

Discurso del odio y libertad de expresión ideológica

TEODORO GONZÁLEZ BALLESTEROS

El término “discurso del odio” proviene de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la cual el Consejo de Europa ha normado en su doctrina legal, se ha recogido después en las concretas leyes penales de algunos Estados y, asimismo, interpretado, con distinto acierto, por los diferentes tribunales de justicia nacionales. En el ordenamiento jurídico español, el discurso del odio no es una forma delictiva tipificada en el Código Penal (CP), sino una interpretación de política criminal que los tribunales, en casos concretos, acogen en sus resoluciones para justificar o agravar sanciones y penas sobre conductas ilícitas tipificadas penalmente, relacionadas con la libertad ideológica, la libertad de expresión y la dignidad humana.

Su origen legal primario se encuentra en la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997,

que “insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante”. Y esta tiene su origen en una interpretación hecha por el Comité del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), que en su apart. 1.º declara que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, y matiza en el apart. 2.º que el ejercicio de tal libertad, la cual entraña deberes y responsabilidades, podrá ser sometida a ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden

y la protección de la reputación o de los derechos ajenos. Dicha recomendación comenzó a ser aplicada por el TEDH, fundamentalmente, mediante su sentencia de 8 de julio de 1999 –caso *Erdogdu e Ince c. Turquía-*, al considerar que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular.

En lo que hace al ordenamiento jurídico español, la cuestión que se plantea tiene como punto de referencia interpretativo el contenido de la libertad ideológica amparada en el art. 16.1 de la Constitución Española (CE) como derecho fundamental y libertad pública (“Se 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”); la libertad de expresión, que en su art. 20.1. a) reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y el art. 10.1, al proclamar que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la

personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Una vez citado, de forma resumida, el contexto normativo y jurisprudencial básico, se analizan a continuación las dos últimas sentencias en las que el Tribunal Constitucional (TC) ha aplicado el discurso del odio, denegando el amparo solicitado, y que son la STC 177/2015, de 22 de julio, que se refiere al delito de injurias a la Corona; y la STC 112/2016, de 20 de junio, sobre enaltecimiento del terrorismo, haciendo hincapié en los hechos probados que justifican la imposición de penas y sanciones.

La STC 177/2015, dictada por el Pleno del Tribunal, trae causa de la sentencia del Juzgado Central de la Audiencia Nacional que declaró probado que, “el día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona, J. y E. quemaron, previa colocación boca abajo, una fotografía de SS. MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía ‘300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española’. Los citados iban con el rostro tapado para no ser identificados y, tras colocar la

citada fotografía de gran tamaño de SS. MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por E. a rociarla con un líquido inflamable y por J. a prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza”.

Dicha sentencia consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de injurias a la Corona, con la circunstancia agravante de disfraz, del art. 490.3 del CP y condenó a los recurrentes a la pena de 15 meses de prisión, que fue sustituida por una multa de 30 meses con una cuota diaria de tres euros, lo que arroja un total de 2.700 euros. En el criterio de la sentencia, la condena de los recurrentes se funda en la naturaleza injuriosa de los hechos que protagonizaron, toda vez que “colocan la fotografía de SS. MM. los Reyes boca abajo, para ser quemada, tras el desarrollo de una manifestación precedente a la que habían acudido portando líquido inflamable, disfrazados y, por tanto, con la intención evidente de menospreciar la figura de Sus Majestades”.

Esta resolución fue ratificada por el Pleno de la Audiencia Nacional. Le corresponde al TC dilucidar si –como defienden los condenados, demandantes de amparo– el hecho de quemar una fotografía de los reyes en las cir-

cunstancias descritas es una conducta penalmente no reprochable por constituir un legítimo ejercicio de la libertad de expresión que garantiza la CE o si, por el contrario –como declararon las sentencias judiciales ahora recurridas y, a su vez, ha opinado también el Ministerio Fiscal en el proceso constitucional–, dicha conducta tiene un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio que desborda los límites constitucionales de la libertad de expresión, en su vertiente de crítica ideológica.

El TC argumenta su fundamentación jurídica subrayando la singular y reforzada 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, y así lo corrobora el hecho de que el delito de injurias a la Corona no figure en el título XI del CP, relativo a los delitos contra el honor, sino en el título XXI, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución.

Por consiguiente, el art. 490.3 del CP tipifica un delito de naturaleza pública, protegiendo el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a lo que la figura del rey representa. 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, tal protección penal no implica que el rey, como máximo representante del Estado y símbolo de su unidad, quede excluido de la crítica, especialmente por parte de aquellos 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.

Destaca el TC, recogiendo la doctrina del TEDH, que el art. 10 CEDH no protege solo 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) y, además, otros medios menos obvios de expresión, como la exhibición de símbolos o la realización de conductas aptas para transmitir opiniones, ideas e información. Por ello, las personas también pueden manifestar sus ideas y opiniones mediante un lenguaje simbó-

lico, o bien mediante otras conductas expresivas. El componente significativo o expresivamente inocuo de determinados símbolos, actitudes o conductas dependerá, pues, del contexto que integre las circunstancias del caso.

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 el reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público. Sin embargo, esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación. De ahí, precisamente, la importancia de calibrar el significado de la conducta llevada a cabo por los demandantes, a fin de determinar si dicho comportamiento expresa un pensamiento crítico contra la Monarquía y los reyes que merece la protección constitucional que brinda el art. 20.1 a) CE o, por el contrario, se trata de un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca, instrumentado mediante una liturgia truculenta.

Al efecto –recoge el TC–, los órganos juzgadores de instancia separaron nítidamente la transcendencia jurídica de la precedente manifestación antimo-

nárquica, que consideraron amparada por el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, del subsiguiente episodio sometido a enjuiciamiento, el cual, además de ser considerado formalmente injurioso, se reputó innecesario para exteriorizar una posición crítica hacia la Monarquía.

Cuando una idea u opinión se manifiesta, como en el caso enjuiciado, mediante la destrucción de elementos con un valor simbólico, la conducta ha de ser examinada con arreglo a un canon de enjuiciamiento particularmente atento a las concretas circunstancias del caso. Un acto de destrucción puede sugerir una acción violenta y, en consecuencia, ser susceptible de albergar mensajes que no merecen protección constitucional. No es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas que hacerlo incitando a la violencia o al menosprecio de las personas que integran la institución simbolizada o sirviéndose del lenguaje del odio.

Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas, si bien lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una

de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes. La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los monarcas merecen ser ajusticiados. Además de ofensivo, la quema pública del retrato es un acto incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio. Los hechos avalan categóricamente el significado netamente incitador al odio.

En lo concerniente a la libertad ideológica, el reproche penal no se fundamenta en el posicionamiento ideológico de los recurrentes, sino en el contenido de un acto episódico de naturaleza simbólica. En el ordenamiento español no existe ninguna prohibición o limitación para constituir partidos políticos que acojan idearios de naturaleza republicana o separatista, ni para su expresión pública, como evidencia la celebración de la manifestación que tuvo lugar inmediatamente antes de la comisión de los hechos sancionados. En suma, la condena penal se anuda exclusivamente al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los reyes.

La referida sentencia, pronunciada por el Pleno, a la sazón compuesto por once magistrados, tuvo el rechazo de cuatro de ellos, quienes expresaron razonadamente su disenso con tres votos particulares, en los que se interpretó que no hay extralimitación constitucional a las libertades reclamadas y la quema de la fotografía se encuadra en el ámbito de las libertades del art. 20.1 a), por lo que no cabe aplicar, “banalizándola”, la doctrina del discurso del odio.

La segunda sentencia dictada por el Constitucional, y última por ahora, que recoge de forma íntegra la doctrina del discurso del odio reflejada en la precedente es la STC 112/2016, que trae causa del recurso de amparo presentado por T. contra las sentencias (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) que le condenaron por un delito de enaltecimiento del terrorismo a las penas de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta (arts. 578 y 579.2 del CP), al considerar vulnerados sus derechos a las libertades ideológica y de expresión, y que las mismas se encuadren en el discurso del odio por incitar a la violencia.

Los hechos probados, objeto de debate ante el TC, son los siguientes: “El recurrente participó el día 21 de diciembre de 2008 como principal orador en un acto celebrado en la localidad de

Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo y loa del responsable de la organización ETA J.M. alias Argala, quien había sido asesinado 30 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 decía: ‘La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura. A consecuencia de ella, 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 una gran fotografía del miembro de ETA sobre un caballete, cuya figura se ensalzaba; en el centro, una pantalla en la que se proyectaron fotografías 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, actuaron bailarines o *dantzaris* que ejecutaron una *ezpata-dantza* 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 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”.

Según prosigue la sentencia, “si el acusado se hubiera limitado a pronunciar un discurso estrictamente político en defensa de la independencia del País Vasco y el socialismo, su conducta no sería reprochable, pues España es una democracia tolerante, no militante; es decir, no se exige la adhesión a los postulados constitucionales, sino que se puede defender cualquier idea –incluso el cambio de la estructura del Estado, de la forma política o la secesión de este– siempre que se haga por medios democráticos, lo que excluye radicalmente la violencia y no se vulneren o lesionen los derechos fundamentales. Sin embargo, el acusado no hace eso, sino que, con ambigüedad calculada, pide 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, terminando su discurso con el grito de ‘¡Gora Argala!’. Por lo tanto, del contexto en el que se produce su intervención, de su actitud y de sus pa-

labras y gestos se extrae su voluntad de exaltar la figura de Argala, cuya única actividad conocida es la de terrorista y al que se presenta como héroe e icono de la ‘lucha del pueblo vasco’ por el socialismo y la independencia”.

Por su parte, el TC expone su doctrina sobre el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia, de lo que resulta que, en principio, se pudiera 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. Al tiempo, reitera que la labor del control constitucional ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio debe concretarse en “dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”, concluyendo que las resoluciones judiciales impugnadas, al condenar al recurrente como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo por su participación en ese homenaje, no han vulnerado su derecho a

la libertad de expresión. Esto es así puesto que su conducta no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de ese derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio, ya que están presentes los requisitos necesarios para ello: fue una expresión de odio basada en la intolerancia, con proyección de fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista; el recurrente pidió una reflexión para escoger el camino que más daño le haga al Estado, manifestado a través de un nacionalismo agresivo, con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos. Igualmente, el acto tuvo repercusión pública, apareciendo la noticia del homenaje en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión, dato que no podía ignorar el recurrente.

En resumen, la conducta del demandante no quedaba amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, al tratarse de una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente el uso de la violencia en la consecución de determinados objetivos políticos.

Esta sentencia también fue merecedora de un voto particular en pro de la libertad de expresión y en contra de la aplicación doctrinal del discurso del odio.

El TC, en su labor de máximo intérprete de la Constitución, no sujeto en sus decisiones más que a la propia CE y a su normativa reguladora, revisa las sentencias impugnadas en amparo examinando si la ponderación hecha en las instancias judiciales ordinarias entre los hechos probados y la sanción impuesta es jurídicamente adecuada. En el caso que nos ocupa, incide sobremodera en la aplicación del discurso del odio –cuya doctrina nació para excluir de la libertad de expresión a quienes negaban el holocausto nazi– en dos sentencias concretas y, en especial, en la primera de ellas de injurias a la Corona. Dado que estos asuntos sobre los límites de la libertad de expresión tienen una gran incidencia actualmente en la sociedad española, era oportuno recordar que las sentencias de dicho tribunal son fuente de Derecho y vinculan a los tribunales del ordenamiento jurídico ordinario.