

LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ I TRES DELICTES EN QÜESTIÓ (UNA REFORMA DEL CODI PENAL ENTRE EL DRET CONSTITUCIONAL I LA POLÍTICA CRIMINAL)

Montserrat Nebrera

Universitat Internacional de Catalunya

1. INTRODUCCIÓ: LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ, UN DRET CONSOLIDAT EN LA JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL

Quin és l'abast de la llibertat d'expressió? Ha variat en els darrers temps pel que fa a la dimensió adquirida per les xarxes socials com a canals de manifestació de les opinions? Ha estat la jurisprudència europea un revulsiu per a la unificació de criteris en l'àmbit judicial espanyol respecte a aquesta qüestió? O es pot dir, per contra, que en la lluita entre jurisdiccions (Tribunal Suprem [TS] espanyol, Tribunal Constitucional [TC] espanyol i Tribunal Europeu de Drets Humans [TEDH]) el que s'ha produït és justament el contrari: un distanciament en els criteris, la valoració de les situacions i la ponderació dels drets fonamentals i els béns jurídics que hi ha en joc? Pot haver-hi contribuït, en el cas que s'aprecii aquesta divergència, la situació desigual en què es troben els interessos i conflictes globals (europeus) i locals (de cada estat)?

Sabem de la importància de la llibertat d'expressió, com a vehicle d'exteriorització prioritari de la llibertat ideològica, per a la construcció d'una «opinió pública lliure». Té la mateixa qualitat de ciment imprescindible del pluralisme polític que la que hem d'atorgar a la formació, sobretot en les primeres etapes de la vida (educació per al desenvolupament de la personalitat), i a la informació, assignada majorment al periodisme com el seu agent principal. És aquest conjunt d'ingredients, amb l'afegit d'altres drets instrumentals de les llibertats d'expressió i d'informació, com ara el dret a manifestar-se o el dret a l'associació, el que conforma la nostra capacitat d'escollir en llibertat i, per tant, la qualitat democràtica d'una comunitat política.¹

Però la llibertat d'expressió té límits i així ha estat determinat en nombroses sentències del TC. En resum, aquests límits són, tal com es descriu, per a tots, en el vot particular de Juan Antonio Xiol en la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 177/2015, de 22 de juliol:

— L'insult indubtable i greu, en el qual l'*animus iniuriandi* és l'única raó de l'expressió emesa i, per tant, el contingut ideològic que pugui reflectir resulta accessori.

1. Sobre el caràcter de garantia institucional que opera sobre la llibertat d'expressió com a dret subjectiu individual, la STC 112/2016, de 20 de juny, remet a la STC 177/2015, de 22 de juliol, per a recordar que «el valor del pluralisme i la necessitat del lliure intercanvi d'idees com a substrat del sistema democràtic representatiu impedeixen qualsevol activitat dels poders públics tendent a controlar, seleccionar o determinar greument la mera circulació pública d'idees o doctrines» (fonament jurídic [FJ] 2b STC 112/2016).

— El contingut amenaçador, i aquí els béns en perill poden ser diversos: l'ordre públic, la seguretat de l'Estat (en la qual pot cabre fins i tot, en la seva faceta exterior, el perill per a la integritat territorial?).

— La incitació a la violència, respecte de la qual s'exigeix que sigui directa, ja sigui contra la ciutadania en general, ja sigui contra col·lectius determinats per raó de les seves característiques religioses, racials, socials, etc. És el que es considera (arg. *ex art.* 510 Codi penal [CP]) delictes d'odi.

D'altra banda, democràticament hem reconegut també l'existència d'altres drets i llibertats que, en ponderació sovintejada amb aquesta llibertat, omplen de contingut expressions constitucionals com ara les recollides en l'article 10.1 de la Constitució espanyola (CE) i la seva apel·lació a la dignitat humana com a fonament de l'ordre polític. Així, ens trobem amb els anomenats *drets de la personalitat* (honor, intimitat i pròpia imatge) i la llibertat de culte, entre els reconeguts en la mateixa CE. Però també, i per raó de la regulació constitucional de certs símbols (Corona, bandera) i òrgans (el poder judicial, per exemple), s'ha desenvolupat un univers de sancions que, en diversos àmbits jurisdiccionals (civil, administratiu, penal), volen protegir aquests drets i béns de les lesions que es puguin derivar d'un ús extralimitat de les llibertats de l'opinió pública lliure i, en particular, de la llibertat d'expressió.

Tal és la tensió entre els béns jurídics que construeixen el substrat de la democràcia i els que democràticament hem decidit que poden significar un fre als primers, que en l'informe per a l'any 2020 del Departament d'Estat dels Estats Units d'Amèrica i pel que fa a Espanya,² es recull la petició d'Amnistia Internacional que siguin derogats del CP espanyol els delictes d'injúries a la Corona (art. 490.3 CP), enaltiment del terrorisme (art. 578 CP) i ofensa dels sentiments d'una confessió religiosa (art. 525 CP). La dita petició també va ser avalada per la Comissió de Drets Humans del Consell d'Europa.³

Quant a la distància entre els objectius que es considerin prioritaris en aquesta tensió inevitable, la bibliografia jurídica està força dividida. Per als uns, potser la majoria,⁴ la

2. <www.state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/spain/> (consulta: 14 abril 2021).

3. En concret, la seva comissària, Dunja Mijatovic, va remetre una carta a l'actual ministre de Justícia, Juan Carlos Campo, en la qual celebrava la reforma que el Govern espanyol preveu realitzar en els delictes relacionats amb la llibertat d'expressió per tal de limitar l'abast de tipus penals com l'enaltiment del terrorisme i les injúries a la Corona, perquè entén que es pot castigar de manera «innecessària o desproporcionada» una extralimitada llibertat d'expressió (<www.europapress.es/nacional/noticia-consejo-europa-insta-gobierno-acotar-delitos-enaltecimiento-terrorismo-injurias-corona-20210322124217.html/>; consulta: 14 abril 2021).

4. Diu Germán M. Teruel el novembre de 2017: «[...] considero que cualquier limitación a la libertad de expresión, sobre todo si es penal, ante este tipo de discursos provocadores exige verificar en concreto que se haya producido un “peligro cierto e inminente” por la difusión pública de los mismos, tal y como exige el Tribunal Supremo norteamericano, o, cuando menos, justificar que la conducta fue “idónea para contribuir a una situación violenta”, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional (STC 112/2016, de 20 de junio). Una jurisprudencia que el Tribunal Supremo sí que habría incorporado, en cierto modo, en relación con los delitos de provocación al odio y de negacionismo, interpretados como delito de peligro potencial (STS 259/2011, de 12 de abril). Para ello los jueces deben tener en cuenta toda una serie de elementos como la posición del autor,

tipificació com a delictes de les tres conductes esmentades abans significa un impediment estructural a la llibertat d'expressió, ja que es troba incorporada en la seva pròpia naturalesa un component ideològic (integritat territorial, forma política de l'estat, sentit de la transcendència) que sol ser objecte de debat i opinió i respecte del qual la llibertat d'expressió es val molt sovint d'expressions molestes que són les que més poden sacsejar l'opinió pública. Per als altres⁵ i més enllà de les pròpies idees, no posar límits en temes com aquests acaba significat la porta oberta a conductes més violentes en l'expressió de les pròpies idees, fet que representa posar en perill l'ordre públic, topall en el qual qualsevol de les posicions doctrinals està d'acord que existeixi.

La divisió doctrinal en l'anàlisi del tema sens dubte té a veure amb el fet que a (o per sobre de) la jurisprudència del TC s'ha d'afegir des de fa anys el fet que les sentències emanades del TEDH tenen efecte sobre els poders públics espanyols (arg. ex art. 46 del Conveni de Roma de l'any 1950), i, en particular, en el cas dels seus tribunals, mitjançant un recurs de revisió que permet el canvi de la resolució interna que contradiu l'europea (arg. ex art. 5 bis del Conveni, incorporat a la Llei orgànica del poder judicial per la Llei orgànica 7/2015, de 21 de juliol).⁶

Pel que fa als vectors enunciats, el que farem a continuació és un recorregut casuístic per algunes sentències recents del TC sobre cadascuna de les eventuais circumstàncies limitadores de la llibertat d'expressió i el seu final (ja cert o bé previsible) a Estrasburg, de tal manera que ens permeti albirar la decisió del Govern espanyol en relació amb la reforma del CP en els delictes referits, una reforma que ja ha anunciat i que exemplifica amb la consegüent polèmica que la diferència de parers en l'àmbit jurídic és també la que hi ha al carrer.⁷

los receptores del mensaje, el contexto en el que se produce, etc.; pero no pueden quedarse simplemente en valorar la intencionalidad o genéricas presunciones de peligrosidad carentes de un auténtico sustento fáctico. Algo que nos acerca al viejo test del «bad tendency» descartado por el Tribunal Supremo norteamericano en la medida que restringía excesivamente el ámbito de la libertad de expresión al resultar demasiado vago y permitir el castigo por la pura discrepancia ideológica» (<<https://agendapublica.es/enaltecimiento-terrorista-twitter/>>; consulta: 14 abril 2021).

5. En realitat, a aquesta qüestió no existeix més que una crítica implícita, per part d'alguns autors, als perills que pot comportar per a l'Estat i la seva seguretat d'una manera abstracta una extralimitació de la llibertat. De fet, aquesta contradicció retrotrau a la que federalistes i republicans van viure en els dies del naixement dels Estats Units d'Amèrica, com descriu Abel ARIAS CASTAÑO, *Clear and Present Danger Test (La libertad de expresión en los límites de la democracia)*, Marcial Pons, 2018, p. 33 i seg., qui recorda que la *Sedition Act* del 1798, que es promulgà per a criminalitzar el libel sediciós, va significar l'enfrontament entre tots dos corrents polítics i la seva diversa manera d'entendre el poder: mentre que els republicans reclamaven la seva limitació, els federalistes (Adams i Hamilton) entenien que s'havia de controlar el que amb el pas del temps es consideraria la «bad tendency», un judici sobre la intencionalitat que, segons l'altra tendència, significava un límit inadmissible a les llibertats de consciència i d'expressió.

6. Després d'un recorregut que descriu Carmen MONTESINOS, «El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10 (abril-setembre 2016), p. 98-113.

7. <www.elmundo.es/espana/2021/02/08/60219b5e21efa076758b4667.html>, <<https://elderecho.com/justicia-revisara-los-delitos-sobre-libertad-de-expresion-y-eliminara-las-penas-de-prision/>>; o aquesta tribuna del constitucionalista Blanco Valdés: <www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2021/02/19/libertad-expresion-

2. ENALTIMENT DEL TERRORISME

Referirem aquest punt amb la STC 35/2020 (cas Strawberry), en què el TC valora la concurrència de l'enaltiment del terrorisme amb la humiliació de les víctimes en relació amb el que determina l'article 578.1 CP.⁸

És rellevant l'èmfasi reiterat que el Tribunal posa en el fet que es consideri important el context de les expressions emeses per a enjudiciar aquesta mena de delictes, cosa que fa reproduint paraules del TS en la seva sentència de cassació recorreguda en empara:

[...] no sols el tenor literal de les paraules pronunciades, sinó també el sentit o la intenció amb què han estat utilitzades, el seu context, les circumstàncies concomitants [...] [perquè] als efectes d'establir la responsabilitat per un delictes d'aquesta naturalesa, és necessari determinar amb claredat quin dels possibles significats [de les paraules emprades] ha estat utilitzat (fonament jurídic [FJ] 3r de la Sentència del Tribunal Suprem 4/2017, de 18 de gener).

D'acord amb aquesta premissa, que no va permetre al TS absoldre l'encausat perquè va entendre que de les seves paraules es desprenia una voluntat lesiva («cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco» és un exemple dels tuits pels quals el TS el va condemnar), el TC fa una anàlisi, *a contrario sensu*, de la seva STC 112/2016, de 20 de juny (cas Tasio Erkizia, on es reproduïen les paraules laudatòries d'aquest sobre l'etarra Argala en un acte d'homenatge que se li va retre), on va recordar la doctrina general del TEDH aplicable en un cas com aquest i segons la qual les societats democràtiques, malgrat l'ampli espectre de la necessària i institucional llibertat d'expressió, necessiten sancionar o fins i tot prevenir «formes d'expressió que propaguin, incitin, promoguin o justifiquin l'odi basat en la intolerància», [perquè] «la lliure exposició d'idees no autoritza l'ús de la violència per a imposar criteris propis» (FJ 2c STC 112/2016). Però afegia, a més, la necessitat de proporcionalitat en la limitació penal de l'exercici de la llibertat d'expressió, la qual cosa resulta òbvia atenent el caràcter d'*ultima ratio* de les penes en relació amb la protecció dels béns que socialment es consideren valuosos.

Tanmateix, l'aspecte més sorprenent de la STC 35/2020 és que, pel que fa al discurs d'odi i tot recordant l'esmentada Sentència 112/2016 i l'anterior 177/2015 (després anul·lada pel TEDH, com veurem), afirma que la tasca de control del TC és «dilucidar si els fets ocorreguts són expressió d'una opció política legítima que pugui estimular el debat tendent a

limites/0003_202102G19P14994.htm/>.

8. S'ha de recordar que la Llei orgànica 7/2000, de 22 de desembre, que sobretot entrava a regular la justícia juvenil, també introduïa en el CP (art. 577) un nou tipus de delictes de terrorisme tot el «terrorisme urbà, de carrer o impropis», fórmula de l'anomenada *kale borroka* en què els menors, que intervenen sovintejadament, complementen algunes de les accions amb *performances* artístiques (pintades o concerts) o manifesten la mateixa actitud crítica amb el «sistema». En un sentit radicalment oposat es troba la crítica a una utilització extralimitada de les sancions penals per a la prevenció i correcció de les conductes més greus (per a tots, vegeu Ignacio BERDUGO DE LA TORRE, «La regulación del terrorismo en el Código penal español: cuatro cuestiones», *Criminalia: Revista Mexicana de Ciencias Penales. Nueva Época*, desembre 2020, p. 587-612).

transformar el sistema polític, o si, per contra, persegueixen desencadenar un reflex emocional d'hostilitat, incitant i promovent l'odi i la intolerància incompatibles amb el sistema de valors de la democràcia» (FJ 4a, iii, STC 35/2020) perquè «la sanció penal [...] requereix, com una manifestació del discurs de l'odi, una situació de risc per a les persones o drets de tercers o per al propi sistema de llibertats».

Més d'una observació ha estat feta a una argumentació com aquesta: entre altres coses, quin ha de ser el grau de tolerància social a l'«estimulació» produïda per certs tipus de missatges, emesos per raó de certes idees, a partir de la «democràcia no militant» que el mateix Tribunal reconeix que defineix el nostre sistema juridicoconstitucional i que ja va posar de manifest en la STC 235/2007, de 7 de novembre (cas Pedro Varela). Es tracta d'una tolerància que posa en dubte la nostra dignitat (com assenyala Javier Gomà)?⁹ O, per contra, aquesta tolerància demostra la dimensió i la profunditat de la nostra democràcia (o, com afirma Santiago Alba,¹⁰ un suposat «dret a la inseguretat»)?

Sigui com sigui, el TEDH ha reconegut també el caràcter limitat de la llibertat d'expressió: el Conveni Europeu de Drets Humans del 1950 la considera en l'article 10 i en l'apartat segon recorda que el seu exercici «podrà ser sotmès a certes restriccions o sancions previstes per la llei, que constitueixin mesures necessàries, en una societat democràtica, per a la seguretat nacional, la integritat territorial o la seguretat pública, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral». I, d'altra banda, hi ha un condicionant global a l'exercici dels drets humans, recollit en l'article 17 del Conveni, segons el qual cap de les disposicions d'aquest no es pot interpretar en el sentit que impliqui «per a un estat, grup o individu», un suposat dret a «dedicar-se a una activitat o realitzar un acte tendent a la destrucció dels drets o llibertats reconeguts» en el Conveni o infligir-hi més limitacions que les que el mateix Conveni considera.

El TEDH afegeix també que per a analitzar els béns jurídics que hi ha en joc —en concret, la incidència que pugui tenir aquesta mena de delictes sobre la llibertat d'expressió— cal ponderar, per exemple, l'impacte que signifiqui la seva difusió pública, les circumstàncies personals del cas o la relació temporal que es pugui establir amb actuacions terroristes concretes.¹¹

9. Javier GOMÀ, «Nadie puede atropellar la dignidad sin envilecerse, sin degradarse y sin degradar», <www.bbc.com/mundo/noticias-54569672> (consulta: 14 abril 2021).

10. <www.cuartopoder.es/ideas/opinion/2018/02/26/santiago-alba-rico-derecho-a-la-inseguridad/> (consulta: 14 abril 2021).

11. Pel que fa a aquesta qüestió, en el FJ 4c de la STC 35/2020 es refereix bona part de la doctrina més recent, que entén que no hi ha llibertat d'expressió o que aquesta es pot limitar quan les manifestacions o conductes representin «un risc per a la seguretat nacional, la integritat territorial o la seguretat pública, la defensa de l'ordre o la prevenció del delictes» (per exemple, Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans [STEDH] de 2 d'octubre de 2008, cas Leroy contra França, o STEDH de 7 de febrer de 2006, cas Halis Dogan contra Turquia), i que són importants per al Tribunal en relació amb la ponderació de l'aplicació d'un tipus penal sobre la llibertat d'expressió, la difusió pública del que es digui, les circumstàncies personals de qui ho faci (com va succeir en els casos Castells —periodista— contra Espanya en la STEDH de 23 d'abril de 1992, o Otegi

Plantejat el tema en els termes exposats, el TC entén que en aquest cas la condició artística i militant de Strawberry podria significar que les seves manifestacions en els tuits fossin enteses, com ell al·lega, fora del context en què haurien de ser concebudes, com a enaltiment del terrorisme o manifestacions del delictes d'odi envers les víctimes del terrorisme. Però, i aquesta és la dada més important, no entra a valorar si es poden o no contextualitzar en aquests tipus penals, sinó que es deté en un estadi previ, perquè afirma que el TS no ha fet una ponderació de les circumstàncies de la persona que emet aquests missatges en relació amb la posició institucional de la llibertat d'expressió i l'eventual necessitat que aquesta llibertat d'expressió es nodreixi de comentaris que, com aquests, poden fins i tot resultar majoritàriament insuportables. De manera categòrica, afirma que el TS explícitament va considerar irrellevant fer una ponderació d'aquesta mena, de manera que en el fons no es pronuncia sobre la vertadera intenció del cantant en proferir aquestes expressions i valora negativament aquesta absència de ponderació, que la jurisprudència constitucional entén necessària i a la qual confereix prou pes lesiu de la llibertat d'expressió per a atorgar l'empara al recurrent.

Tanmateix, la Sentència incorpora un vot particular que palesa, com en altres casos, una profunda divergència en els criteris d'anàlisi respecte de la tensió entre la llibertat d'expressió i altres béns jurídics. El magistrat Alfredo Montoya nega que el TS no hagi fet una ponderació suficient sobre la vulneració de la llibertat d'expressió que comporta l'aplicació de la sanció penal i sobre la capacitat que les manifestacions de Strawberry tenen de posar en situació de risc persones, drets de tercers o el sistema general de llibertats reconegut en l'ordenament jurídic. I, en tot cas, nega que les deficiències argumentatives respecte a aquesta qüestió tinguin per si mateixes entitat suficient per a significar una violació del dret fonamental a la llibertat d'expressió.

De manera específica, Montoya incideix en l'estudi del cantant i de la seva trajectòria fet pel TS i en el recordatori que aquest ofereix que aquestes circumstàncies personals no han de comportar de manera automàtica una exoneració penal. Montoya també recorda que el TS considera la publicitat de les cançons, derivada de la seva condició artística, prou coneguda en certs àmbits i, afegida a la difusió produïda en el present per les noves tecnologies, una de les circumstàncies que justifiquen limitar la llibertat d'expressió i sancionar la conducta. A més, apunta que la Sentència reitera pronunciaments previs en el mateix sentit d'entendre que la burla a les víctimes del terrorisme fins a comportar la seva humiliació no pot emparar-se en la llibertat d'expressió. El magistrat dissident es pregunta directament «en què pot contribuir a la formació de l'opinió pública lliure difondre [...] que qui va patir el segrest més llarg de la

Mondragón contra Espanya en la STEDH de 15 de març de 2011), que hi hagi coincidència amb actes terroristes (com en el cas esmentat Leroy contra França) o que s'acrediti que ha tingut impacte sobre alguna conducta violenta (com en el cas Öztürk contra Turquia en la STEDH de 28 de setembre de 1999 o en el cas esmentat Leroy contra França, on la condemna penal es lliga al fet que s'entengui que la suposada llibertat d'expressió és en realitat una manifestació del «discurs de l'odi per justificar el recurs a la violència per a la consecució d'objectius polítics» [FJ 4c STC 35/2020]).

història d'Espanya hauria de tornar a passar per tal experiència» (punt 2, apartat v del vot particular, STC 35/2020).

Més encara, el magistrat dissident es fa ressò, a més, del canvi jurisprudencial produït en el TS arran de la STC 112/2106 (cas Erkizia) i que es palesa en la seva sentència sobre el cas Strawberry: en la distinció entre dol i intenció, el Tribunal afirma la irrellevància de la darrera quan es dona en l'autor la representació d'elements del tipus penal d'enaltiment del terrorisme.¹²

És evident, doncs, que, pel que fa a aquesta mena de manifestacions, a les quals ningú no nega el component ideològic, s'ha produït una divergència entre el TS i el TC, i fins i tot dins d'aquest últim, quant al grau de ponderació entre béns jurídics i l'eventual lesió de la llibertat d'expressió que hagi de realitzar el jutgador. Aquesta «carència» permet a la jurisdicció constitucional no haver d'entrar en el contingut dels tuits i en la seva legitimitat com a expressions d'ideologia.¹³

Quelcom semblant pot acabar succeint respecte de la més recent Sentència del Tribunal Suprem 1298/2020, de 7 de maig, de la qual el TC ha inadmet el recurs d'empara per manca de justificació de la seva «especial transcendència constitucional» d'acord amb la regulació d'aquest recurs des de la reforma del 2007 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional.¹⁴

3. INJÚRIES A LA CORONA (I ALTRES SÍMBOLS DE L'ESTAT)

És volguda l'acumulació en aquest apartat dels casos que puguin haver estat considerats d'injúries a la corona i a altres símbols de l'Estat. Els uns i els altres poden representar una manifestació de la seva discrepància amb el que signifiquen per a qui hi profereix els insults. En el cas de la corona i més enllà de la discrepància personal amb el seu comportament o amb un determinat titular, la institució és contestada en si mateixa per una part de la ciutadania per la seva ideologia republicana. Quelcom semblant succeeix amb la bandera des de la perspectiva d'aquella part de la població que no la sent com a seva per la seva posició a favor de la independència del seu territori o, en general, a favor del dret abstracte a l'autodeterminació dels pobles que la integritat territorial que signifiquen els seus símbols vindria a limitar. El mateix s'ha esdevingut envers els òrgans de l'Estat: la crítica del mateix TC o del poder

12. Vegeu sobre aquesta qüestió Göran RÖLNERT, «El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Político*, núm. 109 (setembre-desembre 2020), p. 191-227.

13. Una situació semblant es produeix en la STC 112/2016, on, per contra, el TC entén que la ponderació sobre la proporcionalitat de la sanció penal que limita la llibertat d'expressió ha estat feta de manera adequada.

14. Una «objectivació» del recurs d'empara, en paraules del seu principal teoritzador, el magistrat que fou president d'aquest òrgan, Pedro Cruz Villalón, alimenta ombres i dubtes, a la vista de la seva utilització més com a excusa que com a veritable raó per a tramitar uns recursos o els altres, ja que és visible en moltes sentències l'omissió d'una reflexió mínima sobre aquesta qüestió i, en d'altres, com ara aquesta, la justificació de l'admissió del recurs per part del mateix TC.

judicial per raó dels seus pronunciaments, o del sistema polític en general per part de les opcions ideològiques que li són més combativament contràries.

Sobre tots ells, la pregunta que ens hem de fer és si es pot dir el que es vulgui dels símbols que, entre altres coses, consagren el sistema polític on són permeses aquesta mena de manifestacions de crítica desagradable i fins i tot clarament hostil. L'exemple en el qual basarem l'argumentació és la STC 190/2020, de 15 de desembre, anomenat cas Fragoso per raó de la persona, membre d'un sindicat de filiació nacionalista gallega, que durant l'acte d'hissar la bandera i cantar l'himne espanyol per part d'una formació militar, va proferir imprecacions i insults contra la bandera («puta», en concret), fet que va despertar la incomoditat i el rebuig en una part dels assistents, tant militars com civils.

El Tribunal, que finalment rebutja el recurs d'empara, comença contradient en part, com altres vegades, la seva pròpia posició d'exigir al recurrent una justificació de l'especial transcendència constitucional del recurs, perquè, ja des de la providència d'admissió, l'entén justificat com a ocasió per a «examinar la legitimitat de la condemna penal imposada per proferir unes expressions ofensives dirigides a un dels símbols d'Espanya» (FJ 1, *in fine*, STC 190/2020). No hi ha dubte sobre la constitucionalitat del tipus penal aplicat, per la qual cosa se centra, per raó de la ponderació de la sanció en relació amb la limitació de la llibertat d'expressió que significa, a determinar si les manifestacions fetes pel recurrent i sancionades per la justícia eren «indubtablement injurioses, ultratjants o oprobioses, és a dir, expressions ofensives sense relació amb les idees o opinions que s'exposin i que resultin innecessàries per a l'exposició d'aquestes» (FJ 3 STC 190/2020), perquè, com ha dit en nombroses oportunitats, l'article 201a CE no reconeix un suposat «dret a l'insult».

Tant el TC, en sentències com la STC 35/2020, analitzada abans, com la jurisprudència del TEDH, que cita i en la qual hi ha fins i tot esmenes a posicionaments del primer, afirmen que «la tolerància i el respecte de la igual dignitat de tots els éssers humans constitueixen el fonament d'una societat democràtica i pluralista [...] [fet que pot fer necessari que en elles calgui] sancionar i fins i tot prevenir totes les formes d'expressió que propaguin, incitin, promoguin o justifiquin l'odi basat en la intolerància» (FJ 3 STC 190/2020), però la base de l'argumentació, on no hi ha discrepància en la sala que enjudicia el supòsit, no fa arribar a tots els magistrats a la mateixa conclusió, i és precisament aquest grau de discrepància el que fa que aquesta resolució sigui un objecte d'anàlisi interessant.

La Sentència conclou que els fets considerats provats per la recorreguda, en concret el context (una cerimònia de les més solemnes en relació amb la bandera), les expressions proferides, la seva innecessarietat, sobretot en relació amb les reivindicacions laborals a les quals pretenia donar suport, i el «sentiment d'humiliació» que van sentir bona part dels assistents a l'acte, avalen el que s'hi va concloure: que el recurrent no quedava emparat per la llibertat d'expressió de l'article 20.1a CE. La segona qüestió que entén necessari analitzar, la proporcionalitat de la sanció, està relacionada directament amb la dita constatació i des del punt de vista d'aquesta anàlisi té una importància especial perquè una de les reivindicacions d'Amnistia Internacional i del Consell d'Europa és que l'àmbit penal, ni que sigui el seu tipus menys greu, pot ser considerat ja desproporcionat a aquesta mena de conductes. I el Tribunal considera que la multa establerta és una pena proporcional a la conducta.

La polèmica, però, està servida perquè són quatre els vots particulars que se'n deriven i cinc els magistrats dissidents, en bona part dels casos perquè entenen que la jurisprudència constitucional hauria d'haver-se adaptat a la doctrina europea que es desprèn de la Sentència de 13 de març de 2018, cas Stern Taulats i Roura Capellera contra Espanya, on, tot denunciant la solució donada al cas per la STC 177/2015, de 22 de juliol, es conclou que les excepcions a la llibertat d'expressió en l'àmbit del debat polític tenen un marge tendent a la nul·litat i que si en la crema d'una fotografia del rei es va entendre que la dita llibertat d'expressió emparava el gest, el mateix s'hauria de dir de l'insult a la bandera, tenint en compte que en aquest cas, com en aquell, no es pot concloure que les dites manifestacions generin cap mena de perill real per a l'ordre públic o d'incitació a una violència efectiva, o que constitueixin un discurs d'odi.

Aquesta argumentació és, en principi, la que desenvolupa la magistrada Encarna Roca. Per la seva banda, Andrés Ollero, que per la seva usual adscripció ideològica demostra que aquest tema va més enllà dels posicionaments conservador o progressista, recorda que ja són massa les vegades que Espanya ha estat condemnada per vulnerar la llibertat d'expressió en casos en què s'han produït manifestacions que poden resultar malsonants o molestes, però que en cap cas no estan adreçades a generar odi o intolerància, per la qual cosa, tenint en compte el contingut extensiu de la llibertat d'expressió, hauria d'haver-se plantat al·legant que les dites expressions no constituïen en si mateixes actes antijurídics, perquè eren actes lícits de llibertat d'expressió tenint en compte la jurisprudència europea esmentada i la vinculació entre les frases i la reivindicació política de qui les diu. De fet, Ollero troba la prova de tot plegat en el fet que el ministeri fiscal, que es manifestava procliu a la condemna abans de la sentència europea del cas Stern Taulats i Roura Capellera, desapareix d'escena immediatament després de pronunciar-se aquesta.

Més interessant des del punt de vista de la doctrina és el vot particular dels magistrats Juan Antonio Xiol i María Luisa Balaguer, sobretot des del punt de vista del valor que s'atorga als símbols i de la manera en què aquests poden emparar fins i tot les persones que discrepen del seu significat. En aquest cas es tracta de la bandera, símbol, entre altres coses, de la unitat territorial d'Espanya, però també ho és la corona per raó del que estableix la Constitució, i sobre aquesta qüestió ja es va pronunciar el TC i Espanya va ser condemnada pel TEDH, com justament recorden la major part dels vots particulars. La reflexió versa, doncs, entorn de la possibilitat de dir el que es vulgui dels símbols que ens emparen. I Xiol i Balaguer recorden la doctrina constitucionalista que sobre això ha assenyalat que, de la mateixa manera que els símbols tenen una força integradora, també provoquen un rebuig de la mateixa dimensió en qui no se sent integrat, i que totes dues posicions ideològiques són legítimes i, per tant, també ho és la seva expressió exterior, encara que al receptor de les dites manifestacions no li agradi. I, més encara, de manera expressa i en línia amb les peticions que han estat fetes des d'instàncies internacionals, «la proliferació dels delictes d'expressió en la llei penal, junt amb una interpretació oberta moltes vegades a interpretacions poc restrictives i a una freqüent utilització del procés penal per a sancionar determinades expressions que admetrien l'aplicació de mecanismes estatals d'inferior gravetat, amenaça d'instal·lar de manera inquietant la imatge d'una societat sotmesa i en actitud disciplinada, poc conforme amb el que ha de ser

l'exercici de la crítica en una societat democràtica avançada» (punt 2 *in fine* del vot particular, STC 190/2020). De fet, en la seva argumentació i com sobretot es desprèn del punt 3 del vot particular, Xiol i Balaguer tenen certs dubtes sobre la constitucionalitat de l'article 543 CP, amb una redacció tan oberta que ni tan sols reclama, com no pot ser d'una altra manera en la distinció entre dol i intenció,¹⁵ que hi hagi ànim d'ultratjar els símbols.

Xiol i Balaguer, com Conde-Pumpido, entenen que els insults a la bandera, com a «oposició severa, crítica i no violenta», són exercici legítim de la llibertat d'expressió i de la llibertat ideològica que aquesta comporta, perquè, en línia amb el que ha quedat establert en la doctrina del Tribunal Suprem dels Estats Units, sols es poden reprimir les expressions que comportin «risc clar i imminent» de generar conductes violentes o perjudicials.¹⁶ La crítica dels discrepants rau en el fet que la Sentència, en no haver existit cap comportament d'aquest tipus en aquell context, desestima l'empara perquè entén innecessàries les expressions del condemnat en relació amb la reivindicació laboral que es feia, la qual cosa és, com argumenten els discrepants, absurda, atès que va aconseguir el que pretenia, és a dir, sacsejar l'opinió pública, almenys en l'entorn on es van produir.

Finalment, el magistrat Conde-Pumpido fa, en el seu vot particular, una argumentació conclusiva sobre la manca de justificació d'una condemna fonamentada en la innecessarietat de les expressions proferides pel recurrent en empara, i afirma, com d'una manera o altra fan tots els discrepants, que la instrumentalització d'aquestes en la reivindicació politicosindical del condemnat és evident i que negar-la pot significar una dissuasió generalitzada d'emprar la llibertat d'expressió perquè no es pot calcular quan s'entendrà «innecessària» a la idea reivindicada.

D'aquesta manera, el TC, per una minsa majoria, desestima el recurs d'empara amb una argumentació diferent de la que utilitzà en la STC 177/2015, rebutjada després pel TEDH: que existeix en els condemnats (aleshores, Stern i Roura per la crema de fotografies del rei) un discurs d'odi, que aleshores també va ser rebutjat pels magistrats Roca, Xiol i Adela Asúa, qui, a més, advertia el Tribunal de la perillosa banalització d'aquest tipus penal que representava aquesta posició, i més quan no havia estat emprat pel TS en la seva sentència condemnatòria.¹⁷

15. La distinció entre tots dos extrems està directament relacionada amb el tomb de la jurisprudència del Tribunal Suprem dels Estats Units des de la «bad tendency» al «clear and present danger», que ja ha estat comentat i que de manera quirúrgica dissectiona Abel ARIAS CASTAÑO, *Clear and Present Danger Test: no es pot criminalitzar la intenció*, ja que precisament la voluntat de qui profereix aquestes expressions és produir una reacció; tanmateix, la qüestió que du a la discrepància de parer és si la representació en l'autor d'elements de tipus penal (dol) comporta de manera automàtica responsabilitat penal, sense poder, en casos com aquest, destriar el context (polític) que incita al debat i exclou l'antijuridicitat.

16. És evident, tanmateix, la dificultat que representa l'anàlisi d'aquesta relació de causa-efecte: ¿solament quan uns fets perjudicials ja s'han produït, es poden jutjar les expressions que els poden haver provocat? Quin estàndard de valoració es pot fer de manera prèvia? Almenys es pot dir que en molt poques ocasions hi haurà seguretat en una previsió d'aquesta mena, per la qual cosa serà inviable aplicar el tipus penal tal com està redactat. La mateixa argumentació es va fer en el vot particular que acompanyà la STC 177/2015, de 22 de juliol, després objecte de condemna per part del TEDH (cas Stern i Roura contra Espanya).

17. La mateixa crítica fa Germán M. TERUEL, «Discursos extremos y libertad de expresión», *Revista*

4. ACTES CONTRA LA LLIBERTAT DE CULTE I OFENSA DELS SENTIMENTS RELIGIOSOS: PODEN SER OBJECTE DE PROTECCIÓ PENAL?

La STC 192/2020 refereix el cas de la mateixa persona que ja va ser processada per la crema de les fotografies del rei a Girona i, juntament amb una altra, objecte de la sentència ja esmentada (STC 177/2015). En aquest cas, Jaume Roura Capellera és acusat, processat i condemnat per un delictes contra els sentiments religiosos (art. 523 CP) per haver entrat en una església catòlica durant la celebració de la missa i llançar-hi pamflets contra una eventual reforma de la Llei de l'avortament. Tant el ministeri fiscal com el recurrent al·legaven que els fets eren estrictament exercici de la llibertat d'expressió i que en cap moment no hi va haver discurs d'odi o voluntat d'ofendre els sentiments dels assistents a la celebració religiosa, però per al TC va ser decisiu, per a entendre que no s'havia vulnerat la llibertat d'expressió, el fet que les actuacions van ser dutes a terme durant la celebració del culte, cosa que va impedir i pertorbar la seva realització, per la qual cosa s'encabien perfectament en el tipus penal esmentat.

Tot i que el tema de les ofenses als sentiments forma part també de l'estructura del tipus penal d'enaltiment del terrorisme (amb humiliació a les víctimes) i que aquesta tipificació de factors subjectius ha estat criticada en molts casos,¹⁸ és en l'article 523 CP on la referència a un factor en principi aliè a la racionalitat normativa es col·loca en el centre de la tipicitat. De tota manera, conserva un element objectiu, ja que demana que es produeixi alguna alteració de la manifestació externa de la llibertat religiosa, és a dir, el culte. I en això cal recordar la STC 46/2001, de 15 de febrer, el fonament jurídic segon de la qual estableix:

El contingut del dret a la llibertat religiosa no s'escapa en la protecció davant ingerències externes d'una esfera de llibertat individual o col·lectiva que permet als ciutadans actuar d'acord amb el credo que professin, ja que cal apreciar una dimensió externa de la llibertat religiosa que es tradueix en la possibilitat d'exercici, immune a tota coacció dels poders públics, d'aquelles activitats que constitueixen manifestacions o expressions del fenomen religiós.

de Estudios Jurídicos: Segunda Época, núm. 17 (2017), qui diu que no es tracta de discurs d'odi, sinó de discurs intolerant, perquè, com es recorda en els vots particulars de Xiol i Valdés, no es pot equiparar la monarquia amb els «colectivos secularmente vulnerables», i la magistrada Adela Asúa demana, per a evitar més males interpretacions, determinar l'estàndard de perill «clar i imminent» com a conseqüència d'una incitació directa a la violència. Tanmateix, el Tribunal Constitucional demanava «perill cert», d'acord amb la terminologia nord-americana, i en la STC 235/2007 (cas Pedro Varela) i la STC 112/2016 (cas Tasio Erkizia) entengué que existia. Potser no és tant que no s'utilitzin els conceptes, sinó que la valoració de la imminència o la realitat del perill no s'interpreten de la mateixa manera en tots els aplicadors jurisdiccionals. De fet, Germán M. TERUEL, «Discursos extremos y libertad de expresión», considera necessari redissenyar el delictes d'enaltiment del terrorisme (art. 578 CP) com un delictes de perill concret per a evitar que el seu abast abstracte envaeixi l'àmbit de la llibertat d'expressió.

18. Vegeu, per a tots, Jorge SALINAS, «Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. xxxv (2019), p. 221-268.

L'esmentada Sentència 192/2020 resol un cas en què no existeix cap dubte respecte de l'adequació de cadascuna de les conductes a l'exercici de la llibertat constitucional: l'activista distribueix pamflets i fa manifestacions públiques sobre la seva posició contrària a la reforma de la Llei de l'avortament vigent. Les persones que es troben a l'església estan exercint el dret de culte. El problema, com recorda la Sentència, rau en la concurrència de totes dues llibertats. I és que, així com nombrosa jurisprudència del TEDH ha avaluat *performances* fetes dins de recintes religiosos¹⁹ i ha ponderat el nivell de sanció penal aplicable, el cas que ens ocupa es produeix durant la celebració de la missa. I el TC entén que no és el mateix.

Malgrat tot, caldrà veure quina posició assumeix el TC en relació amb un cas semblant als que ja han estat objecte d'anàlisi jurisdiccional europeu: en la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid (Secció Trentena) 102/2019, de 21 de febrer, es condemnà pel delictes de profanació dues activistes del col·lectiu FEMEN que l'any 2014 van entrar a la catedral de l'Almudena nues de mig cos en amunt, on mostraven escrits de reivindicació del dret a avortar i altres («Altar para abortar», «Gallardón inquisidor», «aborto ilegal» o «tomemos el altar»), i posteriorment s'encadenaren a una estàtua del Crist crucificat. Les condemnades van interposar un recurs d'empara que encara no ha estat resolt.

5. UNA REFLEXIÓ DES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Per què es donen aproximacions tan diverses? El TS i el TC no sempre estan d'acord en la consideració de les prioritats, però dins del mateix TC hem vist en els darrers temps que també es produeixen fortes discrepàncies, les quals sens dubte són determinades per l'abast que es consideri que s'ha de donar a la jurisprudència del TEDH, que en aquesta matèria està tendint a la consideració d'uns límits a la llibertat d'expressió sols possibles si s'ha formulat un discurs d'odi. Ben cert és, però, que sota aquest paraigua s'han emparat algunes argumentacions de les jurisdiccions internes per a condemnar el que, des de la perspectiva europea, no ha estat entès igual (en seria un exemple la incorporació del discurs d'odi en la STC 177/2015 en relació amb la crema de fotografies del rei).

Però també ha estat percebuda una certa aproximació entre les jurisprudències del TEDH i el Tribunal Suprem dels Estats Units. Si aquest va deixar enrere la doctrina de la «bad tendency» per a restringir l'eventual condemna penal als casos en què les manifestacions externes d'ideologia fossin un «clear and present danger» per a l'ordre públic i la seguretat, el TEDH ha anat valorant els béns jurídics que hi ha en joc en cas que aquest perill es doni: la integritat territorial, la seguretat nacional, etc.; però també ha valorat amb cura el tema religiós.

19. En la Sentència de 17 de juliol de 2018 (cas Mariya Alekhina i altres contra Rússia) s'enjudicia la sanció penal que va ser imposada a un grup de música punk que va intentar interpretar una cançó a la catedral de Moscou justament per a, *a contrario sensu* del que pretén el recurrent en empara, distingir la situació en què no s'està desenvolupant un acte de culte de la que va provocar Roura Capellera a la catedral de Girona, on sí que s'estava oficiant un acte religiós.

Li és més aliè, en canvi, l'efecte que pugui tenir la llibertat d'expressió sobre els símbols de l'estat (potser perquè és justament l'estructura hostil a la unificació real d'Europa?), si no és perquè directament afecta la seguretat exterior.²⁰

Els valors que hi ha en joc, les prioritats i el context estan fent o no una evolució convergent? Sigui com sigui, la doctrina criminològica de tolerància zero, aplicada a la ciutat de Nova York pel seu alcalde, Rudolph Giuliani, durant la dècada dels noranta i després tan estudiada com criticada,²¹ afirma que la permissivitat amb el caos als espais públics, ja sigui generat per la brutícia, les deixalles, els grafitis o les destrosses en els immobles, ja sigui generat per la presència de persones amb comportaments inadequats (mendicitat, prostitució, drogoaddicció, etc.), provoquen a la llarga una espiral de delinqüència cada cop més perillosa. Des d'aquesta perspectiva, l'actitud contrària, de tolerància total excepte quan la relació amb la violència ja sigui un fet contrastat, redundaria en un clar perjudici del sistema social i polític que suposadament la llibertat d'expressió contribueix a construir.²²

Tanmateix, existeixen arguments també per a la posició antagònica, com poden exemplificar els casos viscuts recentment dels rapers Hasel i Valtòny: la quantitat de persones a les quals havien arribat les seves cançons era mínima fins al moment en què el seu processament va llançar-los a l'estrelat mediàtic.²³ I la circumstància no és menor, tenint en compte que es considera un agreujant de la conducta oprobiosa la seva publicitat, més gran com major és l'impacte que produeix un escàndol en l'opinió pública.

20. Certament, ens trobem en una cruïlla entre jurisdiccions respecte de la qual s'ha escrit àmpliament pel que fa al grau d'afectació que pot produir sobre la sobirania dels estats. Vegeu Pablo SÁNCHEZ-MOLINA, «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9 (octubre 2015), p. 224-231.

21. Vegeu en aquest sentit la tesi doctoral de Nancy CAZORLA, *La proximité policière: entre réalités et mythes: De la police de proximité aux expériences de «community policing» américaines*, París, L'Harmattan, 2009. Cal recordar que els diversos models policials i de seguretat ciutadana, tant pública com privada, es determinen en consideració de la doctrina de tolerància zero.

22. Quelcom semblant va succeir amb la determinació normativa de l'autoritat del personal docent i sanitari: provocada per alguns successos concrets, la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, de reforma del Codi penal, inclou en l'article 550.1, segon paràgraf, que en tot cas es consideraran actes d'atemptat contra l'autoritat els comesos contra els funcionaris o sanitaris que es trobin fent les funcions pròpies dels seus càrrecs.

23. Quelcom semblant va succeir amb l'ordre de segrest que es va dictar d'un número de la revista satírica *El Jueves* en la portada del qual apareixia una caricatura dels aleshores prínceps d'Astúries Felip i Letizia en una situació considerada per l'Audiència Nacional «irreverent» perquè, arran de l'ajuda de 2.500 euros a la maternitat que en aquell moment anuncià el Govern, en la portada esmentada els prínceps apareixien nus i practicant sexe amb l'afirmació al costat: «¿Te n'adones? Si et quedes prenyada... ¡Això serà el més semblant a treballar que he fet en la meua vida!». Ni amb les noves tecnologies es podia evitar que avui dia aquella portada es continuï veient, ni que la revista esmentada acumulés més lectors d'aquell número que en tota la seva història. És clarificadora la dissecció que fa del cas Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, «Libertad de expresión y tutela de la Corona: el caso de "El Jueves"», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43 (2019), p. 371-387. En altres contextos metodològics es parla també de l'«efecte Streisand» en relació amb el coneixement públic d'una dada o una persona justament per la voluntat de reclamar a qui la fa pública que ho deixi de fer, amb un efecte diabòlic d'engrandiment de la notícia a les xarxes socials. Ho descriu Valeria RAMÍREZ, «Efecto Streisand. Las reglas del juego en las redes sociales y en la web 2.0», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 833 (2011), p. 13 i seg.

A més, també la política criminal reconeix l'efecte de reacció que solen tenir les accions repressives: ¿en quina mesura es reacciona perquè ja no forma part de la cultura dominant el respecte o la protecció de certs béns jurídics (els símbols de la «pàtria» per a un independentista, o els de la transcendència religiosa per a l'ateisme militant, etc.)? O bé és senzillament el que succeeix en general amb qualsevol política prohibicionista (com durant l'anomenada «lleï seca» als Estats Units)? El problema, però, és sempre el mateix: trobar l'equilibri entre la consideració del dret penal com a *ultima ratio*, fons argumentatiu de la majoria de la doctrina actual, i el moment en què certes constants de llibertat es visualitzen com l'espai per a una reivindicació major, fins i tot per a la generació d'una certa sensació d'impunitat, on a qualsevol intent de manejar la situació sols es pot respondre amb un «ara ja és tard». Aquesta és potser la raó per a la crítica a la «lleï mordassa», o per a la inquietud que genera l'actual expansió en la persecució dels delictes d'odi, malgrat que «col·lectius secularment vulnerables» ja no ho siguin tant avui. Però la raó per a la crítica d'aquests tipus de mesures penals ho és també per a la seva existència. Perquè si Espanya no es considera una democràcia militant, les raons per als límits esdevenen caus de polèmica i camp abonat per a la inseguretat jurídica.