanto a los fines de la pena, el art. 25.2 CE dispone que, las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. El Tribunal Constitucional ha aclarado que tal disposición no establece que la reeducación y la reinserción social sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad ni, por lo mismo, que haya de considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad.³²⁵ 271

El art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, 272

³²³ STC 171/1990, de 12 de noviembre Fj 8

³²⁴ STC 171/1990, de 12 de noviembre Fj 8

³²⁵ STC 160/2012, de 20 de septiembre Fj 3

desde luego, de entre los posibles —prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, especial trascendencia constitucional— ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal.³²⁶

- 273 Al establecer las penas el legislador ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena.³²⁷

9.16 El principio de proporcionalidad de la pena

- 274 El Tribunal Supremo ha establecido que la proporcionalidad de las penas es exigencia del derecho de legalidad, en definitiva, de un derecho penal humanizado. La exigencia de penas proporcionadas a la entidad del delito y a su gravedad, es una exigencia contenida en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. II - 109, la cual fue ratificada por España. También ha recordado que es al Legislador al que le corresponde efectuar el juicio de proporcionalidad entre la gravedad de los delitos y las penas previstas.³²⁸

³²⁶ STC 160/2012, de 20 de septiembre Fj 6

³²⁷ STC 55/1996, de 28 de marzo Fj 6

³²⁸ ATS 4678/2013 Fj 3

El Tribunal Constitucional ha reconocido la potestad exclusiva del legislador para configurar el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca.³²⁹ 275

En relación con la proporcionalidad de una determinada pena, el Tribunal no puede tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero, tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento. El legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento.³³⁰ 276

En su decisión *Mesa Nacional de Herri Batasuna*, el Tribunal Constitucional señaló que, la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza. En materia penal, ese sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede 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).³³¹ 277

³²⁹ STC 55/1996, de 28 de marzo Fj 6

³³⁰ STC 55/1996, de 28 de marzo Fj 6; STC 136/1999, de 20 de julio Fj 23

³³¹ STC 136/1999, de 20 de julio Fj 22

9.17 Derechos fundamentales y proporcionalidad de la pena

- 278 El criterio de la proporcionalidad tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares. La regla de la proporcionalidad de sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental, doctrina que conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos.³³²
- 279 El tribunal Constitucional estimó la existencia de un desequilibrio manifiesto entre la conducta sancionada, a través de la cual los acusados realizaron un acto de colaboración tendente al resultado de efectiva colaboración (los recurrentes no emprendieron directamente la realización de la actividad difusora, sino que remitieron las cintas a los respectivos organismos públicos), con respecto a la muy significativa entidad de la pena: una privación de libertad de una duración mínima de seis años y un día y máxima de doce y una multa de cuantía comprendida entre 500.000 y 2.500.000 pesetas. La aplicación de la pena produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas.³³³
- 280 El Tribunal Constitucional ha declarado que, si bien las frases de descalificación personal, constituyen un exceso o uso ilegítimo del derecho a comunicar información, por ser expresiones despectivas innecesarias desde la perspectiva del interés público de la información, pero también es indudable que esas expresiones no merecen otra calificación que la de vejación injusta de carácter leve que han sido proferidas en contexto y con propósito totalmente ajenos a la dignidad del cargo público que ostentaba el ofendido y por consiguiente, que su calificación de delito de desacato continuado y la imposición de la pena correspondiente al mismo exceden notoriamente de la importancia y naturaleza de la ofensa recibida.³³⁴

³³² STC 136/1999, de 20 de julio Fj 24

³³³ STC 136/1999, de 20 de julio Fj 29

³³⁴ STC 85/1992, de 8 de junio Fj 5

9.18 Mecanismos de justicia en el caso concreto

En la decisión *Mesa Nacional de Herri Batasuna*, el Tribunal Constitucional estimó que el precepto impugnado resultaba inconstitucional, únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo.³³⁵ 281

³³⁵ STC 136/1999, de 20 de julio Fj 30; STC 60/2010, de 7 de octubre Fj 16

10 LA LIBERTAD DE OPINIÓN EN EL DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL

10.1 Autoría mediata por el llamado a una manifestación

282

Caso 74: El alcalde de Mancha Real

En la madrugada del sábado 18, se produjo una pelea entre miembros de una familia gitana y otros de una familia castellana, en la que resultó muerte el vecino de Mancha Real, el castellano Víctor y varios heridos. El domingo 19 comenzó la segunda manifestación, encabezada por el alcalde. Cuando la cabeza de la manifestación entró en la calle Tosquilla, donde se encontraban la mayoría de las casas de las familias gitanas, comenzó la violencia, personas armadas con elementos contundentes comenzaron a forzar las puertas de las viviendas, a entrar en ellas y destrozar todos sus elementos, incluso tiraron tabiques internos y arrancaron marcos de las puertas y ventanas y otros actos vandálicos que arrasaron prácticamente las viviendas. Como consecuencia de los hechos, los afectados y sus familias, que salieron de Mancha Real, o trasladaron sus domicilios a otros lugares de la localidad, no han podido volver a sus casas, por no poder ser éstas reparadas por causas independientes de su voluntad.

El hecho que se imputa al Alcalde consiste en las proclamas y declaraciones que contribuyeron a exasperar las actitudes vengativas de los vecinos. La compulsión surge de la participación en las acciones vandálicas dirigidas contra determinados vecinos, apoyadas mediante expresiones expuestas por el alcalde en la promesa de "marcar ellos mismos con pintura las puertas de las viviendas de las personas que tenían que marcharse de Mancha Real" y de que "acabaría con los gitanos", seguida de una segunda manifestación convocada por el Ayuntamiento y encabezada por el alcalde y todos los concejales que sujetaban y portaban la pancarta del día anterior con el lema "ladrones y asesinos fuera del pueblo", en la cual, además, se proferían gritos tales como "fuera gitanos" y "amigo, hermano no queremos gitanos".³³⁶

283

³³⁶

STS 22623/1994 de 2 de julio

El artículo 28 del Código Penal dispone:

Artículo 28

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

El artículo 28 del Código Penal dispone en el primer párrafo que son autores 284 quienes realizan el hecho por sí mismo (autor inmediato), quienes lo realizan conjuntamente (coautores), o bien utilizando a otro del que se sirve como instrumento (autoría mediata), con lo cual la coautoría y la autoría mediata son consideradas expresamente formas de autoría.³³⁷ La doctrina española ha adoptado la teoría del dominio del hecho, que tiene origen en el finalismo, y en particular en las aportaciones de Welzel. Según este criterio, sería autor aquel que domina finalmente la realización del delito, o lo que es lo mismo, “quien decide en líneas generales el sí y el cómo de la realización”.³³⁸

El Tribunal Supremo ha establecido que la autoría del hecho supone e implica 285 la titularidad de la acción, o dominio del hecho, o sea la determinación del sujeto que promueve, realiza, ejecuta y lleva a efecto la ideación criminal. Prescindiendo del inductor o del cooperador necesario, la autoría se proyecta a través de diversas y distintas modalidades, ya sea la autoría directa o indirecta, ya sea la autoría mediata o inmediata. En todo caso implica, la titularidad de la acción criminal. Como se ha dicho el autor mediato tiene también el dominio del hecho, aunque a través del dominio de la voluntad de otro, llamado

³³⁷ Rebollo, Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales, pág. 138

³³⁸ Rebollo, Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales, pág. 141; Rodríguez, El actor mediato en Derecho penal español, pág. 471; Gómez, El dominio del hecho en la autoría (validez y límites), pág. 103

instrumento, que es el que realiza el tipo en forma inmediata.³³⁹

286 Esta autoría se dará en los siguientes supuestos: a) cuando "el instrumento", esto es el que obra directamente, lo hace sin dolo b) cuando el "instrumento" obre con error de tipo o con error de prohibición, en cuyo caso aquél, al no conocer la prohibición no domina su voluntad, sino tan solo su acción, lo que es aprovechado por el autor mediato; c) cuando obre coaccionado, debiendo apreciarse aquí la intensidad de la coacción para estimar si hay autoría mediata o inducción. En la doctrina la diferencia entre inducción y autoría mediata suele residenciarse en la acción del inducido, en tanto que se actúa con dolo se trata de inducción, y si no lo hace con dolo, ante la autoría mediata, que se explica mediante la teoría del dominio funcional del hecho.³⁴⁰

287 El acusado construye un presupuesto de detención y provoca que su relato de apariencia de una base legal no ajustada a la realidad, que motivó que sus compañeros llevaran a cabo una privación de libertad que no procedía en ningún caso. El acusado tuvo el dominio del hecho, pues imputa falsamente que Arcadio intentó atropellarle e incluso consta en el informe del Hospital que manifestó al médico que las lesiones que sufrió fueron con ocasión de la agresión de otra persona durante el forcejeo para detenerle, cuando, en realidad, se produjeron al golpear con la mano el cristal del lado del conductor. Supuesto correctamente calificado como de autoría mediata. En efecto la autoría se concentra en la persona que provoca la detención y ejerce el dominio de la acción y no en la dotación policial que materialmente y siguiendo instrucciones de aquélla, la lleva a cabo, llevando al detenido a Comisaría y posteriormente a disposición judicial. La autoría mediata se produce cuando un sujeto realiza el tipo de detención ilegal, utilizando a otro como instrumento, en este caso los otros funcionarios de policía que confeccionan el atestado y acuerdan materialmente la detención, son instrumentos que actúan conforme a derecho. El acusado tuvo dominio del hecho, pues imputa falsamente hechos delictivos graves susceptibles de ser calificados como resistencia o desobediencia a agente de la autoridad. El instrumento empleado ha actuado, al acordar la detención el Jefe de la dotación, movido por el engaño sobre la comisión de delitos graves. El dominio del hecho lo tuvo el acusado en cuanto conoce la realidad de lo acontecido y provoca intencionadamente el error de los funcionarios que materializan

³³⁹ STS 4054/2015 de 6 de octubre Fj 3

³⁴⁰ STS 4054/2015 de 6 de octubre Fj 3

la detención.³⁴¹

Esquema del Caso: El alcalde de Mancha Real

El Tribunal Supremo afirmó la existencia del dolo, por parte del Alcalde de Mancha Real. Señaló que el alcalde, con conocimiento de la crispación de la muchedumbre, profirió una arenga incendiaria en la que señala, inclusive con su nombre, a personas que se debía expulsar de Mancha Real e incita a continuar con manifestaciones que pasarán por “esas casas donde sabemos existen personas no gratas”, no ha ignorado el peligro real que su actuación representa para los bienes que finalmente resultaron lesionados. Es evidente que la utilización de su autoridad para sumarse a una turba difícilmente controlable no podría sino tener las consecuencias que tuvo y ello excluye completamente la posibilidad de afirmar la ausencia de dolo.³⁴²

Señaló el Tribunal que los hechos que se imputan a los recurrentes demostraban en la vía pública una exaltación antirracial que -teniendo en cuenta las agresiones comenzadas el día anterior nada tiene que ver con el simple “pedir” y por el contrario, configuran la creación de un clima opresivo y amenazante que es característico de la acción de compeler.³⁴³

La audiencia entendió que el alcalde no podía ser considerado autor de los daños pues no hubo acuerdo expreso ni tácito, simultáneo o sobrevenido para efectuar los referidos daños y sobre todo no se organizó la manifestación para producirlos, a lo que agrega que ignoraban los daños cuando se estaban efectuando. Asimismo ha entendido que tampoco puede ser considerado inductor pues no se dio en el caso una incitación directa. Finalmente no los consideró cómplices pues no se ha justificado que hayan cooperado en la ejecución de los daños. Por su parte, el Tribunal Supremo declaró que, dado que el alcalde tuvo una auténtica preponderancia del dominio de la decisión que condujo a los hechos, se lo debe considerar como autor mediato de los daños. Ya se ha visto que todas las consecuencias generadas por el impulso psicológico de la muchedumbre resultaban alcanzadas por el dolo del alcalde. A ello se debe agregar ahora que la utilización en forma contraria al deber de su autoridad, para lanzar proclamas que aprobaban la acción contra determinados vecinos, al tiempo que postulaban la responsabilidad de un grupo étnico respecto de un hechos individual, constituye en las circunstancias del caso un verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del alcalde. En estos supuestos una parte muy significativa de la doctrina ha considerado la posibilidad de la autoría mediata sobre la base de la figura el “autor detrás del autor”, caracterizada por la posibilidad de la autoría en ciertos casos en los que el autor

288

³⁴¹ STS 250/2014 de 11 de febrero

³⁴² STS 22623/1994 de 2 de julio Fj 2

³⁴³ STS 22623/1994 de 2 de julio Fj 4

inmediato de la acción típica es también plenamente responsable. En este caso ello es consecuencia de que el alcalde, con el apoyo de su autoridad a la actitud vengativa de los vecinos que componían la muchedumbre, contribuyó de una manera decisiva a crear un clima de permisividad de la venganza entre los manifestantes lo que le otorgaba una posición directiva superior de los hechos. Tal situación es similar a la que cabe aceptar en los supuestos en los que los autores inmediatos obran en la creencia de que su comportamiento cuenta con una autorización o al menos una tolerancia oficial, cuya ilicitud podían reconocer con un mínimo esfuerzo de conciencia. En suma, la posición institucional del alcalde le otorga una posición de dominio superior sobre el hecho de otros autores que obran también en forma responsable. Como es claro, esta superioridad del dominio de la decisión tiene carácter normativo, toda vez que no se debe determinar según la fuerza motivadora en el caso concreto, pues se trata del rango normativo de la participación.³⁴⁴ El Tribunal Supremo condenó al Alcalde como responsable como autor mediato del delito de daños por el que ha sido acusado. Por estos hechos se declaró responsable civil y la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Mancha Real.

10.2 Manifestación ante las sedes del parlamento

289

Caso: Ocupa el Congreso

Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de la existencia de una convocatoria con eco en multitud de websites denominada "*Ocupa el Congreso*" y prevista para el 25 septiembre, fecha en la cual el Congreso estaría reunido. En concreto se señalaba que el objetivo de la convocatoria era "*ocupar una de las Instituciones públicas más importantes del Estado [...] que la convocatoria tiene carácter nacional incluso puede afirmarse que, ante el carácter global de Internet, alcanzaría el ámbito internacional [...] que el evento convocado a través de la red social con la denominación "OCUPA EL CONGRESO", hasta el día de la fecha, ha generado un incremento en el número de posibles participantes (42.162) así como de las personas invitadas en ese perfil de red social que ascienden a 608.983.*" A partir de las 19:00 horas del día 25 se produjeron altercados, lanzamiento de objetos e intentos de traspasar el perímetro de seguridad del Congreso, por lo que la policía hubo de actuar para impedir la invasión en masa que intentaba llegar al Congreso, resultando heridos policías y manifestantes y durando los altercados en la Plaza de Neptuno principalmente así como en la Puerta del Sol, hasta las 22:00 horas, habiéndose

³⁴⁴

STS 22623/1994 de 2 de julio Fj 8

detenido a 35 personas por atentado, lesiones, resistencia y desobediencia y desórdenes públicos. En el diario de sesiones del Congreso de los Diputados del día 25 de septiembre no consta alteración alguna del normal funcionamiento en la sesión. Es más, un diputado, en turno de fijación de posiciones, llegó a manifestar que “*el Congreso de los Diputados ha podido mantener su actividad hasta el momento con absoluta normalidad*”.³⁴⁵

El artículo 494 del Código Penal dispone lo siguiente:

290

Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses los que promuevan, dirijan o presidan manifestaciones u otra clase de reuniones ante las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, cuando estén reunidos, alterando su normal funcionamiento.

La prohibición penal es expresión de lo establecido en el artículo 77 CE, según el cual, las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas. En la doctrina se afirma que la limitación del derecho de reunión se encuentra justificada por la impotencia que se atribuye a aque las Cámaras Legislativas realicen sus actividades sin ningún tipo de presiones.³⁴⁶

291

El artículo 494 del Código Penal castiga a los que promuevan, dirijan o presidan manifestaciones u otra clase de reuniones ante las sedes del Congreso de los Diputados, cuando estén reunidos, alterando su normal funcionamiento. El bien jurídico protegido es la paz del lugar para la libre formación de la voluntad de los legisladores.³⁴⁷

292

Esquema del Caso: Ocupa el Congreso

Vista el acta de la sesión del día 25, el elemento consecucional de este tipo penal no se cumple, pues no hubo alteración alguna: la “*larga*” sesión se desarrolló normalmente. Por tanto, el delito citado no pudo cometerse. El hecho de convocar

³⁴⁵ AAN 185/2012 de 04 de octubre

³⁴⁶ Torres, El derecho de reunión y manifestación, pág. 98

³⁴⁷ AAN 185/2012 de 04 de octubre Fj 8

bajo los lemas de rodear, permanecer de forma indefinida ..., exigir un proceso de destitución y ruptura del régimen vigente, mediante la dimisión del Gobierno en pleno, disolución de las Cortes y de la Jefatura v del Estado, abolición de la actual Constitución e iniciar un proceso de constitución de un nuevo sistema de organización política, económica o social en modo alguno puede ser constitutivo de delito, ya no solo porque no existe tal delito en la legislación penal española, sino porque de existir atentaría claramente al derecho fundamental de libertad de expresión, pues hay que convenir que no cabe prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad, máxime ante la convenida decadencia de la denominada clase política.³⁴⁸

11 LA NEGACIÓN (ANTIGUO ART. 607.2)

Caso: Librería Europa

El acusado, actuando en su condición de titular y director de la librería Europa ... ha venido procediendo de forma habitual y continuada, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc..., en los que se negaba la persecución y genocidio sufridos por el pueblo judío durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial. La inmensa mayoría de dichas publicaciones contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerandolos seres inferiores a los que se debe exterminar como ‘a las ratas’; “en la citada librería se vendían también publicaciones relativas a Arte, Historia y Mitología religiosa, pero su número era manifiestamente testimonial en comparación con las obras dedicadas al revisionismo del holocausto judío.

293

El art. 607.2 CP, introducido en el Código penal de 1995, disponía lo siguiente:

294

“La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos [de genocidio y afines] tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”

11.1 Consideraciones generales

El artículo 607.2 CP fue introducido en el ordenamiento jurídico español, junto al artículo 510.1 CP, a través de la LO 4/1995, de 11 de mayo como respuesta jurídico-penal a “*la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista perpetrados bajo las banderas y símbolos de ideología*”

295

nazi”³⁴⁹.

11.2 La limitación de derechos fundamentales

- 296 La incidencia del – parcialmente anulado – art. 607.2 CP sobre la libertad de expresión (art. 20.1 CE) viene determinada por la inicial descripción de las conductas perseguidas, consistentes en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas.³⁵⁰
- 297 Eventualmente, el ilícito previsto en el – parcialmente anulado – art. 607.2 CP puede perseguir una conducta que amparada por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a través del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) [*véase al respecto, párr. 39*].³⁵¹

11.3 El bien jurídico protegido

11.3.1 *La paz pública*

- 298 Uno de los bienes jurídicos protegidos por el – parcialmente anulado – art. 607 del Código Penal, puede desprenderse de la afirmación del Tribunal Constitucional, según la cual ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas

³⁴⁹ Exposición de Motivos de la LO 4/1995

³⁵⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 6

³⁵¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 6

colectividades “*tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social*”.³⁵²

Con ello se alude al bien jurídico de la paz pública (*véase al respecto en párr. 158*). En el derecho comparado, el Tribunal Federal Constitucional alemán ha establecido que la paz pública constituye un bien jurídico idóneo (legítimo) para justificar la limitación de la libertad de opinión, a través del § 130 párr. 4 del Código Penal. El tribunal se pronunció además, acerca de si la apreciación del legislador, según la cual, la aprobación del régimen de tiranía y despotismo de aquél tiempo, podría afectar la paz pública, constituiría una apreciación constitucionalmente adecuada.³⁵³ 299

En el primer pronunciamiento judicial respecto al caso de la *Librería Europa*, el Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona sostuvo que el –*parcialmente anulado* – artículo 607.2 CP debe calificarse de delito de peligro abstracto, puesto que se trata de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad que, en sí mismo y de forma inmediata, podría concretarse en actos específicos de violencia o discriminación ejecutados por terceros, destinatarios de dicho mensaje, resultando taxativamente prohibidos por la ley. Como todo delito de riesgo, lleva implícito el elemento objetivo de peligrosidad e idoneidad, ya que su contenido deviene apto y eficaz para crear en otros la citada actitud hostil generadora de atentados específicos a la vida, la salud, la dignidad o la integridad físico y/o moral de los demás.³⁵⁴ 300

Desde el punto de vista del Abogado del Estado, profesar ideas y doctrinas que nieguen que el genocidio sea delito, o que justifiquen el delito resulta peligroso —al menos en abstracto— para el bien jurídico protegido, toda vez que con ello podría llegarse a estimular resortes psicológico-sociales no bien conocidos, y crear una atmósfera social que, como demuestra el desarrollo de los hechos en la Alemania nazi, comienza con la discriminación legal en el acceso a cargos 301

³⁵² STC 214/1991 Fj 8

³⁵³ BVerfGE 124, 300/335 – Homenaje a *Rudolf Heß*

³⁵⁴ Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998 FD 6

públicos y profesiones, sigue con el estímulo de la emigración de parte de la población, y se extiende e intensifica en todos los campos de la convivencia hasta los extremos de destrucción y exterminio que conoce la historia.³⁵⁵

302 Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado coincidieron respecto de cuáles son, en concreto, los bienes jurídicos afectados por la indicada conducta: los derechos de ciertas minorías religiosas, étnicas o raciales y el propio orden constitucional en tanto en cuanto el sistema democrático se vería desestabilizado por el crecimiento y extensión de ideas o doctrinas negadoras o justificadoras de ciertos hechos históricos ulteriormente calificados jurídicamente como delitos de genocidio.³⁵⁶

303 Para algunos autores la *ratio* no debe buscarse en un fundamento racional-instrumental como delitos de peligro, sino en la molestia y la intranquilidad de la población, que resultan especialmente intensos en la reacción a los símbolos nacionalsocialistas y a la negación de *Auschwitz*, pues con ellos se lesionan hitos importantes para nuestra autocomprensión”.³⁵⁷

304 Es así como para considerar penalmente relevante la negación del genocidio es necesario que se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación hacia los colectivos afectados. Así puede defenderse que aquello que se quiere castigar no sean las ideas o pensamientos del negacionista, o, en definitiva, su mera personalidad interna antisemita, xenófoba y discriminatoria, sino la perpetración de una conducta, que consiste en la promoción o el favorecimiento por medio de la difusión de concepciones negacionistas de ese clima al que alude al articulado, que podría acabar concretándose en episodios de discriminación o violencia hacia el colectivo

³⁵⁵ Escrito de fecha 24 de noviembre de 2000 presentado por el Abogado del Estado, oponiéndose a la cuestión de inconstitucionalidad promovida (STC 235/2007 Antecedentes, párr. 7)

³⁵⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 3

³⁵⁷ Bilbao, La negación de un genocidio no es una conducta punible, pág.320

judío.³⁵⁸

Se adoptaría así una interpretación análoga a la ofrecida por una consolidada doctrina respecto al delito de provocación a la discriminación, odio o violencia regulado en el vigente artículo 510.1 CP: las ideas o pensamientos no son el objeto del castigo, lo es fomentar en terceros ciertos comportamientos discriminatorios, violentos o de odio que repercutan contra un colectivo definido.³⁵⁹ 305

Esta referencia al término “*clima*” recuerda a la teoría propuesta por Waldron sobre los efectos perniciosos del *hate speech*. Esto es, en líneas generales, la progresiva cultivación de un clima de hostilidad, animadversión y violencia hacia los colectivos, grupos y minorías objeto de esta clase de discursos.³⁶⁰ 306

11.3.2 *La igualdad y la dignidad de la persona*

Según el Tribunal Constitucional, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, el art. 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 307

³⁵⁸ Bernal, La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015, pág.14

³⁵⁹ Bernal, La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015, pág.14

³⁶⁰ Waldron, The Harm in Hate Speech, pág.212

10.1 CE).³⁶¹

- 308 En sentencia posterior afirmó el TC que, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo. Ello deriva del conflicto con el principio de dignidad humana (art. 10.1 y 2 CE).³⁶² Con respecto al principio de la dignidad de la persona, véase en párr. 151.
- 309 La incitación indirecta a la comisión del delito de genocidio afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales.³⁶³
- 310 En el Voto del Magistrado *don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez* se señala que, al igual que la Ley Fundamental de Bonn (artículo 1) la Constitución española de 1978 proclamó, por ello, que “*la dignidad de la persona humana*” es el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), al considerar que sólo una concepción del Derecho fundada en dicha dignidad puede fundamentar un Estado social y democrático de Derecho y que dicho Estado debe contar además, para ser plural, con mecanismos de garantía frente a la repetición de intentos de perversión del pluralismo.³⁶⁴
- 311 En el derecho alemán, la referencia a la dignidad humana como uno de los bienes jurídicos protegidos por el delito de negación del genocidio es controvertida. En la doctrina se afirma en todo caso, que la negación de la persecución a los judíos

³⁶¹ SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 235/2007, de 7 de noviembre Fj 5

³⁶² STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 5. También en este sentido, Rollnert, Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional, pág. 128

³⁶³ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 8; Solozabal, Libertad de expresión y derecho a la información, pág.114

³⁶⁴ Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez respecto de la Sentencia del Pleno de 7 de noviembre de 2007 (STC 235/2007), referente al delito de difusión de ideas que nieguen o justifiquen delitos de genocidio

constituye una grave afectación de sus derechos de personalidad, bien de las víctimas, cuya protección tiene eficacia incluso después de su muerte, como de los judíos residentes en Alemania. Por su parte, en la jurisprudencia del TEDH se alude al honor de las familias y los allegados de las víctimas de atrocidades.

11.4 La interpretación del antiguo art. 607.2 CP

11.4.1 *El elemento tendencial*

Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite 312 distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores.³⁶⁵ Esta interpretación sería determinante de la declaratoria de inconstitucionalidad del delito de negación, y de la interpretación conforme a la Constitución del delito de justificación del genocidio.

Un criterio distinto fue sostenido por el Magistrado *don Roberto García-Calvo* 313 y *Montiel*, quien coincidía con el Abogado del Estado, en el sentido que, no se trata de la pura negación de unos hechos, sino la negación o justificación “*de los delitos*”, abrumadoramente ciertos, por desgracia para la humanidad, en el caso de la destrucción de los judíos europeos. Propiamente, no estaría en juego la libertad de información, que no protege las falsedades deliberadas, sino la

³⁶⁵ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 7; Bilbao, La negación de un genocidio no es una conducta punible, pág. 330

difusión de cierto tipo de ideas o doctrinas.³⁶⁶

- 314 En el mismo sentido, el *Magistrado don Pascual Sala Sánchez* señaló que, no sería nunca admisible interpretar que el legislador del Código penal hubiera querido incriminar solo una aséptica conducta de negación fáctica desprovista de toda intencionalidad. Esta sí podría merecer el concepto de interpretación abusiva y sacada de contexto y, al propio tiempo, el de una innecesaria restricción en la incriminación de conductas penalizadoras del gráficamente llamado “*discurso del odio*”, que todas las modalidades de genocidio y de su defensa implican y que todo Estado democrático está obligado a perseguir.³⁶⁷ Véase también, párr. 322

11.4.2 *La apología*

- 315 El Tribunal Constitucional rechazó la posibilidad de interpretar que conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. Advirtió que el legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CP, a cuyo tenor la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos de genocidio será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la que les correspondiese. El hecho de que la pena prevista en el art. 607.2 CP – parcialmente anulado – sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada.³⁶⁸
- 316 En criterio del *Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel*, estamos en presencia de un delito de peligro abstracto que con especificidad propia se diseña a partir de la polivalente expresión cual es la “*difusión*” que abarca tres

³⁶⁶ Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, párr. 3

³⁶⁷ Voto particular que formula el Magistrado don Pascual Sala Sánchez a la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, párr. 4

³⁶⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 7

modalidades comisivas con una concreta referencia a “*los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo*”. Con ello se cierra el círculo sancionador previsto por el legislador para las conductas relativas al delito de genocidio, que, por ello resulta distinto y diferenciado de otras figuras criminales como la provocación para delinquir (art. 18 CP), o la incitación al odio racial (arts. 510, 515.5, 519 y 615 del mismo CP), supuestos de concurso o conflicto de leyes para los que el art. 8 del Código penal ofrece las procedentes soluciones.³⁶⁹

En criterio del Magistrado *don Ramón Rodríguez Arribas*, el elemento 317 tendencial de la negación del delito de genocidio se encuentra directamente encaminado a minimizar o a explicar hechos monstruosos de genocidio para romper la barrera de repugnancia social que impide su temible repetición. Se trata de la misma intención que el legislador habría establecido con respecto al delito de justificación, como lo pone de manifiesto la equiparación que entre ambas conductas realiza el apartado 2, del art 607 CP – parcialmente anulado –, como una misma conducta punible.³⁷⁰

Un sector de la doctrina ha sido partidario de tildar al tipo penal negación del 318 genocidio, como un delito de apología del genocidio, por medio de una interpretación sistemática del precepto con el artículo 18.1 CP.³⁷¹

Esta premisa ha sido criticada, en tanto que la interpretación literal del artículo 319 607.2 CP no exigía ninguna suerte de provocación o incitación directa a cometer un delito de genocidio (artículo 607.1 CP), a diferencia del delito de apología del artículo 18.1 CP. El precepto castigaba la difusión de las ideas o doctrinas negacionistas en sí misma considerada, no un mero acto preparatorio.³⁷² Los

³⁶⁹ Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto de la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, párr. 4

³⁷⁰ Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de 7 de noviembre de 2007, STC 235/2007, de 7 de noviembre, párr. 2. En términos similares, el Voto particular que formula el Magistrado don Pascual Sala Sánchez a la indicada Sentencia, párr. 1

³⁷¹ Turienzo, El delito de negación del holocausto, pág.14

³⁷² Turienzo, El delito de negación del holocausto, pág.14

requisitos del 18.1 no serían aplicables al 607.2. La conducta se perfecciona al difundir la idea o la doctrina en cuestión, sin que requiera nada más, ni provocación, ni vejación o humillación de las víctimas.³⁷³

- 320 En base a tal criterio, la modalidad o subtipo de negación del genocidio no sería un supuesto de apología, porque cuando se niega un hecho histórico no se está ensalzando ese hecho, en este caso el genocidio, ni enaltecendo a sus autores. Es un supuesto de persecución penal del negacionismo histórico. En criterio de *Feijoo*, la mal llamada “*apología del genocidio*” es un supuesto específico de apología o cuasi-apología tipificado en la parte especial que quiebra los principios político-criminales del legislador del Código Penal de 1995 con respecto a conductas apologéticas³⁷⁴. Para *Barquín* sería una apología “*impropia*”³⁷⁵. Se adelantarían aún más las barreras de protección penal hasta configurar un delito de opinión.³⁷⁶

11.5 El delito de negación (art. 607.2 CP *anulado*)

11.5.1 *La exclusión del ámbito de protección*

- 321 El Tribunal Constitucional rechazó que la variante de negación de un delito de genocidio pueda ser considerada como una modalidad de “*discurso del odio*” al que alude el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión. Dicho discurso viene definido como aquél que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que

³⁷³ Bilbao, La negación de un genocidio no es una conducta punible, pág.320

³⁷⁴ Feijoo, Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 del Código Penal), pág. 2271

³⁷⁵ Barquín, Apología del genocidio, pág.376

³⁷⁶ Landa, Incitación al odio, pág. 297

no es el supuesto contemplado en ese punto por el – *parcialmente anulado* – art. 607.2 CP.³⁷⁷

11.5.2 *La idoneidad*

Según el TC no puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del – *parcialmente anulado* – art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado.³⁷⁸ 322

Un criterio distinto fue sostenido por el Magistrado don *Ramón Rodríguez Arribas*, quien advirtió que, el llamado “*negacionismo*” es, en sí mismo y cuando menos, un claro menosprecio hacia las víctimas que lo sufrieron y así se presenta en cuantas ocasiones se produce en la realidad de quienes sostienen, por ejemplo, que el holocausto no existió y que solo es propaganda sionista. Dichas actitudes van encaminadas a hacer surgir estados de opinión tergiversados sobre este hecho histórico, ciertamente contrarios a lo que realmente aconteció, tratando así de fomentar el olvido del mismo, por lo que el precepto no trata de castigar la libre difusión de ideas u opiniones, por muy reprobables y rechazables moralmente que fueran, sino de proteger a la sociedad de aquellos comportamientos que, una sistemática preparación psicológica de la población, a través de medios propagandísticos, generarían un clima de violencia y hostilidad que, de forma mediata, pudiera concretarse en actos 323

³⁷⁷ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 8; Landa, La llamada mentira de Auschwitz (art. 607.2º CP) a la luz del “caso Varela”, pág. 692

³⁷⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 8

específicos de discriminación racial, étnica o religiosa.³⁷⁹

- 324 En el derecho comparado, el Tribunal Federal Constitucional alemán sostuvo que cuando se presenta una aprobación, exaltación o justificación del régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo, no es cuestionable desde el punto de vista constitucional, que de allí se derive la presunción de que la dignidad de las víctimas resulta afectada por tales expresiones, así como de una perturbación de la paz pública. Entendemos que tal presunción debe ser interpretada como una relación de regla-excepción, según la cual la aprobación, exaltación o justificación del régimen de tiranía y despotismo del nacionalsocialismo, por regla general también produciría la infracción de la dignidad humana de las víctimas, a menos que se presentaran otras circunstancias extraordinarias. Este criterio también había sido sostenido por el Tribunal Federal Administrativo.
- 325 Por su parte, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el negacionismo referido al Holocausto, no sólo que atenta contra la dignidad de las víctimas, sino además que supone una incitación al odio y la discriminación de los judíos.

11.5.3 *La proporcionalidad*

- 326 De acuerdo con la interpretación literal del – *parcialmente anulado* – art. 607.2 CP, estableció el TC que, una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de la libertad científica y del derecho a la libertad de expresión.³⁸⁰ Señaló que, no estamos ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. Más allá del riesgo, indeseable

³⁷⁹ Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de 7 de noviembre de 2007, párr. 1

³⁸⁰ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 8

en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político.³⁸¹

11.5.4 *La interpretación conforme*

El Tribunal Constitucional observó por una parte que, el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio.³⁸² Sin embargo, forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del – parcialmente anulado – art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).³⁸³ 327

Coincidimos con el criterio contrario del *Magistrado don Pascual Sala Sánchez*, 328

³⁸¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 6; Lascurain, La libertad de expresión tenía un precio, pág.71

³⁸² STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 7

³⁸³ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 8

quien recordó que, aunque los principios de presunción de constitucionalidad del legislador democrático y de conservación de la Ley no permiten que la interpretación conforme acabe siendo una interpretación contra legem, es necesario para ello que el sentido de la norma sea “*evidente*” y, como tal, contrario a la aludida posibilidad (*véase al respecto, párr. 242*).³⁸⁴

11.6 La Constitucionalidad del art. 607.2 – *derogado*

- 329 El Tribunal Constitucional declaró que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castigaba la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de la Sentencia.

11.6.1 *La interpretación conforme*

- 330 El primer inciso del artículo 607.2 del Código penal debía ser interpretado conforme a la Constitución en el sentido de que la justificación pública del delito de genocidio, opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación del genocidio suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en 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

³⁸⁴ Voto particular que formula el Magistrado don Pascual Sala Sánchez a la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, párr. 4

puede concretarse en actos específicos de discriminación.³⁸⁵

En criterio del *Magistrado don Pascual Sala Sánchez*, el cual compartimos, no se comprende bien como esa misma interpretación puede resultar inadecuada cuando se trata de la conducta consistente en la “*negación*”.³⁸⁶ 331

11.6.2 *La delimitación entre hechos y opiniones*

La difusión de ideas que justifiquen el genocidio, constituye un juicio de valor, con respecto al cual, sí resultaría posible apreciar el citado elemento tendencial,³⁸⁷ esto es, que persiga objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio.³⁸⁸ 332

11.6.3 *La exclusión del ámbito de protección*

Según el Tribunal Constitucionale, el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen “*las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas*”.³⁸⁹ 333

11.6.4 *La incitación indirecta*

La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia 334

³⁸⁵ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 9

³⁸⁶ Voto particular que formula el Magistrado don Pascual Sala Sánchez a la STC 235/2007, de 7 de noviembre

³⁸⁷ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 9

³⁸⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 8

³⁸⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 9

misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.³⁹⁰

335 Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en 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.³⁹¹

336 Estimamos que el criterio expuesto merece un tratamiento cuidadoso. Por una parte, la reducción del tipo penal a las conductas que, aunque sea de forma indirecta, supongan una provocación al genocidio, permite excluir de la punibilidad la expresión de ideas peligrosas, que no supongan una afectación de bienes jurídicos, lo cual ha sido objeto de elogio. En criterio del Magistrado *don Juan Antonio Xiol Ríos*, la exigencia de que la constitucionalidad de la represión penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo impone que se acredite que exista una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista,

³⁹⁰ SSTC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 9; 112/2016, de 20 de junio Fj 3

³⁹¹ STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 8

constituye un avance muy importante.³⁹²

Pero, por otra parte, el parámetro de la incitación indirecta puede ser 337 problemático, desde el punto de vista de su determinabilidad.

11.6.5 *La interpretación conforme*

Por el contrario, y siempre a juicio del Abogado del Estado, en el fundamento 338 jurídico cuarto del Auto de planteamiento de la cuestión se señalan no ya las similitudes existentes entre el precepto cuestionado y esas otras normas penales sino sus diferencias, razonándose, en función de dicha diversidad, acerca de la imposible extensión analógica de estas últimas a la norma cuestionada; operación que, en opinión del Abogado del Estado, no plantearía los problemas que sugiere el órgano judicial proponente pues no se trataría de que la extensión analógica al art. 607.2 de los elementos definidores de la apología presentes en las conductas descritas en esos otros preceptos viniera a ampliar la esfera de lo punible definida en el mencionado precepto sino, por el contrario, de restringirla mediante la incorporación de tales elementos.³⁹³

Esquema del caso: Librería Europa

339 Coincidimos con el *Magistrado don Pascual Sala Sánchez*, que en la presente cuestión se contempla, en cambio, una conducta de distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, en los que “*de forma reiterada*” se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial. Resulta clara, la existencia del elemento intencional de provocación al odio hacia las víctimas del holocausto.³⁹⁴ Desde ese punto de vista, la duda de inconstitucionalidad, referida a los supuestos de la inocua negación del hecho histórico no era determinate para resolver el asunto

³⁹² Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia 112/2016, de 20 de junio, párr. 3

³⁹³ Escrito de fecha 24 de noviembre de 2000 presentado por el Abogado del Estado, oponiéndose a la cuestión de inconstitucionalidad promovida (STC 235/2007 Antecedentes 7)

³⁹⁴ Voto particular que formula el Magistrado don Pascual Sala Sánchez a la Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, párr. 4

planteado. Pero, en todo caso, nada impedía que el tribunal de la causa realizara una interpretación de los elementos del tipo, que tome en consideración la influencia de los derechos fundamentales. Especialmente, tal interpretación no hubiera sido contraria al principio de reserva legal, por tratarse de una interpretación restrictiva, favorable al procesado.

12 LA NEGACIÓN... (ART. 510.1.C)

El artículo 510.1.c del Código Penal,³⁹⁵ dispone lo siguiente:

340

Artículo 510

1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) (...)

b) (...)

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

12.1 Aspectos generales

La reforma de 2015 supone la tipificación de las conductas que hasta esta reforma constituían el art. 607.2.

341

En la revisión del Preámbulo de la ley, encontramos que a través de la reforma de estos preceptos el legislador ha perseguido dos objetivos, ambos previsibles y oportunos: (i) se pretende llevar a sus consecuencias lógicas la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 235/2007, que interpretaba la respuesta

342

³⁹⁵ Redactado por el número doscientos treinta y cinco del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

constitucional aceptable para las conductas de negación y enaltecimiento del genocidio, (ii) se pretende adaptar la legislación penal a la Decisión Marco (DM) 2008/913/JAI, de 28.9.2008 (Diario oficial de la Unión Europea, de 6.12.2008), relativa a la tipificación de determinadas formas especialmente graves de racismo y xenofobia.

- 343 El cumplimiento de estos objetivos ha generado importantes consecuencias, entre las cuales se encuentra que las conductas de justificación, negación y enaltecimiento del genocidio pasan expresamente a constituir una modalidad punible de la incitación a la violencia, al odio o a la discriminación, regulándose en el art. 510, en su número 1.c).
- 344 La reforma de 2015, al trasladar la apología o justificación del genocidio al art. 510 CP, está efectivamente siguiendo la orientación político-criminal de la DM 2008, si tenemos en cuenta que en el Código Penal es el art. 510 el precepto cuya *ratio legis* consiste precisamente en regular los delitos de discriminación concretados en conductas de opinión que incitan al odio o a la violencia.³⁹⁶
- 345 La ubicación sistemática de la conducta típica del art. 510.1.c) confirma su naturaleza como delitos de peligro. Se persigue adelantar la intervención penal para evitar la creación, mediante la palabra o el escrito, de unas condiciones sociales que se pueden calificar de rechazo, violencia y hostilidad hacia esos grupos y personas, conductas que tienen además la potencialidad de generar un peligro para alguno de los derechos fundamentales o de los derechos ciudadanos de los sujetos pasivos.

12.2 Las conductas típicas

- 346 Resulta controversial que la primera forma de cometer este delito sea “negar” el

³⁹⁶ Alcácer, Víctimas y disidentes, pág.45

genocidio o los otros delitos aquí comprendidos. Aunque la intención del legislador no haya sido la de repetir el delito de “*negacionismo histórico*”, la inclusión de dicha expresión en el nuevo art. 510.1.c) puede generar problemas de interpretación. En todo caso es necesario interpretar esta conducta de acuerdo con la sentencia 235/2007, que rechaza la constitucionalidad de la tipicidad de la pura negación de los genocidios si no implica la afectación de derechos de terceros.

La conducta “*negacionista*” deberá ser entendida como aquella opinión que, por rechazar unos hechos históricos, encierra contextualmente un contenido de ofensa a las víctimas de los mismos, de una forma que al menos genere una posibilidad de desconfianza hacia ellas o que las ofenda o que induzca al menos indirectamente a su rechazo.³⁹⁷ 347

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la proximidad entre las conductas de justificar un genocidio u otro delito y trivializar su comisión, supuesto encierra también ese significado de rechazo hacia las víctimas de otros delitos y de posible favorecimiento intencional de una futura violencia o discriminación. Ambas formas de manifestar una opinión aparecen con frecuencia en la realidad como conductas habituales del lenguaje del odio y así se recogen en la jurisprudencia que ha resuelto estos casos. 348

12.3 Publicamente

Adicionalmente, se exige que la negación de los hechos genocidas sea realizada “*públicamente*”. Con ello se pretende ponderar la idoneidad de las opiniones vertidas para crear violencia u hostilidad como un fenómeno que no se dirige a una o a pocas personas. No obstante, sólo se exige con claridad para el caso de 349

³⁹⁷ Bernal, La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015, pág.4

la negación de un genocidio pero no para las demás conductas, a pesar de ser este un criterio que debe ser tomado en cuenta para determinar la peligrosidad de las mismas y que, además, resulta característico en los delitos de opinión, que pertenecen al género de las conductas comunicativas.³⁹⁸

12.4 La promoción o favorecimiento

- 350 Las conductas típicas que “*promuevan*” o “*favorezcan*” la violencia, el odio u hostilidad, definidas en el art. 510.1.c), no pueden interpretarse sólo en un sentido subjetivo o intencional, en cuanto tendencia del sujeto que expresa opiniones de odio con las que se busca promover o fomentar tal clima de hostilidad o discriminación, sino en un sentido objetivo que manifieste la posibilidad real de la creación de tal situación.³⁹⁹
- 351 Así las cosas, lo relevante de este nuevo delito no es la naturaleza directa o indirecta de las opiniones vertidas en relación a los delitos enaltecidos o justificados. Lo relevante es el peligro que con ellas se genera. Se trata, en todo caso, de un peligro posible de que los hechos enaltecedores promuevan o favorezcan una situación objetiva de discriminación, violencia u hostilidad, sin quedarse en una posibilidad tan inconcreta de tal situación que no atienda a las circunstancias o contexto en que se difundan las opiniones.⁴⁰⁰

³⁹⁸ SAP Barcelona 26.4.2010, FJ 7º

³⁹⁹ Torio, Los delitos de peligro hipotético, pág.70

⁴⁰⁰ Bernal, La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015, pág.15

13 INCITACIÓN AL ODIO

Uno de los preceptos más destacados de la reforma penal introducida por la Ley 352
Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, es el artículo 510 CP, el cual contempla una
redacción totalmente novedosa que parecía justificarse en dos aspectos distintos:
por un lado, en que la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de
noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de
racismo y xenofobia, debía ser traspuesta al ordenamiento jurídico español. A
pesar de este aparente antecedente es necesario hacer notar que mientras la
norma comunitaria “sanciona los supuestos de incitación pública al odio y
violencia”, el legislador ha extendido el castigo a “otros actos que, sin llegar a
la categoría de actos preparatorios, previos a los mismos, o participaciones
intentadas, pueden promover, o incitar indirectamente al odio” a la vez que
incluye el concepto de “hostilidad” no exigido por la Decisión Marco.⁴⁰¹

Adicionalmente, encontramos como antecedente la interpretación dada por el 353
Tribunal Constitucional sobre el delito de negación del genocidio. No obstante,
que el legislador pareciera no respetar el límite trazado por el supremo intérprete
de la Constitución, pues “junto a los casos de incitación —directa o indirecta—
, amplía la conducta típica” a supuestos que no serían más que “participaciones
impunes en tentativas”.⁴⁰²

La circunstancia de que uno de los principales bastiones de la política criminal 354
española en la lucha contra la discriminación venga representada por un
precepto en el que se castiga la incitación a la discriminación, el odio o la
violencia no debe verse, en absoluto, como algo casual. En buena medida, la
proliferación de la técnica legislativa consistente en la tipificación de conductas
de incitación a la violencia, el odio y la discriminación racial, homófoba, se debe

⁴⁰¹ Portilla, La represión penal del discurso del odio, pág. 380

⁴⁰² Garrocho/Portilla, Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la
violencia, pág.935

a causa de los compromisos internacionales asumidos por los correspondientes Estados en la lucha contra el racismo y la xenofobia.⁴⁰³

- 355 En cualquier caso, los tipos delictivos que ahora recoge el artículo 510 CP ya habían sido discutidos por la doctrina desde sus precedentes más lejanos en el sistema democrático español, fundamentalmente por dos razones: (i) porque encuentran serias dificultades de conciliación con los principios básicos del Derecho penal, en particular con el de intervención mínima⁴⁰⁴, en tanto que podrían suponer un adelantamiento excesivo de las barreras de intervención del Derecho penal.⁴⁰⁵, (ii) algunos de ellos pueden contravenir el derecho constitucional a la libertad de expresión.⁴⁰⁶ Recordemos pues que la libertad de expresión aspira a proteger “en su dimensión institucional, el desarrollo del debate social sobre asuntos con relevancia pública, como vehículo para la deliberación inherente a un sistema democrático”⁴⁰⁷

13.1 Principio de intervención mínima del derecho penal

- 356 En España la doctrina penal ha discutido con profusión la cuestión de fondo relacionada con esta materia especialmente mediante el análisis de si los anteriores artículos 510 y 607.2 CP suponían una intervención injustificada que violaba la libertad de expresión.⁴⁰⁸ La opinión mayoritaria, que se corresponde en lo esencial con la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que tal derecho fundamental

⁴⁰³ Landa, La intervención penal frente a la xenofobia, cit., pág.57

⁴⁰⁴ Del Rosal, La regulación legal de los actos preparatorios en el Código penal de 1995, pág.953

⁴⁰⁵ Alastuey, La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013, pág. 12

⁴⁰⁶ Alastuey, La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013, pág. 12

⁴⁰⁷ Alcácer, Discurso del Odio y discurso político, pág. 10.

⁴⁰⁸ Landa, Incitación al odio, pág. 297

encuentra sus límites en aquellas manifestaciones innecesarias que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro.⁴⁰⁹

Sin embargo, es pacíficamente admitido que la libertad de expresión no sólo protege a las opiniones no peligrosas las opiniones hirientes, chocantes o molestas también están, en principio, amparadas por la libertad de expresión. “No podemos castigar la mera expresión de una ideología política aunque ésta sea antidemocrática”.⁴¹⁰

Recordemos el llamado efecto desaliento, el Tribunal Constitucional de España señala en su sentencia 136/1999 que el desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales que una determinada medida puede generar no constituye una novedad en su jurisprudencia, y para demostrarlo pone como ejemplo la protección que la jurisprudencia constitucional ha venido deparando al informador que, después de una diligente comprobación por su parte, comunica unos hechos que resultan ser falsos. Sobre el particular el Tribunal afirma lo siguiente:

El Tribunal Constitucional aprecia que la imposición de una sanción penal puede generar distintos efectos. Por una parte, está el efecto directo que se persigue con la medida punitiva, que lógicamente consiste en desalentar la ejecución de un comportamiento reprochable. Pero también observa que junto a los efectos directamente buscados por la norma, una pena excesiva o desproporcionada puede generar otros efectos, que técnicamente cabría calificar de concomitantes o colaterales⁴¹¹, consistentes en desalentar el ejercicio legítimo de los derechos a la libre expresión e información, y a la participación en los

⁴⁰⁹ Lascurain, La libertad de expresión tenía un precio, pág.114

⁴¹⁰ Lascurain, ¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?, pág. 33

⁴¹¹ De Domingo Pérez T, La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado ‘chilling effect’ o ‘efecto desaliento’, pág. 153

asuntos públicos.⁴¹²

- 360 En este sentido, revisemos la siguiente decisión del TC “[Aunque los mensajes objeto de sanción contenían elementos intimidatorios y los recurrentes no fueron condenados por el ejercicio lícito de las libertades de participación, de expresión y de información, sino por colaboración con banda armada, a partir de esta sola constatación no cabe excluir que el establecimiento de ciertos tipos penales o ciertas interpretaciones de los mismos pueda afectar a los citados derechos, siquiera sea indirectamente. Esto es así porque el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos. Precisamente por ello, 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”.⁴¹³
- 361 Esto reviste gran importancia cuando “la conducta lícita que puede ser desalentada es una conducta en ejercicio de un derecho fundamental, desde la óptica constitucional se plantea sin duda un grave problema, pues los poderes públicos no pueden desanimar el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que se encuentran por el contrario obligados a promoverlo”.⁴¹⁴
- 362 La dimensión institucional de los derechos fundamentales está presente en este razonamiento, es más, constituye su principal apoyo. Como ha puesto de relieve

⁴¹² STC/136/1999

⁴¹³ STC/136/1999 (fundamento jurídico 20.º)

⁴¹⁴ Martínez-Pujalte A, Algunos Principios Básicos en la Interpretación de los Derechos Fundamentales, pág.134

el Tribunal Constitucional en una de sus primeras resoluciones⁴¹⁵, los derechos fundamentales no son sólo derechos individuales, sino que también se configuran como “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”.

En primer lugar, sólo se puede valorar correctamente el desaliento que una medida puede ocasionar en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental a partir de la clara comprensión de las circunstancias en que normalmente se desenvuelve dicho ejercicio. Esto requiere delimitar correctamente el contenido de los derechos fundamentales tratando de comprender, a partir de una reflexión predominantemente teleológica, cuál es el bien jurídicamente protegido por cada derecho fundamental. Dicho de otro modo, el análisis de los efectos de desaliento que una medida puede generar, hace necesaria una reflexión a partir de los límites internos de los derechos fundamentales, es decir, de aquellos límites que se derivan de la propia naturaleza del bien jurídico protegido por el derecho en cuestión.⁴¹⁶ 363

En todo caso, aceptar que existen discursos de odio que pueden poner en efectivo peligro el propio fundamento del sistema democrático y que no deben ser amparados bajo el derecho a la libertad de expresión, suponer poder establecer criterios que permitan determinar qué tipo de mensajes de odio pueden efectivamente poner en peligro la democracia. En caso de no hacerlo, no sólo se corre el riesgo de enmudecer a la disidencia política sino de que lo que hoy sirve para incriminar el odio racial vaya extendiéndose poco a poco a otros ámbitos discriminatorios (sexo, orientación sexual, ideología, etc.) a partir de argumentaciones basadas en una supuesta “equivalencia funcional”. Al fin y al cabo la discriminación racial no es el único odio posible, y la aceptación de la penalización de los discursos de odio que pongan en riesgo a la democracia puede derivar en la aceptación de la incriminación de discursos de odio de 364

⁴¹⁵ STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5º

⁴¹⁶ De Domingo Pérez T, La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado ‘chilling effect’ o ‘efecto desaliento’, pág. 173

cualquier otra forma discriminatoria.⁴¹⁷

13.2 Evolución en la interpretación de este tipo penal (510 CP)

- 365 Un parte de la doctrina ha centrado la interpretación de este tipo penal a la luz de las notas características del acto preparatorio de “provocación” definido en el art. 18.1 CP. Pese a los cambios en la redacción del precepto, esta interpretación seguía estando avalada por el verbo típico, que era, precisamente, “provocar”.
- 366 Las dificultades de concreción del tenor literal del precepto podían salvarse identificando plenamente la provocación propia del art. 510.1 con los requisitos de la provocación según el concepto ofrecido por el art. 18.1 CP. En el entendido que los elementos del acto preparatorio de provocación son la publicidad, el carácter directo de la incitación y que esta se dirige a la realización de un acto constitutivo de delito.⁴¹⁸
- 367 Provocar discriminación debía entenderse como la incitación a realizar algún acto discriminatorio constitutivo de delito, mientras que la expresión “*provocar a la violencia*” tenía que interpretarse como incitar a la realización de actos violentos igualmente constitutivos de delito, todo ello de manera directa y ante un colectivo de personas o por medios que faciliten la publicidad.⁴¹⁹ Sin embargo, los conceptos “*discriminación, violencia y odio*” no suponen la ejecución de un comportamiento delictivo. En todo caso la “*provocación*” pudiera suponer en ambos casos adelantar los límites de la tutela penal.
- 368 Desde esta perspectiva se exige una incitación directa inequívocamente

⁴¹⁷ Rodríguez S, El ámbito de aplicación del actual art. 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015, pág.174

⁴¹⁸ Barber, Los actos preparatorios del delito, pág.247

⁴¹⁹ Bernal, La discriminación en el derecho penal, pág.76

orientada a la consecución de los resultados que el provocador se propone⁴²⁰Es suficiente que la provocación tuviera por objeto hechos antijurídicos, aunque no necesariamente ilícitos penales. Esta tesis fue defendida inicialmente por Lorenzo Copello⁴²¹ y asumida después por el Tribunal Supremo en la sentencia sobre el caso de la “*Librería Kalki*”.⁴²²

En esta figura la exteriorización de determinadas ideas ya no es punible por el solo desvalor que estas encierran en sí, sino por el riesgo de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que dicha exteriorización entraña. Ello explicaría que se haya generalizado su tipificación en los países europeos, a raíz sobre todo del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965, incluso entre aquellos países que han preferido no castigar específicamente el negacionismo.⁴²³ 369

El mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia STC 214/1991, indicaba que “ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales [. . .]”, y en la STC 176/1995 consideraba conforme a la Constitución el sancionar penalmente (en el caso concreto sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional, Como delito de injurias graves) la incitación a la violencia por la vía de la vejación del pueblo judío, ya que tal conducta no queda amparada por la libertad de expresión. 370

⁴²⁰ Del Rosal, La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995, pág.69

⁴²¹ Lorenzo, La discriminación en el Código Penal de 1995, pág.253

⁴²² STS 259/2011, de 12 de abril, F. J. 1:(...). En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo

⁴²³ Benlloch, El Derecho Penal ante el conflicto político, pág.195

13.3 La controversia del bien jurídico

- 371 Se ha señalado que el objeto de protección en este delito es la dignidad humana, concretada en el derecho fundamental a la igualdad, por un lado; y el orden público, por otro. Si una de las funciones que debe cumplir la determinación del bien jurídico es la de servir para controlar la legitimidad de una figura, mal podría hacerlo si el bien jurídico protegido se designa en términos tan amplios y de contornos tan difusos. En efecto, bien mirado, qué delito no pretende proteger en forma mas o menos próxima la dignidad humana o el orden público? Siendo esto así, habría que concluir que prácticamente cualquier nuevo delito estaría justificado, con sólo presentar una orientación remota a la protección de la dignidad humana, lo cual parece discutible.⁴²⁴
- 372 En cuanto a la idea de orden público, el injusto de las conductas de provocación al odio y a la discriminación radicaría, en que estas crean un clima propicio a la discriminación que pone en peligro la convivencia social.⁴²⁵ No es el hecho de tener ideas racistas, antisemitas u otras ideas discriminatorias y el así manifestarlo lo que determinaría la punición, sino el hecho de promoverlas y difundirlas, es decir, el hacer nacer en otros esas mismas ideas mediante actos de comunicación.
- 373 Sin embargo, es imprescindible hacer aquí una observación, aun cuando ese acto de comunicación tenga éxito y el receptor acabe por abrazar tales ideas, tampoco esta adhesión ideológica será punible, pues ni el sentir odio ni el abrigar ideas discriminatorias se castiga penalmente, ello vulneraría gravemente el principio penal conforme al cual sólo los actos y no los pensamientos son punibles. Entonces cómo puede ser la difusión de una idea punible. La única respuesta posible es que la difusión se castiga por el riesgo existente de que el receptor de ideas discriminatorias pase, de la simple aceptación intelectual de tales ideas, a la efectiva lesión típica de bienes jurídicos individuales, movido por dichas ideas

⁴²⁴ Benlloch, El Derecho Penal ante el conflicto político, pág.196

⁴²⁵ Laurenzo, La discriminación en el Código Penal de 1995, pág.39

(cometiendo algún delito o falta contra las personas, la libertad sexual, la libertad, la integridad moral, el honor; o alguno de los delitos de discriminación previstos en los arts . 314, 511 y 512 CP; entre otros posibles delitos).⁴²⁶

13.4 Provocación al odio

Algunos autores ha interpretado odio como la creación de actitudes hostiles, esto permite superar al odio como un fenómeno meramente emocional. En todo caso, la provocación al odio y a la violencia tienen en común la consideración del delito de provocación al odio y a la violencia como uno perteneciente a la categoría de “delitos de discriminación” o “delitos antidiscriminatorios”.⁴²⁷ 374

Por otra parte, desde un enfoque constitucional, estas tesis que delimitaban los elementos típicos del delito del art. 510.1 por remisión, en todo o en parte, al art. 18 CP poseían la virtud de lograr una restricción del ámbito de aplicación del precepto que lo alejaba de las dudas de constitucionalidad, al menos por lo que respecta a posibles fricciones con el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión.⁴²⁸ 375

En la provocación del artículo 510.1 CP no se requiere que la actividad provocativa se proyecte sobre un hecho típico concreto. Ni siquiera exige el artículo 510.1 que se provoque a la realización de algún hecho típico genéricamente determinado. Se castiga la simple difusión de ideas que, de ser recibidas y aceptadas, pueden operar en los que las acogen como impulso motivacional de futuras lesiones típicas de bienes jurídicos. Se produce con ello 376

⁴²⁶ Corcoy, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales, pág.25

⁴²⁷ Alastuey, Discurso de odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015, pág.10

⁴²⁸ Alastuey, Discurso de odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015, pág. 11

un excepcional adelantamiento de la intervención penal.

- 377 Se trata de un delito de peligro abstracto, aunque en una modalidad ciertamente peculiar, pues el peligro de que aquí se trata no es otro que el derivado de las ideas.⁴²⁹

13.5 Identificación de un objeto de tutela individual

- 378 En otro orden de cosas, la identificación de un objeto de tutela individual se encontraba con la dificultad de considerar si las conductas típicas habían de dirigirse “*contra grupos o asociaciones*”, de lo que parecía deducirse que el sujeto pasivo del delito había de ser el grupo, y no los individuos miembros del grupo.⁴³⁰
- 379 Para una parte de la doctrina el bien jurídico debe ponerse en relación con el conjunto de condiciones que determinan el sentimiento efectivo de seguridad de un colectivo. Más concretamente, serían objeto de protección “*las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables*”.⁴³¹
- 380 El delito no se orientaría a proteger derechos individuales de los sujetos discriminados, sino que pretendería incriminar preventivamente, esto es, prevenir “*conductas que ponen en marcha un proceso de agresión colectiva contra determinados colectivos especialmente vulnerables*”.⁴³²
- 381 En este orden de ideas, debe advertirse el peligro que representa una incriminación preventiva de esas características, primero por la “*indefinición del fenómeno que se pretende regular*” y, segundo, porque se trata de

⁴²⁹ Borja, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental*, pág.289

⁴³⁰ Landa, *Incitación al odio*, pág. 346

⁴³¹ Landa, *Incitación al odio*, pág. 305

⁴³² Landa, *Incitación al odio*, pág. 297-346

“actividades de alto contenido ideológico”.⁴³³

Se reconoce que esta vía interpretativa corre el riesgo de otorgar protección a tipos penales que sancionan conductas dirigidas a crear un clima favorable⁴³⁴ a la potencial realización de actos hostiles o violentos hacia determinados grupos de personas. Sin embargo, podemos estar ante el riesgo de configurar un delito de opinión⁴³⁵. De allí la necesidad de criterios restrictivos de interpretación. 382

Dos son los criterios restrictivos propuestos: (i) La conducta típica debe mostrar “un nivel relevante de dañosidad social”, que evite el castigo de una mera opinión disidente. A este respecto, debería mostrar un “efecto amenazante coactivo”.⁴³⁶ Se reitera nuevamente la noción de amenaza directa de cometer un delito grave. 383

No obstante, la anterior redacción del artículo 510.1 del CP no cumplía con estos requisitos, con grave peligro para la libertad de expresión; (ii) Se podría identificar en las conductas de provocación descritas ese efecto amenazante coactivo si los actos de provocación tuvieran lugar en un contexto de crisis, en situaciones extremas próximas al estallido de un enfrentamiento civil.⁴³⁷ 384

La justificación de la protección del clima sólo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, en relación con tiempos de crisis de legitimación”.⁴³⁸ 385

Y ello requiere un contexto de crisis: pero la crisis no es una crisis general del Estado que habilita los estados de excepción, alarma o sitio. No es solo ni necesariamente una tal macrocrisis. La referencia puede ser también, tal y como apunta DOPICO, a una microcrisis que convierte un determinado discurso 386

⁴³³ Landa, Incitación al odio, pág.352

⁴³⁴ Jakobs, Derecho penal parte general, pág.315

⁴³⁵ Landa, Incitación al odio, pág. 346

⁴³⁶ Jakobs, Derecho penal parte general, pág.321

⁴³⁷ Landa, Incitación al odio, pág. 346

⁴³⁸ Jakobs, Derecho penal parte general, pág.321

“indirecto” en una eficaz llamada al odio, a la violencia o a la discriminación contra un grupo.⁴³⁹

- 387 En cuanto a la microcrisis, en términos jurídico-penales el art. 510 es un delito de peligro abstracto, no presunto, como la propia jurisprudencia del TS y la jurisprudencia menor ha ido confirmando. No puede ser presunto el peligro porque activaría una prohibición penal de contenidos vetada constitucionalmente. Por tanto la peligrosidad debe ser confirmada en un juicio ex ante en el que es fundamental fijar los referentes.⁴⁴⁰
- 388 El referente final es la parte de la cadena social que cierra, tras muchos eslabones, una dinámica de agresión intergrupal. Y debe ser el crimen contra la humanidad, con su carácter de dinámica sistemática y masiva contra colectivos, la referencia de gravedad para que se pueda evitar que el filtro penal interfiera ilegítimamente en conductas atentatorias contra la dignidad humana o que afecten únicamente a su derecho al honor.⁴⁴¹ El delito del artículo 510 del CP requiere de una mayor gravedad.
- 389 No valen argumentos generales. Debe hacerse creíble el potencial de daño de cada discurso en contexto. Y para ello serían importantes los siguientes subcriterios:

13.5.1 *Autoridad del sujeto activo*

- 390 Para provocar e incitar a la audiencia a quien destina el discurso (autoridad política, líder comunitario, miembro destacado de un determinado grupo...): su ascendente para con el grupo a quien pretende mover a acción y su relación directa con el mismo serán un elemento clave para valorar su capacidad

⁴³⁹ Dopico, Delitos cometidos por motivos discriminatorios, pág.167

⁴⁴⁰ Landa, Incitación al odio, pág.341

⁴⁴¹ Landa, Incitación al odio, pág.342

incitadora.⁴⁴²

13.5.2 *Tipo de Audiencia*

Puede ser un factor de gravedad la posibilidad de manipulación de personas menores de edad (grupos juveniles, parroquiales, musicales) porque el perfil de incitación se dirija precisa y objetivamente a esos nichos de audiencia; pero también será importante conocer hasta qué punto el autor de la incitación lanzaba su mensaje sobre “suelo mojado”: disponibilidad de la audiencia a actuar (situación de tensión local por un reciente asesinato interétnico, por ejemplo) o posibilidad de “neutralización” del mismo por la presencia simultánea de contra-discursos (debates públicos y equilibrados).⁴⁴³ 391

13.5.3 *Medios de comunicación*

Que, en principio, será publico pero que puede resultar de mayor o menor alcance (pintadas, octavillas, publicación local, regional, estatal, internacional, Internet, medios de comunicación de masas, TV, redes sociales).⁴⁴⁴ 392

13.5.4 *Intensidad y frecuencia del mensaje*

Repetición del mensaje y formato de comunicación frente a declaración esporádica.⁴⁴⁵ 393

13.5.5 *Forma y contenido del mensaje*

Expreso o tácito en abstracto (pero explicito en contexto), propio de 394

⁴⁴² Landa, Incitación al odio, pág. 343

⁴⁴³ Landa, Incitación al odio, pág. 344

⁴⁴⁴ Landa, Incitación al odio, pág. 343

⁴⁴⁵ Landa, Incitación al odio, pág. 344

modalidades de agitación organizada e internacional, puramente de incitación o mixto, planificado en el tiempo, extensión, duración, forma, estilo.⁴⁴⁶

13.5.6 *Situación social*

- 395 Contexto de “crisis presente” (o que se crea) de la comunidad de destino del discurso en términos de relación entre grupos (convivencia normalizada o de máxima tensión, situación político-social, número de incidentes violentos con perfil de incitación xenófoba.⁴⁴⁷

13.5.7 *Presencia de otros contextos de interferencia*

- 396 En términos de libertades fundamentales (libertad artística, de cátedra, investigación, posiciones especiales: periodista, político, funcionario publico en el ejercicio del cargo...).
- 397 Estos subcriterios apuntados, podrían ser útiles para ir decantando en sede judicial un test entre el “peligro claro e inminente” de la Corte Suprema de EEUU y la “mera tendencia” al daño social de los discursos.
- 398 La vía incitadora o provocadora podrá ser directa o indirecta a actos concretos o no: pero la referencia final —y en ese sentido es indirecta— será si el discurso agitatorio general o filogenocida entraña algún peligro abstracto posible para los bienes jurídicos como medio instrumental —eslabón intermedio— de una cadena de agresión contra colectivos vulnerables. En un campo tan delicado como el de “delinquir con las palabras” el problema real no es el discurso crudo y basto de incitación concreta a delitos o actos concretos evidentemente rechazables, sino los discursos de envenenamiento indirectos, tácitos pero

⁴⁴⁶ Alastuey, Discurso de odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015, pág.10

⁴⁴⁷ Alastuey, Discurso de odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015, pág.11

eficaces.⁴⁴⁸

El TS argumenta esa necesidad de que la incitación se dirija de forma directa a 399
actos “mínimamente concretados” (actos de odio, discriminación o violencia)
como resultado de una adhesión tacita a la corriente doctrinal que asegura que
en el artículo 510 la mención a la “provocación” debe entenderse a la luz de las
características que la definen en el artículo 18 del Código Penal 27. Por tanto
debe ser directa, percibida por el destinatario, idónea para convencer
(virtualidad suasoria y de convencimiento) y de carácter publico. Solo habría
una salvedad: que el hecho al que se provoque no debe ser constitutivo de delito
en la medida en que en la dicción legal aparecen términos como el odio que es
un sentimiento que no necesariamente requiere para su aparición la comisión de
conducta delictiva ninguna.⁴⁴⁹

Habida cuenta que en Europa (TEDH) y en particular en España (TC) está de 400
momento abierta la legitimidad de la vía penal al respecto, la única tradición
interpretativa practicada y practicable apunta a la construcción de criterios de
“contexto” o, si se prefiere, de “peligro” para que se pueda deslindar con un
mínimo de certeza el discurso protegido constitucionalmente.⁴⁵⁰

A modo de conclusión sobre este aspecto debido a que las conductas de 401
provocación descritas en el antiguo art. 510.1 CP no cumplían estos requisitos,
pues se trataba de amenazas indirectas, genéricas y no suficientemente graves,
se estaría utilizando el instrumento penal para limitar de manera inaceptable la
libertad de expresión, según modelos punitivos próximos al derecho penal de
autor.

⁴⁴⁸ Landa, Incitación al odio, pág. 297-346

⁴⁴⁹ STS 12 abril 2011, FD Primero 2.

⁴⁵⁰ Landa, Incitación al odio, pág. 355

13.6 El odio como elemento común

- 402 El odio es el elemento común de estas expresiones, tanto en el sentido de estar movidas por el odio, como, sobre todo, por tratar de transmitir ese mismo odio a los destinatarios del mensaje. La estructura de estos tipos penales participa de la naturaleza de los delitos de peligro. Aunque existan colectivos afectados por la agresión, eso no afecta a la estructura del tipo de peligro, bastando para su realización con la generación de ese peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio" que lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo. De ahí que los Convenios Internacionales se refieran la antijuridicidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del discurso que contiene un mensaje odioso que, por sí mismo, es peligroso a la convivencia. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas que puedan ser incluidas en el discurso del odio, pues esa inclusión supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia y de discriminación.⁴⁵¹

13.7 La propaganda de agitación xenófoba

- 403 La legislación española además de penalizar el discurso del odio, racismo y la xenofobia, incluye también discriminación por motivo de religión, ideología, creencias, situación familiar, nacionalidad, sexo, orientación sexual, enfermedad y minusvalía. Este aspecto, ha sido criticado por algunos autores por considerar que no son equiparables las situaciones de marginación social de los distintos colectivos que engloba tan amplio precepto.⁴⁵²

⁴⁵¹ Gascón, El discurso de odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección, pág.123

⁴⁵² Landa J, Racismo, xenofobia y Estado democrático, pág. 62

Sin embargo, un sector de la doctrina señala que el problema del artículo reside en una redacción demasiado amplia, llegando algunos a afirmar que (al margen de si vulnera o no el derecho a la libertad de expresión) debería ser declarado inconstitucional porque su vaguedad provoca un efecto de desaliento del ejercicio de libertades fundamentales.⁴⁵³ 404

La propaganda de agitación xenófoba entre grupos parece evidente que supone un acto previo que puede llevar al enfrentamiento a gran escala. La cadena social que va desde la mente de quien pretende inocular el odio, hasta la preparación y ejecución de actos de propaganda inicia, sin duda, un camino cuya continuación es incierta y dependerá de un sinfín de factores hasta que progrese, si lo hace, hacia la incorporación de nuevas voluntades que pasen finalmente ala acción criminal en masa.⁴⁵⁴ 405

El caso de la librería Europa, en sus dos procesos, apunta a una clase de actividad continuada de agitación desde un centro logístico organizado y con multiplicidad de conductas de distribución y propaganda. El núcleo duro de los contenidos es antisemita aunque complementado por agitación xenófoba anti-negra, anti-musulmana, contra los homosexuales y otros colectivos que son habitualmente destino de animadversión y del discurso del odio junto al pueblo judío. En esta misma línea se sitúa, tanto en contenidos, como en los modos de comisión, el denominado caso de la librería Kalki. 406

13.8 Incitación directa

En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones 407

⁴⁵³ Alcácer, Discurso del odio y discurso político, pág.27

⁴⁵⁴ Landa, Racismo, xenofobia y Estado democrático, pág. 63

y por las razones que se especifican en el artículo.⁴⁵⁵

408 El TS argumenta esa necesidad de que la incitación se dirija de forma directa a actos “mínimamente concretados” (actos de odio, discriminación o violencia) como resultado de una adhesión tacita ala corriente doctrinal que asegura que en el artículo 510 la mención a la “provocación” debe entenderse a la luz de las características que la definen en el artículo 18 del Código Penal.

409 "La expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una incitación a hacerla efectiva", puesto que "la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, no implica directamente la tipicidad de las conductas", sino sólo "cuando la difusión, atendiendo a la forma y el ámbito en que se lleva a cabo y lo que se difunde, implique un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales".⁴⁵⁶

410

Pues, "para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes" (FD 1º, 8)⁴⁵⁷

411 En consecuencia, el TS entiende a lo largo de todo su fallo que "la incitación directa" y el "peligro cierto", son ambos requisitos indispensables para aplicar

⁴⁵⁵ STS 12 abril 2011, FD Primero 2

⁴⁵⁶ STS 259/2011, de 12 de abril

⁴⁵⁷ STS 259/2011, de 12 de abril

los arts. 510.1 y 607.2, y que ninguno de ellos se reproduce en el caso de autos.⁴⁵⁸

La gravedad de las penas previstas para los hechos enjuiciados en el caso de la Librería Kalki comportó que éstos fueran juzgados en primera instancia en la AP de Barcelona. La condena fue recurrida en casación, llegando por primera vez un delito de esta tipología al Tribunal Supremo (STS 259/2011). En su sentencia, el Tribunal Supremo señala de manera explícita que se adhiere a la corriente doctrinal que defiende que la provocación del artículo 510 CP debe ser entendida en términos del artículo 18.1 Código Penal. Además, añade que no podría ser interpretada la incitación a la que se refiere el 510 Código Penal como indirecta porque esto causaría una incoherencia sistemática al quedar tipificada la incitación indirecta al odio (art. 510) con mayor pena que la incitación indirecta al genocidio (art. 607.2) (pues, de acuerdo con la interpretación de este tribunal de la STC 235/2007, el TC estableció que el artículo 607.2 CP debía ser interpretado como una incitación indirecta).⁴⁵⁹ 412

Si analizamos la jurisprudencia posterior a la STS 259/2011, observaremos que, efectivamente, la aplicación del artículo 510 es prácticamente inexistente. Desde el 1 de septiembre de 2011 a 1 de enero de 2015 se producen tres condenas relativas a delitos de provocación de la violencia, el odio y la discriminación, de las cuales dos fueron revocadas en ese mismo período de tiempo en base a los criterios del TS y sólo una confirmada. En cambio, encontramos tres sentencias en las cuales los imputados son absueltos de sus cargos por delitos del artículo 510 CP por no existir incitación directa de acuerdo a lo establecido por la STS 259/2011, siendo significativo que en dos de ellas sí que se condene por delitos del artículo 607.2 de los cuales también habían sido acusados.⁴⁶⁰ 413

El Tribunal Supremo en su primer pronunciamiento interpretativo del delito de 414

⁴⁵⁸ STS 259/2011, de 12 de abril

⁴⁵⁹ Güerri, La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación, pág.19

⁴⁶⁰ Alastuey, La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas, p. 5

provocación del art. 510 Código Penal identifica su contenido con la incitación directa a determinados actos de discriminación, odio o violencia, mientras que la figura del art. 607.2 cubriría una incitación indirecta al delito de genocidio.⁴⁶¹

- 415 Una adecuada comprensión del discurso del odio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del fallo del Tribunal Constitucional debería replantear esa interpretación. La cuestión clave no es si la incitación es directa o indirecta respecto de determinados actos —sean delictivos o no. La evolución de la doctrina del TEDH y el propio fallo del TC avanzan hacia un estándar de incitación al odio cada vez más atento al —y dependiente del— “contexto”.⁴⁶²
- 416 En un campo tan delicado como el de “delinquir con las palabras” el problema real no es el discurso crudo y basto de incitación concreta a delitos o actos concretos evidentemente rechazables, sino los discursos de envenenamiento indirectos, tácitos pero eficaces.⁴⁶³
- 417 Aunque la interpretación por la que aboga la mayor parte de la doctrina y recoge el TS es la que impera, existe cierta variabilidad en los criterios de aplicación del artículo 510 CP en función del juez o tribunal ante el cual nos encontremos, lo cual representa una seria amenaza a la seguridad jurídica.⁴⁶⁴
- 418 En el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Lleida de 16 de noviembre de 2006 se condena a dos acusados por crear páginas web y difundir desde ellas durante los meses de marzo a agosto de 2003 y durante parte del año 2004 contenidos de ideología skin head (cabeza rapada) y de orientación antisemita, contra los inmigrantes o antisistema. La condena es por delito continuado del

⁴⁶¹ Alastuey, La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas, p. 5

⁴⁶² Landa, La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal, pág. 54 y 55

⁴⁶³ Landa, La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal, pág. 54 y 55

⁴⁶⁴ Gascón, El discurso de odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección, pág.123

artículo 510 en sus dos modalidades (provocación del apartado 1 e injurias colectivas del apartado 2) a penas, respectivamente, de dos y un año de prisión y multa de nueve y seis meses.

En la misma línea debe situarse la condena por Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona de 16 de junio de 2010 en que el acusado insertó en sus páginas web, según registro practicado en abril de 2007, varios vídeos relativos al III Reich y a la vida privada de Adolf Hitler y Joseph Goebbels. Además, la web contenía un enlace a una biblioteca con acceso a libros con contenido claramente xenófobo, como el “Mein Kampf”, donde Hitler argumentaba la tesis del “peligro judío”, y “El Segundo Informe Leuchter”, donde se cuestiona la utilización y la finalidad exterminadora de las cámaras de gas.⁴⁶⁵ 419

En el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Logroño de 2 de abril de 2004 los hechos, un tanto rocambolescos, se ciñen a la distribución y exposición pública de pasquines contra inmigrantes a los que se denomina basura, gentuza, se acusa en genérico de delitos como violaciones, robos, etc, y se amenaza con “defendernos aunque sea con explosivos”. 420

Uno de los pasquines fotocopiado se colocó en la madrugada del 10 de septiembre de 2002 en la puerta principal del Ayuntamiento de Logroño, en la Delegación de Hacienda y en el propio Parlamento de la Rioja. Los dos acusados son condenados a penas de un año de prisión y multa de seis meses por el delito de provocación del artículo 510.1. 421

Por otra parte, encontramos la sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona de 12 de enero de 2004 condena al Imam de la mezquita de Fuengirola por el delito de provocación a la violencia por razón de sexo (contra la mujer) a las penas de un año y tres meses de prisión y multa de ocho meses. En virtud del 422

⁴⁶⁵ Véase el periódico La Vanguardia 16 de junio de 2010, *op. cit.*, que añade: “En el registro del domicilio de Aitor R.E., realizado en abril de 2007, se encontró, en la puerta de acceso una pintada donde se leía “F18”, bajo una cruz gamada y una segunda esvástica

contenido de un libro “La mujer en el Islam”, publicado en el año 2000, en el que entre otros contenidos se refiere al maltrato y el castigo físico de la mujer por parte del marido. Específicamente “consejos” que tratan de limitar y encauzar el modo y manera de administrar el castigo físico: no hacerlo en situación de furia exacerbada; no golpear partes sensibles; utiliza runa vara no demasiado gruesa; no dar golpes fuertes y duros porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente y no humillar y maltratar físicamente.⁴⁶⁶

- 423 Por su parte en la célebre sentencia “Librería Europa”⁴⁶⁷ el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el inciso del art. 607.2 referido al negacionismo en sentido estricto, al tiempo que ofrece pautas para una interpretación del resto de las modalidades típicas acorde con los postulados constitucionales, como ya es sobradamente conocido. Además, el Tribunal Constitucional analiza el discurso del odio a la luz del art. 20 CE, por lo que la sentencia también repercutía en la interpretación del antiguo art. 510.1 y debe ser tenida en consideración en la exégesis del actual art. 510.

13.9 Prueba del Peligro claro y presente (peligro abstracto)

- 424 En el asunto de Plataforma Per Catalunya, se consideró que el delito incluido en el art.510 del Código Penal español de provocación al odio, es un delito de peligro abstracto, lo que supone que no resulta necesario probar que el discurso mantenido en el panfleto hubiera tenido una “real y efectiva influencia para la consumación del tipo”. Se condenó, así, al acusado a un año y seis meses de prisión y a una pena de multa de nueve meses, tomando en cuenta tanto “las circunstancias del hecho”, como el dato de “que éste se cometiera en periodo de campaña electoral, en el último tramo de la misma, esperando obtener mejores

⁴⁶⁶ Jerico, El caso del Imán de Fuengirola: ¿autentica comisión del delito de provocación a la violencia (art.510.1 CP)?, pág.153

⁴⁶⁷ STC/ 235/2007

resultados en los comicios”, por lo que, en definitiva, no se podía aplicar la pena mínima establecida por la ley para dicho tipo delictivo.⁴⁶⁸

Por el contrario, en el caso Albiol, el tribunal, partió de que “la libertad de expresión no ampara el insulto, pero tampoco exige que los hechos expresados sean ciertos ni que no resulten ofensivos para nadie”. A continuación, estimó que había que interpretar restrictivamente el 510.1 CP, en combinación con el delito de provocación del art.18.1 CP, de modo que en este supuesto, no se daban los requisitos para que la actuación de Albiol fuera considerada delictiva, puesto que “ni incitó directamente a nadie a hacer nada, ni mucho menos incitó a cometer un delito”.⁴⁶⁹ Se fundamenta, así, de manera errónea en la Sentencia del asunto de la Librería Kalki⁴⁷⁰ 425

Evidentemente, la Sentencia del Juzgado de Manresa se adecúa a la tendencia imperante en el Consejo de Europa, en tanto que la del caso Albiol se aleja diametralmente. En el caso Plataforma per Catalunya, se confirma que los delitos de odio no requieren necesariamente que haya un posterior acto de violencia u otro delito, sino que el delito se comete por el simple hecho de injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas minorías.⁴⁷¹ 426

⁴⁶⁸ Sentencia nº 307/2011 de 11 de Noviembre de 2011 de Juzgado de lo Penal nº 2 de Manresa, Fundamento Jurídico 6º

⁴⁶⁹ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona núm. 574/2013, de 10 de diciembre de 2013, Fundamento Jurídico 4º.

⁴⁷⁰ STS 259/2011, de 12 de abril de 2011 (asunto de la Librería Kalki).

⁴⁷¹ Quesada, La Labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Torno al Discurso de Odio en los Partidos Políticos: Coincidencias y Contradicciones con la Jurisprudencia Española, pág.19

14 EL NUEVO ARTÍCULO 510.1 DEL CÓDIGO PENAL 2015

- 427 La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha llevado a cabo una profunda modificación de los preceptos del Código penal destinados a sancionar conductas que se vinculan con los fenómenos del “*discurso del odio*” y del “*negacionismo*”. El nuevo y extenso art. 510 CP, claramente inspirado en el § 130 del StGB, regula conjuntamente y amplía el ámbito típico de los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia, y de justificación del genocidio (respectivamente, arts. 510.1 y 607.2 CP anteriores a la reforma de 2015) e introduce nuevos tipos penales.
- 428 En el apartado segundo del artículo 510 CP se describen dos grupos de conductas castigadas con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses. En primer lugar, se sanciona lesionar la dignidad de las personas mediante actos que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos ya mencionados o de individuos pertenecientes a ellos por los mismos motivos enumerados en el apartado primero del precepto.
- 429 Se incluye la producción, elaboración, posesión o difusión de materiales idóneos para causar una lesión a la dignidad de las personas a través de ese tipo de conductas (letra a) del art. 510.2). La misma pena corresponde, en segundo lugar, a los actos de enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública de los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo o miembros del grupo por los motivos aludidos, así como el enaltecimiento de quienes hubieran participado en la ejecución de esos delitos (letra b) del art. 510.2).
- 430 Estos hechos se castigan con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses cuando promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos. El apartado tercero del art. 510 contiene un tipo agravado de aplicación a todos los

anteriores, en virtud del cual las penas deben imponerse en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social que los hagan accesibles a un elevado número de personas.

De acuerdo con el apartado cuarto del precepto, si los hechos resultan idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo elevarse hasta la superior en grado. Como pena acumulada a las anteriores, el apartado quinto prevé la imposición de una inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia. 431

Finalmente, al apartado sexto del precepto impone, a modo de consecuencia accesoria, la destrucción, borrado o inutilización de los libros, documentos y otros soportes utilizados para la comisión de los delitos anteriores, así como la retirada de los contenidos si el delito se cometió a través de las tecnologías de la información. Si se trata de portales de acceso a internet dedicados exclusivamente o preponderantemente a la difusión de contenidos de tales características, se ha de ordenar el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo. 432

Para justificar la reforma el Preámbulo de la LO 1/2015 se alega como argumento principal la necesidad de adaptar la regulación española a la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.⁴⁷² 433

⁴⁷² En el seno de la Unión Europea, la citada Decisión Marco de 2008 recoge la herencia de la Acción Común 96/443/JAI del Consejo, de 15 de julio de 1996, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia. Por lo que respecta al Consejo de Europa, destaca la Recomendación n.º 7 de política general de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI), de 13 de diciembre de 2002, sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial.

- 434 Con la nueva redacción del precepto se pierde por completo el vínculo con la provocación definida en el art. 18.1 CP, y, por ende, se da al traste con la interpretación del delito que venía realizando la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia. El verbo típico ya no es “provocar”, sino “fomentar, promover o incitar” y, además, se indica expresamente que ese fomento, promoción o incitación puede ser tanto directo como indirecto.
- 435 En cuanto al objeto de la incitación, se mantienen la discriminación y la violencia, pero también la incitación al odio, a lo que se añade el no menos problemático concepto de “hostilidad”. Si con la regulación vigente hasta 2015 ya resultaba difícil defender que la incitación había de dirigirse a la comisión de un delito, la nueva regulación lo dificulta todavía más. Como hemos visto, los conceptos de discriminación y violencia pueden, al menos, reconducirse a hechos ilícitos, pero no sucede lo mismo con el odio, que no es más que un sentimiento, a lo que se suma ahora la hostilidad. Ni siquiera se exige una incitación explícita a la realización de actos concretos, dado que la incitación ya no tiene que ser directa necesariamente.⁴⁷³
- 436 Llama la atención que el precepto no queda restringido a los supuestos de provocación xenófoba, sino que mantiene la referencia a otros colectivos, incluso ampliando su número. Se abandona pues la interpretación restrictiva, admitiendo la punición de una incitación indirecta a la violencia o discriminación sin que se añada ningún elemento que permita limitar el alcance del tipo.⁴⁷⁴
- 437 No se castiga en estos preceptos actos de hostilidad, violencia o discriminación, que ya son sancionados en otros preceptos del Código (delitos contra el honor, contra la integridad moral, lesiones, denegación de prestaciones, etc.), y ni siquiera se castiga la creación del clima que puede favorecer esos actos pues un

⁴⁷³ Del Rosal, Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, pág. 1287

⁴⁷⁴ Alastuey, La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas, p. 5

acto de incitación individual no puede crearlo (queda a salvo la posibilidad de que el contexto social sea propicio, sino que es objeto de intervención penal la mera promoción del clima o, dicho de otra manera, la antesala del clima.⁴⁷⁵

El legislador de 2015 incorpora la referencia a la idoneidad de las conductas para alterar la paz pública en el tipo agravado del art. 510.4, con lo que será necesario determinar en qué consiste ese plus de injusto, pero deja la puerta abierta a la búsqueda de otro objeto de protección en el tipo básico.⁴⁷⁶ 438

Es de justicia señalar que junto a esos actos que solo pueden ser interpretados como de promoción de un clima de hostilidad, el tipo castiga otras conductas que alcanzan un mayor grado de concreción y poseen cierta entidad lesiva, como, por ejemplo, la incitación directa a un acto violento.⁴⁷⁷ Pero, constatado este hecho, debemos concluir que el precepto vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, al prever la misma sanción para conductas con distintos niveles de ofensividad. 439

Tema aparte es el cumplimiento de las obligaciones impuestas por mandatos internacionales en particular la Decisión Marco 2008/913. Entre las conductas que deben ser objeto de sanción por los Estados miembros se encuentra, según el art. 1.1 a) de la Decisión Marco, “la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”. Como puede apreciarse claramente, por lo que a este delito respecta, para cumplir con los compromisos internacionales no era necesario modificar el art. 510.1. El tipo penal creado es mucho más amplio que el demandado por la Decisión Marco, sobre todo porque este texto no se pronuncia sobre si la incitación ha de ser directa o indirecta, ni impide la tipificación exclusiva de la 440

⁴⁷⁵ Borja, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, pág.289

⁴⁷⁶ Laurenzo, *La discriminación en el Código Penal de 1995*, pág. 238

⁴⁷⁷ Alastuey, *La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas*, p. 7

incitación a cometer delitos,⁴⁷⁸ porque su punto de partida es que no todas las manifestaciones del fenómeno social del discurso del odio quedan desamparadas por la libertad de expresión. Sin embargo, el vigente art. 510.1 a) tipifica todas las conductas susceptibles de ser incluidas en la amplia definición del discurso del odio que ofrece la citada Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa y se aparta, por ello, de las directrices marcadas por el Tribunal Constitucional.

14.1 Sujeto pasivo

- 441 Todas las conductas castigadas tienen un sujeto pasivo común, cual es “un grupo, una parte del mismo” o “una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél”, siempre que la conducta de que se trate se realice con el siguiente elemento subjetivo: “por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”. El legislador ha añadido la posibilidad de que las conductas tipificadas se refieran individualmente a una persona determinada.⁴⁷⁹ Por otro lado, se añade la identidad sexual “extender la punición a supuestos de transfobia”⁴⁸⁰) junto a la ya anteriormente prevista “orientación sexual”.⁴⁸¹

⁴⁷⁸ Alastuey, La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas, p. 8

⁴⁷⁹ Rodríguez, El ámbito de aplicación del actual art. 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015, pág.176

⁴⁸⁰ Portilla, La represión penal del discurso del odio, pág. 738

⁴⁸¹ Laurenzo, La discriminación en el Código Penal de 1995, pág.247

14.2 Apartado primero del artículo 510 del CP

A) Fomento, promoción o incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo común (letra a) frente al único verbo típico “provocar” que se utilizaba en la conducta derogada, ahora se utilizan tres distintos: “fomentar”, “promover” (ambos, aparte de ser “equivalentes”, no aparecen recogidos en la Decisión Marco de 2008/44) e “incitar”, a la que las dos anteriores se asemejan. Y, además, se les añaden a estos verbos típicos dos adverbios modales: “públicamente”⁴⁸² y “directa o indirectamente”.⁴⁸³ 442

Se incluye la hostilidad, lo cual es coherente, con la redacción del artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 30 de abril de 1977) y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴⁸⁴ 443

La tipificación de esta conducta podría estar convirtiendo “en un delito autónomo lo que no son más que actos preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios”. 444

14.3 Previsiones adicionales sancionatorias comunes

14.3.1 *Pena de inhabilitación (art. 510.5 CP)*

Además de las penas de prisión y multa correspondientes, se impondrá la pena 445

⁴⁸² Roig, Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512), pág. 1253

⁴⁸³ Roig, Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512), pág. 1253

⁴⁸⁴ Roig, Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512), pág. 1254

accesoria de “inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre”.

446 El fundamento de la misma, en todo caso, es, el de tratar de “evitar que los condenados puedan utilizar su relación con los menores en los contextos previstos, para inculcarles ideas racistas o discriminatorias.”⁴⁸⁵

447 Esta pena accesoria resulta muy cuestionable a la luz de la libertad de cátedra y de la libertad de expresión.

14.3.2 *Eliminación del material utilizado (art. 510.6 CP)*

448 Se impone obligatoriamente “la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido”.

449 Para el caso de que las conductas punibles se hayan llevado a cabo “a través de tecnologías de la información y la comunicación”, prevé en su último inciso del primer párrafo que “se acordará la retirada de los contenidos”. Cuando se haya difundido el contenido principalmente a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, el órgano jurisdiccional ordenará “el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

14.3.3 *Reflexiones sobre el delito de incitación a la violencia*

450 Las razones de este zigzagueo son fáciles de percibir. La doctrina penal se ha mostrado siempre muy precavida con respecto a todos los delitos aquí expuestos

451 Una de las críticas que parece más acertada es la de la punición de la

⁴⁸⁵ Roig, Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512), pág. 1264

provocación al "odio" del art. 510.1, por ser este un sentimiento y no una conducta⁴⁸⁶. A tal extremo se refiere la propia STS 259/2011, al señalar muy sucintamente el problema, aunque sin entrar a fondo en él (FD 1º, 2), y a ello podría añadirse el hecho de que no existe ningún tipo similar en todo el CP español. Esta clase de criminalización parece implausible desde los principios del Derecho Penal, refiriéndose como lo hace a un fuero interno que, por lo demás, no tiene porqué implicar automáticamente ningún tipo de conducta. Otras críticas manifestarían, a su vez, que la discriminación a la que también alude el art. 510.1 es un concepto demasiado vago. Además, existen muy diversos preceptos, tanto en el propio CP como en normativa de otros ámbitos, que ya combatirían el fenómeno de manera más precisa⁴⁸⁷. Por último, en cuanto a la violencia, parece que sólo el contexto de la promoción podría aportar el indicador que señalara las probabilidades de su acaecimiento. En su sentencia 259/2011, el TS percibe como irrelevante la actuación de un pequeño grupo sin apenas audiencia en relación con el art. 510.1 CP. Para ser exactos, exige de forma muy rigurosa la existencia de un riesgo indudable para los colectivos atacados, pues de lo contrario entiende que el tipo no resultaría aplicable.

Por otra parte, el problema en la injuria y en la difamación colectiva a menudo es el de que normalmente no se aprecia de manera inmediata quién es el perjudicado de forma directa. Los grupos humanos, de los cuales por cierto no da ninguna definición más precisa la STC 214/1991, a menudo son muy grandes o de contenidos bastante difusos, por lo cual sus miembros no sienten con auténtica intensidad un ataque de cierta magnitud contra ellos. Los insultos y difamaciones reiteradas pueden originar hostilidad y daño psicológico, pero su envergadura bien puede ser escasa, suponiendo un pequeño coste que debe asumirse a cambio de gozar de una amplia libertad de expresión.⁴⁸⁸

452

⁴⁸⁶ Güerri, La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación, pág.19

⁴⁸⁷ Alastuey, La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas, pág. 5

⁴⁸⁸ Cueva, A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011, pág.106

15 ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO (ART. 578)

Caso: Tasio Erquizia Alamandoz

El acusado, *Tasio Erquizia Alamandoz* es mayor de edad y carece de antecedentes penales. El referido, el día 21 de diciembre de 2008 participó como principal orador en un acto celebrado en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo y loa del responsable de la organización E.T.A. *Jose Miguel Beñaran Ordeñana*, alias ‘*Argala*’, quien había sido asesinado treinta años antes en la localidad francesa de Angelu. El acto fue publicitado mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a *Argala* que dice: ‘*La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar*’. Para su celebración se colocó una carpa y en su interior una tarima o escenario elevado en el que, en su lado derecho desde el punto de vista del público asistente, había, sobre un caballete, una gran fotografía del miembro de ETA cuya figura se ensalzaba; en el centro, una pantalla en la que se proyectaron fotografía de miembros encapuchados de la banda terrorista y de presos y, a la izquierda, un atril desde el que el acusado pronunció un discurso, todo ello presidido por un cartel con el lema ‘*Independentzia Sozialismo 1949-1978*’, en referencia a la fecha de nacimiento y muerte del llamado *Argala*. Durante el homenaje a ‘*Argala*’ actuaron bailarines o ‘*dantzaris*’ que ejecutaron una ‘*Ezpatadantza*’ o danza de espadas, baile de conmemoración y rendición de honores en el que los bailarines saludan con espadas de forma similar a la presentación de armas de los actos militares y también se ejecutó una ‘*Ikurrin dantza*’ o danza de la bandera en la que los danzantes adoptaron postura genuflexa frente al escenario, inclinando la cabeza hacia el suelo mientras en el centro un abanderado ondeaba la ikurriña sobre ellos, tras lo cual depositaron claveles rojos ante la fotografía de *Argala*. También intervinieron *versolaris* —improvisadores populares de versos en euskera— y músicos que tocaban instrumentos tradicionales vascos como la *txalaparta*, entre otros. El discurso del acusado *Tasio Erquizia Almandoz* fue el momento central del acto. En él pidió ‘*una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático*’ y terminó con los gritos ‘*Gora Euskal Herria askatuta*’, ‘*Gora Euskal Herria euskalduna*’ y ‘*Gora Argala*’ -*¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!*, gritos que fueron respondidos por el público. Previamente, al subir al escenario, *Erquizia* colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía de *Argala*. El acusado no había tenido relación de amistad ni trato o contacto especial con *José Miguel Beñaran Ordeñana*, ‘*Argala*’, cuya única actividad conocida fue su

453

pertenencia, como dirigente, de ETA, grupo organizado que usando armas, explosivos y otros medios comete delitos contra aquellos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de ‘Euskal Herria’.”

454 El artículo 578 del Código Penal,⁴⁸⁹ dispone:

Artículo 578

1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

3. Cuando 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 se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los

⁴⁸⁹ Capítulo VII del título XXII del libro II redactado por el artículo único de la L.O. 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia: 1 julio 2015

contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.
- b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.

5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.

15.1 El derecho a la libertad de expresión

El Tribunal Constitucional ha señalado que, una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].⁴⁹⁰ 455

En forma contradictoria con la anterior afirmación, la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional había iniciado con la constatación de una afectación en el ámbito de protección de la libertad de expresión. Señaló que, la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores.⁴⁹¹ 456

El tribunal hizo expresa referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicación del art. 17 CEDH, conforme al cual, ninguna de las disposiciones del Convenio “*podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a* 457

⁴⁹⁰ STC 112/2016, de 20 de junio Fj 6; SSTS 742/2015 de 5 de Marzo FD 3; 31/2017 de 11 de enero FD 2; 1176/2017 de 28 de marzo FD 4; 3113/2016 de 13 de julio FD 3; 1851/2017 de 11 de marzo FD 4; SAN 465/2016 de 01 de marzo FD 2. Un criterio distinto ha sido sostenido en STS 5682/2015 de 30 de diciembre FD 1; SAN 505/2017 de 21 de marzo Fj 2.1.

⁴⁹¹ STC 112/2016, de 20 de junio Fj 4

dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

15.2 El derecho a la libertad ideológica

458 En cuanto a la afectación de la libertad ideológica, es cuando menos preciso, de una parte, que los actos de los poderes públicos perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento, y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios. De otra, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad (*véase en párr. 50*).⁴⁹²

459 Pero, en términos similares a la STC 112/2016, de 20 de junio, el Tribunal Supremo ha sostenido el criterio de la exclusión de la conducta del ámbito de protección del derecho fundamental. Ha señalado el TS que, no cabe incluir la alabanza o justificación de acciones terroristas dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica, en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades.⁴⁹³

15.2.1 *Nuestra valoración*

460 El uso del derecho penal frente a la expresión de opiniones y su tratamiento en

⁴⁹² STC 177/2015, de 22 de julio Fj 5, con más referencias

⁴⁹³ STS 742/2015 de 5 de Marzo FD 3

la sentencia TC 112/2016, de 20 de junio, ha sido objeto de numerosas críticas en la doctrina.⁴⁹⁴

Hemos advertido que una interpretación estricta de los elementos constitutivos de los derechos fundamentales podría tener como consecuencia, que ciertas conductas resulten excluidas del ámbito de protección del derecho y con respecto a ellas decaerían las garantías subjetivas, es decir, las garantías que sólo son aplicables ante la afectación de un derecho subjetivo. 461

El *Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos*, ha recordado algunos casos de ejercicio de la libertad de expresión con un inferior impacto, como son la publicación de libros en forma de narraciones, ensayos académicos o incluso poemarios; la lectura de un comunicado ante 150 personas (STEDH de 1 de febrero de 2011, as. Faruk Temel c Turquía) o la participación en actos conmemorativos como es, precisamente, el que dio lugar a este recurso de amparo. A ese respecto, la STEDH de 8 de julio de 1999, as. Gerger c Turquía, en un supuesto de sanción penal por las expresiones proferidas en una ceremonia conmemorativa de diversas personas sentenciadas a muerte y ejecutadas veinte años antes por un delito de intentar subvertir el orden constitucional mediante la violencia, que fueron interpretadas como una defensa de la legitimidad de la causa independentista de parte del territorio nacional turco, afirma que “[l]a Corte observa que el mensaje del demandante fue leído solamente ante un grupo de personas que asistieron a una ceremonia conmemorativa, lo que limita considerablemente su impacto potencial sobre la seguridad nacional, el orden público o la integridad territorial” (§ 50).⁴⁹⁵ 462

⁴⁹⁴ Sánchez-Ostiz, Derecho penal del enemigo, pág.897; González, Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en el proyecto de 1980, pág. 285; Muñoz, La generalización del derecho penal de excepción, pág. 113; Vives, Sistema democrático y concepciones, pág.400; Peña, Traición a la patria y arrepentimiento terrorista, pág.97; Benlloch, El derecho penal ante el conflicto político, pág.178; Carbonell, Terrorismo: algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal, pág.51; Lamarca, Apología un residuo de incriminación de la disidencia, pág. 41

⁴⁹⁵ Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia

- 463 Incluso en materia de la negación del holocausto, en la cual se considera que por regla general se producirá la afectación de la dignidad de las víctimas y la perturbación de la paz pública, sin embargo, también en esta materia son posibles situaciones atípicas en las que, debido a circunstancias especiales, debe imponerse la libertad de opinión. Tal sería el caso, en que pueden ser excluidos los efectos de incitación a la violencia, los efectos intimidatorios y amenazantes, acaso porque las expresiones son realizadas en pequeñas reuniones cerradas que alcanzan poca difusión, o quedan al margen o, bajo las circunstancias concretas, no puedan ser tomadas en serio.
- 464 En el derecho comparado, se admite expresamente que la negación del holocausto forma parte del ámbito de protección de la libertad de expresión. En el caso alemán, ello ocurre especialmente cuando las expresiones se encuentran inseparablemente vinculadas a la expresión de opiniones.
- 465 El Tribunal Constitucional español había reconocido que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia-, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C.E.), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos. *Véase al respecto, en párr. 129.*
- 466 Como veremos más adelante, el giro en la doctrina del Tribunal Constitucional implica una evasión del método de ponderación, para adoptar en su lugar un método sumario o abreviado, que, tal como había afirmado el propio tribunal, no tenía parangón en el ordenamiento constitucional español.⁴⁹⁶

⁴⁹⁶ 112/2016, de 20 de junio, párr. 3
STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 5

15.2.2 *La aplicación por los órganos jurisdiccionales*

Mientras que la teoría de los derechos fundamentales, basada en la interpretación amplia del ámbito de protección y de eficacia irradiante, sirve de sustento al complejo sistema de cautelas y garantías del ciudadano y constituye una herramienta útil en la aplicación del derecho penal, en la medida en que ofrece contornos claros y diferenciados frente a la diversidad de situaciones, la reversión del esquema por la nueva interpretación restrictiva del derecho fundamental, ha generado importantes problemas prácticos. 467

Esta situación puede ser constatada a partir del criterio del Tribunal Supremo, según el cual, la idea vertebral en la delimitación de la aplicación del art. 578 del Cpenal lo constituye su posible solapamiento con el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, no cabe incluir la alabanza o justificación de acciones terroristas dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión.⁴⁹⁷ 468

Se trata, en nuestro criterio, de una argumentación circular, que cierra con la equiparación de la exclusión del discurso de odio con el bien jurídico protegido. De esta forma, la sola calificación de la conducta como un discurso punible, es suficiente para excluirla de la protección del derecho fundamental. 469

Pero la situación se torna aún más compleja cuando se afirma que no se debe *“convertir la libertad de expresión -y los límites que ésta tolera y ampara- en el único parámetro valorativo para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578 del CP.”*⁴⁹⁸ Con ello se alude a un esquema, en el cual lo expresado es excluido de la protección del derecho fundamental, por constituir un discurso de odio, pero, sin embargo, no llega al nivel de la conducta punible del art. 578, lo cual obviamente constituye una interpretación que equivoca la 470

⁴⁹⁷ STS 742/2015 de 5 de Marzo FD 3

⁴⁹⁸ STS 31/2017 de 11 de enero FD 2

relación entre la ley y los derechos fundamentales.

- 471 El error aparece claro con la expresión, según la cual, “*No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión.*”⁴⁹⁹
- 472 En su lugar, el TS ha debido recordar que, para considerar punible una conducta protegida por la libertad de expresión, no es suficiente con la interpretación de los elementos constitutivos del tipo, sino que además, deben ser tomadas en cuenta las garantías de protección del derecho, tales como la de intervención mínima del derecho penal y debe encontrarse justificado, a través de la ponderación de los bienes jurídicos protegidos.

15.3 El método de control de constitucionalidad

- 473 En cuanto al método de control, señaló el Tribunal que, la labor de control de constitucionalidad debía quedar limitada, a verificar si las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal al recurrente, han ponderado la concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia.⁵⁰⁰
- 474 En criterio del *Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos*, los órganos judiciales omitieron una ponderación específica sobre el derecho a la libertad de expresión. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia incide especialmente en que los órganos judiciales penales, dentro de su función de protección de los derechos fundamentales, deben valorar, como cuestión previa a la aplicación del

⁴⁹⁹ STS 31/2017 de 11 de enero FD 2
⁵⁰⁰ STC 112/2016, de 20 de junio Fj 4

tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que se enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión. La ausencia de esa ponderación previa constituye en sí misma, según la jurisprudencia del Tribunal, una vulneración de este derecho fundamental a la libertad de expresión que hubiera debido implicar la necesidad de que este recurso de amparo fuera estimado.⁵⁰¹

15.4 Los bienes jurídicos protegidos

De acuerdo con el Tribunal Supremo, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción del discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas.⁵⁰² Más recientemente, el propio tribunal parece tomar distancia de este criterio, al señalar que, “...la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución - discurso del odio- con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa.”⁵⁰³ 475

Estimamos sin embargo, que el artículo 578 del Código Penal tiene por objeto la protección de la paz pública. Esta interpretación deriva claramente del tipo agravado del inciso 3, según el cual, la pena podrá elevarse, cuando 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. *Con respecto a la noción de paz pública, véase en párr. 158.* 476

En cuanto a la humillación a las víctimas del terrorismo se protege la dignidad humana (*véase en párr. 151*), aún cuando en la doctrina se alude también a la 477

⁵⁰¹ Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia 112/2016, de 20 de junio, párr. 4

⁵⁰² SSTS 742/2015 de 5 de Marzo FD 3; 299/2011 de 25 de abril FD 10

⁵⁰³ STS 31/2017 de 11 de enero FD 2

lesión del honor y a la integridad moral.⁵⁰⁴

15.5 El discurso de odio

- 478 Para determinar si la conducta constituye una manifestación del discurso de odio, el Tribunal Constitucional analizó (i) si fue una expresión de odio basado en la intolerancia, a través de un discurso agresivo; con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos y, (ii) si difusión se produjo a través de los medios de comunicación, o por otro medio de eficacia perfectamente equiparable, como por ejemplo, en un acto público, con repercusión pública tal, que la noticia del homenaje apareció en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión.⁵⁰⁵

15.6 La incitación indirecta al terrorismo

- 479 Uno de los efectos de la vigencia de los derechos a la libertad de expresión e ideológica, se refiere a la aplicabilidad, al tipo del art. 578 CP, de la interpretación conforme establecida por el Tribunal Constitucional, con respecto a la incitación indirecta. La sanción penal requiere una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Sólo así podemos justificar su compatibilidad con los parámetros de la libertad de expresión en una sociedad democrática.
- 480 El TC estableció que, la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del

⁵⁰⁴ Benlloch, El derecho penal ante el conflicto político, pág.178; Cuerda, El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión, pág. 107; Cuerda, Terrorismo y libertades políticas, teoría y derecho, pag. 61; Manjón- Cabeza, Apología de terrorismo, pág.576; Capita, Análisis de la legislación penal, pág.163

⁵⁰⁵ STC 112/2016, de 20 de junio Fj 6

terrorismo sancionadas en el art. 578 supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.⁵⁰⁶

En criterio del Magistrado *don Juan Antonio Xiol Ríos*, la exigencia de que la constitucionalidad de la represión penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo impone que se acredite que exista una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista, constituye un avance muy importante.⁵⁰⁷ 481

La Audiencia Nacional ha advertido en tal sentido que, no es posible analizar los *tuits* objeto de autos sin reparar en los límites que a la aplicación del tipo penal impone el respeto de la libertad ideológica, enunciada en el art. 16.1 de la Constitución, y de la libre expresión de ideas y opiniones, de su art. 20.1, lo que demanda una interpretación estricta. Es desde esta perspectiva que el Tribunal Constitucional ha aceptado que la condena por enaltecimiento del terrorismo solo respeta estos derechos fundamentales en el caso de conductas que propicien o alienten, aunque sea de manera indirecta, a la violencia terrorista, poniendo en una situación de riesgo a las personas, a los derechos de terceros o al propio sistema político democrático (STc 112/2016, caso Erkizia, una sentencia de carácter interpretativo).⁵⁰⁸ 482

⁵⁰⁶ STC 112/2016, de 20 de junio Fj 4, en clara referencia a STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 9

⁵⁰⁷ Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia 112/2016, de 20 de junio, párr. 3

⁵⁰⁸ SAN 505/2017 de 21 de marzo Fj 2.1.

15.7 Los elementos del tipo

15.7.1 *La exaltación*

483 La exaltación supone una “*alabanza o argumentos defensores del hecho que se elogia*”.⁵⁰⁹ Si bien la exaltación no tiene por finalidad provocar nuevas acciones; sin embargo, su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo.⁵¹⁰

15.7.2 *Enaltecer*

484 Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1 CP. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.⁵¹¹

485 El 12 de enero de 2008, María Virtudes, en un acto de presentación de las candidaturas del partido político Asociación Nacionalista Vasca, dedicó unas palabras de ánimo y pidió un aplauso para Aureliano y Bernardo y a otros condenados, cuando seis días antes del acto se había detenido a Aureliano y Bernardo por su presunta participación en el atentado a la T-4 del aeropuerto de Barajas, afirmando, además, que en Euskal Herria los cuerpos policiales utilizaban la tortura contra los independentistas vascos. El Tribunal Supremo estableció que no se estaba ante el delito de exaltación/justificación del terrorismo, antes bien, lo que quedaba claro era la exteriorización de un cariño hacia los detenidos y de una cercanía personal que queda fuera del tipo penal.⁵¹²

⁵⁰⁹ Lamarca, Tratamiento jurídico del terrorismo, pág.289

⁵¹⁰ Lamarca, Tratamiento jurídico del terrorismo, pág.292

⁵¹¹ STS 26 de febrero de 2007

⁵¹² STS 224/2010 de 3 de marzo, (RJ/2010/1469)

La comparsa “Txori Barrote” en la semana grande de Bilbao de 2008, montó su caseta con un cartel decorado con dibujos y mensajes reivindicativos del acercamiento de los presos etarras, incluyendo una foto de 95 de estos presos. En su página web se definen como una comparsa pro amnistía de los presos etarras que ellos definen como presos políticos. El Tribunal Supremo dictaminó que sí hubo una alabanza y honra de los verdugos, atendiendo al contexto de la comparsa y su objeto social declarado en la web.⁵¹³ Es de interés el voto particular formulado por el magistrado *José Antonio Martín Pallín* que cuestiona si la exhibición de fotografías de personas condenadas es una acción directa e intencional de ensalzar y justificar. Afirma el magistrado “*si acudimos a la sentencia STC 235/2007 de 7 de noviembre llegamos a la conclusión de que la criminalización de los autores, respetaría la libertad ideológica, según el canon constitucional, sólo si la conducta tuviera la capacidad para incitar de manera directa a la perpetración de los delitos, al menos mediante el fomento o favorecimiento de un clima de odio en el que pudiera germinar la necesidad de emplear medios violentos para perseguir fines políticos.*”⁵¹⁴

486

En un caso muy similar en la STS 121/2015 de 5 de marzo, se absolvió a varias personas de las acusaciones del delito de enaltecimiento al terrorismo, siendo hechos probados que en las fiestas del casco viejo de Vitoria en 2012, se organizaron diferentes actos por parte del colectivo “*Zaharraz Harro/Orgulloso de lo viejo*”, que se realizó una “*kalegira*” o pasacalles con el lema “*preso en ETA*” y que los acusados portaban una silueta a tamaño natural con una foto de presos y huidos refugiados. Durante el acto se recitaron versos en loa de los citados presos, se colocaban pañuelos verdes y se bailó el “*aurresku*” de honor, tal y como sucedió en el caso Pajarero en el que sí se observó apología. En voto particular del magistrado *Julián Sánchez Melgar*, discrepó del parecer del Pleno considerando que sí hubo alabanza y además humillación a las víctimas y familiares por lo que consideró que el recurso debió ser estimado.⁵¹⁵

487

En la STS 282/2013, de 1 de abril, el Tribunal Supremo consideró que hubo enaltecimiento del terrorismo por exhibir banderolas a favor de presos de ETA reivindicando su reagrupamiento,⁵¹⁶ y sin embargo, no considera que hubo enaltecimiento en la STS 587/2013, de 28 de junio, por pegar fotografías de presos de

488

⁵¹³ STS 299/2011 de 25 de abril, (RJ\2011\3486)

⁵¹⁴ STS 299/2011 de 25 de abril (RJ\2011\3486), voto particular magistrado José Antonio Martín Pallín, fundamento noveno

⁵¹⁵ STS 121/2015 de 5 de marzo

⁵¹⁶ STS 282/2013 de 1 de abril (RJ\2013\3183)

ETA en las fiestas patronales de *Basauri*.⁵¹⁷

15.7.3 *Humillación a las víctimas del terrorismo*

489 Para el Tribunal Supremo, la conducta típica es la realización de actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de delitos terroristas o de sus familiares. El tipo requiere aquí “*la ejecución de un comportamiento activo que atente contra el honor y dignidad de las víctimas de delitos terroristas o de sus familiares, realizado por cualquier medio de expresión pública o difusión.*”⁵¹⁸ Tales actos pueden referirse tanto a una persona individual como a un colectivo o generalidad de afectados”.⁵¹⁹

490 En el supuesto de humillación a las víctimas del terrorismo, es necesario indicar que no todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión.⁵²⁰ Debe distinguir el juez penal “*entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.*”⁵²¹

491 En cuanto al medio de difusión utilizado el Tribunal Supremo ha hecho referencia al uso de redes sociales en los siguientes términos:

492 La extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían

⁵¹⁷ STS 587/2013 de 28 de junio (RJ\2013\5571)

⁵¹⁸ STS 656/2007 de 17 de julio (RJ\2007\3660) fundamento de Derecho segundo

⁵¹⁹ Corcoy, Derecho Penal Parte Especial, pág. 876.

⁵²⁰ STS 31/2017

⁵²¹ STS 31/2017

haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal.⁵²²

En este mismo sentido, se han reputado delictivas (STS 623/2016, 13 de julio) 493 afirmaciones del siguiente tenor publicadas en twitter : "... voló, voló Máximo voló y hasta las nubes llego. Ay Máximo el primer astronauta español. Arriba España con goma"⁵²³, también STS 820/2016, 2 de noviembre.

De igual forma, fue considerada constitutiva del delito previsto en el art. 578 del CP, la 494 publicación en la red social Facebook de "...una fotografía de Florentino con las siguientes frases "Gora ETA libertad presos políticos, Florentino mejor muerto". (...) una fotografía con la leyenda "ETA Euskadi ta Askatasuna " añadiendo que el zulo de Florian tenía más metros cuadrados que donde viven muchísimos españoles.⁵²⁴

La STS 984/2016, 15 de diciembre , reputó que colmaba el juicio de tipicidad la 495 publicación en la red social Facebook de las siguientes imágenes y comentarios: " imagen de policías envueltos en llamas con comentarios "ke bien arde... la madera jejejeje..". (...) Imagen de varios individuos sujetando una bandera de España que arde con el comentario "ke ben arde... a filla de puta... que bien arde la hija de puta". (...) Imagen del anagrama de la organización terrorista "Resistencia Galega (...) Imagen extraída de una película sobre el atentado terrorista contra el Almirante Maximo con el comentario "volandoooo voyyyy...volando vengoooo". (...) Comentario "Gora euskadi ta askatuta... gora euskal Herria sozialista, viva Euskadi ta askatasuna (ETA).. viva euskal herria socialista". (...) Imagen de 5 miembros de la organización terrorista Terra Wure con la leyenda (traducida: en memoria de los patriotas muertos en combate). (...) Comentario: "matar fachas y Txakurras no es delito...es mi deporte favorito". (...) Imagen del manual de la organización terrorista ETA Ikusi eta Ikasi (Mira y aprende.

⁵²² STS 31/2017

⁵²³ STS 623/2016, 13 de julio

⁵²⁴ STS 846/2015, 30 de diciembre

Manual básico de armas y explosivos de ETA)".⁵²⁵

- 496 Por su parte, en la STS 623/2016, 13 de julio, se afirmaba que la libertad ideológica o de expresión no puede ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación. ... “Una de las facetas de la humillación consiste en la burla”, referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos. En el caso de la humillación y menosprecio a las víctimas del terrorismo, el desvalor de la acción que sanciona el art. 578 CP tampoco quedaría totalmente protegido mediante la sola figura de las injurias, siendo así que su contexto -que además justifica un mayor reproche penal- lleva a ubicar esta intromisión, entre los delitos de terrorismo⁵²⁶.
- 497 Por su parte, un nuevo fallo del Tribunal Supremo podría suponer una flexibilización de los criterios antes expuestos para el caso de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas de terrorismo. En la sentencia STS 2013/2017 se afirma que *“la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como “aptitud” ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas.”* El juez argumenta en la sentencia que ya no hay atentados del Grapo, que además tampoco hay coincidencia temporal entre el mensaje y los atentados y señala que nadie contestó al mensaje por lo que no ha tenido repercusión.⁵²⁷

⁵²⁵ STS 984/2016, 15 de diciembre

⁵²⁶ STS 623/2016, 13 de julio

⁵²⁷ STSS 2013/2017

15.8 El dolo

El art. 578 del CP sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas -siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577-; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de *twitter*, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo.⁵²⁸ 498

En el presente caso, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia. Es así como queda colmada la tipicidad subjetiva del delito.⁵²⁹ 499

Esquema del caso: Tasio Erquizia Alamandoz

Estimamos, a diferencia de la sentencia base,⁵³⁰ que la conducta del solicitante se encontraba protegida por los derechos a la libertad de expresión y a la libertad ideológica. La imposición de la condena penal por el delito de enaltecimiento del terrorismo tenía por objeto la protección de la paz pública. La expresión “*una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático*” debe ser calificada como un juicio valorativo y evaluada en base a los criterios de la libertad de opinión. La interpretación de la referencia al “*camino que más daño le haga al Estado*”, al lado de la afirmación de que “*la lucha armada es imprescindible para avanzar*”, dan una idea clara de una incitación a una conducta que genere un peligro. A ello se suma la repercusión pública, apareciendo la noticia del homenaje en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión. De tal forma no se produjo una sanción penal por la mera convicción de una ideología, sino por una conducta idónea para afectar bienes jurídicos. 500

⁵²⁸ STS 31/2017 de 11 de enero FD 3

⁵²⁹ STS 31/2017 de 11 de enero FD 3

⁵³⁰ STC 112/2016, de 20 de junio Fj 6

16 BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL: *La reforma del art. 510 del Código Penal*, La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal Y Penitenciario, (86), 2011
- ALASTUEY DOBÓN, MARÍA DEL CARMEN: *La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas* (1), Diario La Ley, Nº 8245, 2014
- ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: *Discurso de odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Nº14, 2012
- ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: *Víctimas y disidentes. El discurso del odio en EEUU y Europa*, Revista Española de Derecho Constitucional, (103), 2015
- ALONSO RIMO, ALBERTO: *Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales*, Revista de Derecho Penal y Criminología Nº 4 2010
- ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO: *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1994
- ARIAS CASTAÑO, ABEL: *Amenazas, enaltecimiento del terrorismo y libertad de expresión, el caso de Juana Chaos*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Nº. 4, 2007
- BACIGALUPO, MARIANO: *La aplicación de la doctrina de los «límites inmanentes» a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (A propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)*. En Revista Española de Derecho Constitucional Año 13. Núm. 38. Mayo-Agosto 1993, pp. 297
- BARNES, JAVIER: *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*, Revista de Administración Pública 495, Núm. 135. Septiembre-diciembre 1994
- BARQUIN SANZ, JESÚS: *“Apología del genocidio”* en Comentarios a la legislación penal, Tomo XVIII, Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Delito de apología a la discriminación de las personas y sobre las penas del genocidio, Manuel Cobo Delrosal (Dir.)/Miguel Bajo Fernandez (Coord.), Edersa, Madrid, 1997, pp. 375-380
- BASTIDA FREJEDO, FRANCISCO J.: *Derecho de petición*. En la obra colectiva, Temas básicos de derecho constitucional. Tomo III. Tribunal constitucional y derechos fundamentales, Manuel Aragon Reyes (Coord.), Civitas Ediciones S.L., 2001
- BASTIDA FREJEDO, FRANCISCO J.: *El régimen jurídico de la comunicación social*. Instituto de Estudios Economicos 1994
- BAUCELLS, JOAN: *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, 2000
- BENLLOCH, G: *El Derecho Penal ante el conflicto político, reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 54, Fasc/Mes 1, 2001
- BERNAL DEL CASTILLO JESÚS: *La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Nº 2, 2016
- BERNAL PULIDO, CARLOS: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 3ra Edición, Madrid 2007
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA: *La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de los tipos penales contrarios a la libertad de expresión*, Revista de Derecho Político, núm. 71-72, 2008

- BILBAO ÚBILLOS, JUAN MARÍA: *La negación de un genocidio no es una conducta punible*. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 85, enero-abril (2009), págs. 299-352
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Comares, Granada, 1999
- BOUAZZA, OMAR: *Notas Jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista de Administración Pública, núm. 195, Madrid, septiembre-diciembre 2014
- CABRERA RODRÍGUEZ, JOSÉ: *El derecho fundamental a la libertad de investigación científica [art. 20.1.b) ce] como principio organizativo. El caso de las reales academias*. Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 193, Madrid, enero-abril (2014), págs. 127-162
- CAÑAMARES ARRIBAS, SANTIAGO: *La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa, un "work in progres" Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa /coord. Por Javier Martínez-Torrón*, 2014
- CAPITA REMEZAL, MARIO: *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Ed. Cólax, 2008
- CARBONELL MATEU, J.C: *Terrorismo: algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal*, *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*, Valencia 2006
- CARILLO, JUAN: *Libertad de expresión y "discurso del odio" religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular*, Revista de Fomento Social, N° 278 2/2015
- CATALÁ I BAS, ALEXANDRE: *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2001
- CATOIRA, ANA ABA: *Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales*. AFDUC 19, 2015, ISSN: 1138-039X, pp. 199-222
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU Y OTROS: *Derecho Penal Parte Especial: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Valencia: Tomo I, Ed. Tirant Lo Blanch, 2011
- CÓRDOBA RODA, JUAN: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II; 1978, Barcelona
- COSTA JEAN, PAUL: *La Libertad de Expresión según la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo*, Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica, 2005
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO: *Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales*, Revista española de derecho constitucional, Año nº 9, N° 25, 1989
- CUERDA ARNAU MARÍA LUISA: *El nuevo delito político: apología, enaltecimiento*, Estudios de derecho judicial, N° 128, 2007
- CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA: *Terrorismo y libertades políticas, teoría y derecho*: Revista de pensamiento jurídico, N° 3, 2008, España
- CUEVA FERNÁNDEZ, RICARDO: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011, Eunomía N° 2 (Marzo-Agosto 2012)
- DE BARTOLOMÉ, CENZANO: JOSÉ CARLOS: *Derechos fundamentales y libertades públicas*. Tirant lo blanch, Valencia 2003
- DE DOMINGO PÉREZ, T: *La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado 'chilling effect' o 'efecto desaliento*, Revista de estudios políticos, nueva época, N° 122 octubre- diciembre 2003
- DE OTTO, IGNACIO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona 2001
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: *La Regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995, Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO JOSÉ: *Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo*, en García Roca, Javier et al. (edit.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Civitas-Thompson Reuters, 2012
- ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA: *La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación n.º 15 de la ECRI*. UNED. Revista de Derecho Político N.º 98, enero-abril 2017, págs. 251-334
- ELOSEGUI, M: *La Negación o Justificación del Genocidio como Delito en el Derecho Europeo*. Una propuesta a la Luz de la Recomendación N°15 de la ECRI, Revista de Derecho Político N.º 98,

enero-abril 2017

- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ: *Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del código penal)*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, Nº 6, 1998, págs. 2267-2284
- FISS OWEN: *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona 1999
- FREIXES, T: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año nº 7, Nº 15, 2003
- FRONZA: *¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria*, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 5, 2011
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Editorial Civitas S.A, Madrid 1994
- GARROCHO SALCEDO, A. Y PORTILLA CONTRERAS, G.: *Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia*, en Álvarez García, F. J. (Dir.) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.), Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Tirant lo Blanch, 2013
- GASCÓN CUENCA, ANDRÉS: *Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década*. CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Número 26 (2012) ISSN: 1138-9877
- GOMEZ BENITEZ, JOSE MANUEL: *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*. En Anuario de derecho penal y ciencias penales ADPCP, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, págs. 103-132
- GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: Los límites entere la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 44, Fasc/Mes 2, 1991
- GONZÁLEZ GUITIAN, LUIS: *Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en el proyecto de 1980*, Estudios Penales y Criminológicos, IV, Universidad Santiago de Compostela 1981
- GÜERRI, CRISTINA: *La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación*, Universitat Pompeu Fabra, 2013-2014
- JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal parte general*, Joaquín Cuello Contreras (trad.), José Luis Serrano González-Murillo, Marcial Pons, 1997 (2 ed.)
- JERICO, LETICIA: “*El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art.510.1 CP)?*”, Revista Penal 18 (2006)
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Libertad ideológica*, en la obra colectiva, Temas basicos de derecho constitucional. Tomo III. Tribunal constitucional y derechos fundamentales, Manuel Aragon Reyes (Coord.), Civitas Ediciones S.L., 2001
- JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Editorial Trotta, Madrid 1999
- LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Apología un residuo de incriminación de la disidencia*, La ley penal: Revista de derecho penal, procesal penal y penitenciario, Nº 28, 2006
- LAMARCA PÉREZ, CARMEN: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1985. ISBN 84-505-2270-6
- LANDA GOROSTIZA, JON-MIRENA: “*La llamada mentira de Auschwitz*” (art. 607.2º CP) a la luz del caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de constitucionalidad” (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)”, AP, (36), Actualidad penal 1999
- LANDA GOROSTIZA, JON- MIRENA: *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995- 2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —librería Kalki— y a la STC 235/2007)*, Revista de derecho penal y criminología, (7), 2012
- LANDA GOROSTIZA, JON- MIRENA: *Racismo, xenofobia y Estado democrático*, en Eguzkilore, núm. 18, 2004
- LANDA GOROSTIZA, JON-MIRENA: *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 1999
- LAPORTA SAN MIGUEL, FRANCISCO JAVIER: *El derecho a informar y sus enemigos*. Claves de razón

- práctica, Nº 72, 1997, págs. 14-19
- LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO: *La libertad de expresión tenía un precio*, Revista Aranzadi Doctrinal, (3), 2010
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA: *La discriminación en el Código Penal de 1995*, Estudios Penales y Criminológicos, Nº 19, 1996
- LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*. Ministerio de Justicia, 1995
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO: *Libertad de conciencia y laicidad en la Constitución española de 1978*. En: Jornadas Jurídicas Sobre Libertad Religiosa en España. Ministerio de Justicia, 2013
- MAGDALENO, ANTONIO: *Los límites de la libertad de expresión e información en el estado democrático de derecho*. Congreso de los Diputados, Madrid 2006
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, ARACELI: *Apología del terrorismo*, Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, coord.por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli, 2003
- MARTÍN SÁNCHEZ, ISIDRO: *El modelo actual de relación entre el estado y el factor religioso en España*. En: Jornadas Jurídicas Sobre Libertad Religiosa en España. Ministerio de Justicia, 2013
- MARTÍNEZ, JOSÉ, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos 2001
- MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO LUIS: *Algunos Principios Básicos en la Interpretación de los Derechos Fundamentales*, Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Nº 32, 2000
- MARTÍN-RETORTILLO, L: *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Thomson Civitas, Madrid, 2007
- MIR PUIG, S: *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi*, Estudios penales y criminológicos, Nº. 14, 1989-1990
- MONTIEL FERNÁNDEZ, JUAN PABLO: *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*, Tesis Doctoral, Barcelona 2008
- MORÁN, GLORIA M.: *Comunidad Política y Religiosa.: Claves de la cultural jurídica europea*. Volumen I. Netbiblo 2009
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *La generalización del derecho penal de excepción, Tendencias legislativas y doctrinales entre tolerancia cero y el derecho penal del enemigo*, Ciencia Jurídica, Departamento de Derecho, División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato - Año 1, No. 1, 2011
- NAVARRO FRÍAS, IRENE: *El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?.* En: Revista para el Análisis del Derecho InDret 2/2010. Barcelona, 2010
- NAVAS, MARCO: *Derecho a la Información y teoría democrática. Algunos acercamientos. Diálogos de la comunicación*, ISSN 1813-9248, Nº. 82, 2010
- NUEVO LÓPEZ, PABLO: *La Constitución educativa del pluralismo: una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*. Netbiblo, 2009
- PEÑA CABRERA, RAÚL: *Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista*, Editora Jurídica Grijley, 1994
- PERALTA MARTÍNEZ, RAMÓN: *Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 16, Madrid (2012), págs. 251-283
- POLO SABAU, JOSÉ RAMÓN: *En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución española*, En Revista de Estudios Políticos (nueva época), Núm. 129, Madrid, julio-septiembre (2005), págs. 137-162
- PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal del discurso de odio*, Tratado de derecho penal español. Pate especial. IV. Delitos contra la Constitución, coord.por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel; Francisco Javier Álvarez García (dir.), 2016
- QUESADA, CARMEN: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Nº 30, 2015
- QUINTANO, A: *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Editorial de derechos reunidas SA, 1978, España

- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO: La declaración de inconstitucionalidad del delito del “negacionismo” (artículo 607.2 del código penal español). Enero-Junio 2009 Nuevo Foro Penal, No. 72
- REBOLLO DELGADO, LUCRECIO: *Límites a la libertad de comunicación pública*. S.L. – Dykinson Madrid, 2008
- REBOLLO VARGAS, RAFAEL: *Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura*. En Anuario de derecho penal y ciencias penales ADPCP, Vol. LIII, 2000
- ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN / AHUMADA RUIZ, M^a ANGELES: *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Conferencia Trilateral Italia/Portugal/España Roma, 24 a 27 de octubre de 2013
- RODRÍGUEZ DEVESA, J: Derecho penal español, Editorial Graficas Carasa 1971, España
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *El actor mediato en Derecho penal español*. En ADPCP, 1969
- RODRÍGUEZ, S: El ámbito de aplicación del actual art. 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015, Revista de Derecho penal y Criminología, 3.^a Época, n.º 12 (julio de 2014)
- ROIG TORRES, MARGARITA: Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512), en Comentarios a la reforma del Código Penal 2015, José Luis González Cussac (dir.), Ángela Matallín Evangelio (coord.), Elena Górriz Royo (coord.), Valencia : Tirant lo Blanch, 2015
- ROLLNERT LIERN, GÖRAN: Revisionismo histórico y racismos en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007), Revista de Derecho Político, N° 73, 2008 UNED
- ROLLNERT LIERN, GÖRAN: *La neutralidad ideológica del Estado y la objeción de conciencia a la «Educación para la Ciudadanía»*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 60/61, pp. 271-302
- ROSENFELD, MICHEL: El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo, Pensamiento Constitucional, Año XI, Núm. 1
- RUBIO LLÓRENTE, FRANCISCO: *El principio de legalidad*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13. Núm. 39. Septiembre-Diciembre 1993
- RUIZ RUIZ, RAMÓN / DE LA TORRE MARTÍNEZ, LOURDES: *Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad*. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 14, 2011, pp. 27-44
- RUIZ RUIZ, RAMÓN: *La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 10, 2006/2007, ISSN 1575-7382, pp. 53-77
- SALDAÑA DÍAZ, MARÍA NIEVES: “En defensa de la Libertad de Prensa: La Areopagítica de John Milton”, Revista de Estudios Políticos, N° 125, Madrid 2004
- SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO: Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. VOL. 2, Coordinadores Meliá, Cancio y Gómez Jara-Diez, Carlos. Ed. EDISOFER SL, 2006
- SANJURJO REBOLLO, B.: *Manual de derecho a la información*. Madrid, Dykinson, 2009
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO: *Principios de derecho administrativo*. Volumen I, Cuarta Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2002
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO: *Principios de derecho administrativo*. Volumen II, Tercera Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2002
- SANTANA, DULCE MARÍA: Protección penal de la discriminación y libertad de expresión: la difícil convergencia europea, en Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (Dirs.), Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional, Tirant lo Blanch, 2012
- SOLOZABAL, ECHAVARRIA: *Voz "libertad de expresión y derecho a la información"*, en Aragon Reyes, M. Temas básicos de Derecho Constitucional, Tomo III. Tribunal Constitucional y Derechos Fundamentales. Edit. Civitas, Madrid, 2001
- SOTTIAUX, S: Bad Tendencies in the ECtHR’s Hate Speech Jurisprudence, European Constitutional Law Review, 2011
- SOUVIRON MORENILLA, J. M.: *Derecho Público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*.

- Ed. Comares. Granada 1999.
- SUÁREZ, MARÍA LIDIA: Los Derechos a la Comunicación Social en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su influencia en el Tribunal Constitucional español, Revista de Derecho Constitucional Europeo, Año 4 N°7, enero-julio 2007
- TERUEL LOZANO, GERMÁN: La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera, Madrid, CEPC, 2015
- TORIO LÓPEZ, ÁNGEL: Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. en Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Madrid. Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas. Dogmática penal, Política criminal y criminología en evolución, Editorial Comares, Carlos María Romero Casabona (de), Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, La Laguna- Tenerife-Canarias, España, 1997
- TORRES MURO, IGNACIO: *El derecho de reunión y manifestación*, Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1991
- TORRES-DULCE, E: “La libertad de expresión en la jurisprudencia del TEDH”, Cuadernos de Derecho Judicial , CGPJ, Madrid, 1993
- TURIENZO FERNÁNDEZ, ALEJANDRO: El Delito de Negación del Holocausto, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Año 2015, Número 1
- VALLDECABRES, M. ISABEL: *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*. Editorial Tirant lo Blanch, 2004
- VÁZQUEZ VÍCTOR, ALONSO: Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo postsecular, Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 146, mayo-agosto de 2016
- VILLACORTA MANCEBO, LUIS: *Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español*. En: Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Tomo I. Derecho Público. Universidad de Cantabria. Facultad de Derecho 19931 Juan Manuel Alegre Avila, Et al
- VIVES TOMAS, SALVADOR: Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo, Estudios penales y criminológicos, N° 25, 2004
- WALDRON JEREMY: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 2012

17 INDICE

1	EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.....	15
1.1	La concepción dual.....	15
1.2	La libertad de expresión	16
1.3	La libertad de información	18
1.4	El deslinde entre ambos derechos.....	19
1.4.1	El elemento preponderante	20
1.4.2	El concurso de derechos fundamentales	22
1.5	La libertad de expresión en el estado democrático	23
1.6	La garantía institucional de la opinión pública	24
1.7	La libertad de expresión como derecho político.....	25
1.8	La libertad de expresión y el derecho de reunión	26
1.9	La libertad de investigación científica.....	28
1.9.1	Contenido.....	28
1.9.2	Deslinde frente a las libertades de expresión e información	29
1.9.3	La investigación histórica	30
1.9.4	Injerencias sobre la libertad de investigación	30
1.10	La libertad ideológica	31
1.11	La fidelidad del ciudadano a la Constitución	34
2	LO EXPRESADO EN UNA REUNIÓN.....	38
2.1	Lo expresado durante una reunión.....	38
2.2	El lenguaje simbólico	39
3	ELEMENTOS PARA LA VALORACIÓN	44
3.1	El interés público y la libertad de expresión.....	44
3.2	El interés general y el derecho a la información.....	45
3.3	Personas con relevancia pública	47
3.4	Críticas contra funcionarios públicos	47
3.5	Las críticas a las instituciones públicas	49
3.6	La información veraz.....	51
3.6.1	El nivel de diligencia exigible.....	52
3.6.2	El reportaje neutral.....	56
3.6.3	El derecho de rectificación y la información veraz.....	58
3.7	El exceso en el ejercicio del derecho.....	59

4	LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	62
4.1	Delimitación y limitación	62
4.2	La involución en la interpretación amplia	63
4.2.1	La interpretación amplia	63
4.2.2	La exclusión del ámbito de protección	65
4.3	El principio de proporcionalidad	65
5	LIMITACIONES AL DERECHO	68
5.1	El derecho al honor.....	68
5.2	El respeto a la dignidad humana.....	72
5.3	La paz pública	74
6	EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY	75
6.1	La reserva de ley orgánica	76
6.2	La reserva legal en materia sancionatoria.....	78
6.2.1	El mandato de taxatividad o de lex certa	79
6.2.2	El principio de legalidad penal reforzado	81
6.2.3	El deber de motivación reforzada	81
6.2.4	La interpretación de elementos abiertos del tipo.....	83
6.3	La garantía de irretroactividad.....	85
6.3.1	El principio de irretroactividad	85
6.3.2	La retroactividad favorable	85
7	EL EFECTO IRRADIANTE	88
7.1	La eficacia irradiante	88
7.2	El orden de valores	90
7.3	Los efectos recíprocos	93
7.4	El sitio de irrupción de los derechos fundamentales.....	94
8	LA DELIMITACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY	96
8.1	El canon del control externo.....	96
8.2	Los cánones de constitucionalidad de los derechos fundamentales....	97
8.3	La competencia de los Jueces y Tribunales ordinarios.....	99
9	LA LIBERTAD DE OPINIÓN EN EL DERECHO PENAL. PARTE GENERAL .	100
9.1	Efecto iradiante en el derecho penal.....	100
9.2	Esquema del análisis de constitucionalidad.....	101
9.3	El ejercicio de un derecho fundamental.....	102
9.4	La teoría de los bienes jurídicos protegidos	104
9.5	La idoneidad del derecho penal	106
9.6	El principio de necesidad.....	106
9.7	La mínima intervención.....	107
9.8	La proporcionalidad de la prohibición.....	108
9.9	La interpretación conforme a la Constitución.....	109

9.10	El principio de legalidad penal reforzado	111
9.11	El exceso en el ejercicio del derecho fundamental	112
9.12	Derechos fundamentales como causa de justificación.....	115
9.13	El ejercicio de la libertad de expresión.....	117
9.14	La regla de la veracidad.....	119
9.15	Los fines de pena.....	120
9.16	El principio de proporcionalidad de la pena	121
9.17	Derechos fundamentales y proporcionalidad de la pena.....	123
9.18	Mecanismos de justicia en el caso concreto	124
10	LA LIBERTAD DE OPINIÓN EN EL DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL .	125
10.1	Autoría mediata por el llamado a una manifestación	125
10.2	Manifestación ante las sedes del parlamento.....	129
11	LA NEGACIÓN (ANTIGUO ART. 607.2).....	132
11.1	Consideraciones generales.....	132
11.2	La limitación de derechos fundamentales.....	133
11.3	El bien jurídico protegido	133
11.3.1	La paz pública	133
11.3.2	La igualdad y la dignidad de la persona.....	136
11.4	La interpretación del antiguo art. 607.2 CP.....	138
11.4.1	El elemento tendencial.....	138
11.4.2	La apología	139
11.5	El delito de negación (art. 607.2 CP <i>anulado</i>).....	141
11.5.1	La exclusión del ámbito de protección	141
11.5.2	La idoneidad	142
11.5.3	La proporcionalidad	143
11.5.4	La interpretación conforme.....	144
11.6	La Constitucionalidad del art. 607.2 – <i>derogado</i>	145
11.6.1	La interpretación conforme.....	145
11.6.2	La delimitación entre hechos y opiniones.....	146
11.6.3	La exclusión del ámbito de protección	146
11.6.4	La incitación indirecta	146
11.6.5	La interpretación conforme.....	148
12	LA NEGACIÓN... (ART. 510.1.C).....	150
12.1	Aspectos generales	150
12.2	Las conductas típicas.....	151
12.3	Publicamente	152
12.4	La promoción o favorecimiento	153
13	INCITACIÓN AL ODIO.....	154
13.1	Principio de intervención mínima del derecho penal.....	155
13.2	Evolución en la interpretación de este tipo penal (510 CP).....	159

13.3	La controversia del bien jurídico	161
13.4	Provocación al odio	162
13.5	Identificación de un objeto de tutela individual.....	163
13.5.1	Autoridad del sujeto activo	165
13.5.2	Tipo de Audiencia.....	166
13.5.3	Medios de comunicación	166
13.5.4	Intensidad y frecuencia del mensaje	166
13.5.5	Forma y contenido del mensaje	166
13.5.6	Situación social	167
13.5.7	Presencia de otros contextos de interferencia	167
13.6	El odio como elemento común	169
13.7	La propaganda de agitación xenófoba	169
13.8	Incitación directa	170
13.9	Prueba del Peligro claro y presente (peligro abstracto)	175
14	EL NUEVO ARTÍCULO 510.1 DEL CÓDIGO PENAL 2015	177
14.1	Sujeto pasivo	181
14.2	Apartado primero del artículo 510 del CP	182
14.3	Previsiones adicionales sancionatorias comunes	182
14.3.1	Pena de inhabilitación (art. 510.5 CP)	182
14.3.2	Eliminación del material utilizado (art. 510.6 CP)	183
14.3.3	Reflexiones sobre el delito de incitación a la violencia	183
15	ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO (ART. 578).....	186
15.1	El derecho a la libertad de expresión.....	188
15.2	El derecho a la libertad ideológica	189
15.2.1	Nuestra valoración	189
15.2.2	La aplicación por los órganos jurisdiccionales	192
15.3	El método de control de constitucionalidad.....	193
15.4	Los bienes jurídicos protegidos	194
15.5	El discurso de odio	195
15.6	La incitación indirecta al terrorismo.....	195
15.7	Los elementos del tipo.....	197
15.7.1	La exaltación.....	197
15.7.2	Enaltecer	197
15.7.3	Humillación a las víctimas del terrorismo	199
15.8	El dolo	202
16	BIBLIOGRAFÍA	204
17	ÍNDICE	210