
GUÍA DE DEFENSA

CONTRA LA

CRIMINALIZACIÓN

INDEBIDA DE

ACTIVISTAS

MEDIANTE

LOS DELITOS DE

EXPRESIÓN

Autora: Laia Serra Perelló

NOVACT
Noviolència
Nonviolence
اللاعنف

GUÍA DE DEFENSA

CONTRA LA CRIMINALIZACIÓN INDEBIDA DE ACTIVISTAS MEDIANTE LOS DELITOS DE EXPRESIÓN

Autoría: Laia Serra Perelló

Abogada penalista experta en libertad de expresión y derechos humanos

Diseño y maquetación: nadianmartin.com

Depósito legal: Este trabajo está licenciado bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento -No Comercial- No Obras Derivadas 2.5 España. Este trabajo se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente, traducido y modificado, siempre que sea para fines no comerciales y que se reconozca su autoría utilizando el siguiente texto: Serra P. L., *Guía de Defensa Contra la Criminalización indebida de Activistas mediante los delitos de expresión (2022)*.



Este informe ha sido escrito y publicado de acuerdo con la Política de Independencia Intelectual de Novact. La autora es la responsable de su análisis y recomendaciones. Novact y sus donantes no determinan, ni necesariamente respaldan o promueven, ninguna de las conclusiones de este informe.



En el marco del proyecto: *Estratègies de resistència no violenta des d'una ciutadania crítica davant de les múltiples opressions i vulneracions de drets a Catalunya i a la zona MENA*, implementado en colaboración con:



Y con el apoyo económico de:



ÍNDICE

1/3

I. INTRODUCCIÓN: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL ESTADO ESPAÑOL	8
<hr/>	
II. LA CRIMINALIZACIÓN POR ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO	12
Genealogía del delito de enaltecimiento del terrorismo en su modalidad de humillación de las víctimas	13
Caso paradigmático: Hasél y la criminalización de la producción musical disidente	13
Caso paradigmático: Strawberry, Casandra Vera y la criminalización de la sátira	16
El punto de inflexión: la aprobación de la nueva Directiva europea sobre terrorismo	17
El fin del debate: la sentencia del TEDH sobre el asunto Erkizia	18
<hr/>	
III. LA CRIMINALIZACIÓN POR DIFAMACIÓN	21
La genealogía del delito de calumnias	22
La genealogía del delito de injurias	23
La <i>exceptio veritatis</i> y la carga de la prueba sobre la veracidad	24
La progresiva despenalización de la difamación	25
La crítica a los funcionarios del Estado	25
La protección de la “imagen corporativa” de las empresas e instituciones	27
La litigación abusiva contra la denuncia pública o SLAPP	27
Caso paradigmático: Iñaki Rivera y la criminalización de la denuncia de la tortura	28
Caso paradigmático: Manuel García y la criminalización del activismo ambiental	29

IV. LA CRIMINALIZACIÓN POR ODIO	30
El recorrido histórico de los “delitos de odio”	31
Genealogía de los “delitos de odio”	32
El “delito de odio”, en permanente polémica	33
Marcando línea: la Circular de la Fiscalía General del Estado sobre “delitos de odio” de 2019	38
El criterio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa	41
El caso paradigmático: la criminalización del activismo del movimiento Boicot, Desinversiones y Sanciones (BDS)	43
El caso paradigmático: la criminalización de la denuncia feminista de las violencias de género	44
<hr/>	
V. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA PRÁCTICA EN LA APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE EXPRESIÓN	46
La actuación automatizada de los Juzgados de Instrucción	47
La falta de control constitucional por parte de los Juzgados: la inaplicación de la “Doctrina Strawberry”	47
<hr/>	
VI. ESTRATEGIAS DE DEFENSA LEGAL FRENTE A LA CRIMINALIZACIÓN DE ACTIVISTAS MEDIANTE LOS DELITOS DE EXPRESIÓN	51
1/ La pedagogía: explicar la función de la libertad de expresión e información, para luego reivindicar la contribución de las expresiones denunciadas a la misma	52
A/ La “dimensión institucional” o función democrática de la libertad de información y expresión	52
B/ La progresiva admisión de la necesidad de ampliar los límites a la libertad de información y expresión en determinados ámbitos, por la trascendencia de su función social	53

▼

ÍNDICE

3/3

▲	1/	El periodismo	53
	2/	La denuncia de prácticas empresariales lesivas	54
	3/	La lucha sindical	54
	4/	La libertad de cátedra	55
	5/	La denuncia de las violencias de género	55
	C/	La promoción de los Derechos Humanos	57
	2/	El sentido común: los criterios internacionales que clarifican qué expresiones son lícitas	59
	A/	El cuerpo legal internacional	59
	B/	El estrecho margen de los Estado para restringir la libertad de expresión	60
	C/	La prueba del algodón: los “test” sobre la licitud de los actos de expresión	62
	D/	Especial referencia a la transcendencia de la intención de la persona emisora de la expresión	64
	E/	Especial referencia al contexto social y político en el que se divulgue la expresión	66
	3/	Los criterios de cierre: la necesidad democrática y la prohibición del <i>chilling effect</i>	67
	A/	La necesidad democrática apremiante o <i>pressing social need</i> del TEDH	67
	B/	La prohibición del efecto disuasorio o <i>chilling effect</i> derivado de la restricción de la libertad de información y expresión mediante la sanción	68
	C/	Especial referencia al debate político: la necesidad de protección de un <i>breathing space</i>	71
	4/	La prohibición de las penas desproporcionadas en caso de extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión e información	73
	VII.	CONCLUSIONS	75

ACRÓNIMOS

ASAPA:	Asociación para el Seguimiento y Apoyo de Presos en Aragón
CDH:	Comité de Derechos Humanos
CERD:	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (siglas en inglés)
CP:	Código Penal
ECRI:	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (siglas en inglés)
GEPC:	Grupo de Estudios de Política Criminal
GRAPO:	Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre
IHRA:	International Holocaust Remembrance Alliance
LGTBI:	Lesbianas, Gais, Trans, Bisexuales e Intersexuales
MEL:	Movimento Ecoloxista da Limia
ODHIR:	Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SIRECOVI:	Sistema de Registro y Protección de Víctimas de Violencia Institucional (vinculado a la Universidad de Barcelona)
SLAPP:	Strategic lawsuit against public participation (siglas en inglés)
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TOP:	Territorio Ocupado Palestino
TS:	Tribunal Supremo

“ Una democracia no debe temer el debate, ni siquiera las ideas más chocantes o antidemocráticas. Es a través de la discusión abierta que estas ideas deben ser contrarrestadas y demostrar la supremacía de los valores democráticos. [...] La persuasión a través del debate público abierto, en oposición a la prohibición o la represión, es el medio más democrático para preservar los valores fundamentales. ”

Comisión de Venecia. Órgano consultivo del Consejo de Europa

I

INTRODUCCIÓN: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL ESTADO ESPAÑOL

La concepción de qué es la libertad de expresión varía y depende de la historia y de los valores culturales de cada sociedad. Lo que en un lugar es considerado como una expresión intolerable, en otro lugar puede no conllevar esa carga de sentido tan negativa. En algunas realidades la libertad de expresión se concibe desde un punto de vista liberal, como un espacio en el que el Estado no tiene legitimidad para interferir y en el que las ideas deben circular y confrontarse libremente. En otras realidades, la libertad de expresión se concibe como un compromiso del Estado y del resto de actores sociales, de crear unas condiciones para que todas las voces, sobre todo las más silenciadas, puedan expresarse. La **adopción de uno u otro modelo y los valores sociales de cada lugar, determinarán la regulación de los límites a la libertad de expresión** y la jurisprudencia de los Tribunales que examinarán cada caso concreto.

Otra idea central, desarrollada por la asociación Article 19 en sus llamados Principios de Camden¹ de 2009, que han inspirado toda la regulación internacional sobre la libertad de expresión, es la de la **interdependencia y necesidad de proteger la libertad de expresión para asegurar el disfrute del resto de derechos humanos**. Por ejemplo, sin derecho a ser oído y a participar en la vida política, no hay derecho a la igualdad posible. La invisibilización de algunas voces, niega sus experiencias y hace esos colectivos vulnerables a la intolerancia, la discriminación y la exclusión.

En coherencia con lo anterior, la libertad de expresión **no puede verse reducida al derecho individual a decir lo que se quiera**, sino que la misma entraña también **responsabilidades** y se protegerá en función del grado en el que la expresión cumpla con la **genuina función** de la libertad de expresión: contribuir al debate sobre asuntos de interés general y a la fiscalización de los poderes públicos y privados. La libertad de expresión es **bidireccional** y comprende tanto la posibilidad de emitir mensajes, como de recibirlos. También es importante subrayar que la libertad de expresión **protege tanto el contenido como el formato comunicativo** mediante el que se expresa el mensaje.

Lo que sí es común a todas las realidades políticas es que los poderes públicos y los privados, siempre han procurado silenciar la crítica, sea mediante mecanismos de censura directa o indirecta. De hecho, la salud

“ Se protegerá en función del grado en el que la expresión cumpla con la genuina función de la libertad de expresión: contribuir al debate sobre asuntos de interés general y a la fiscalización de los poderes públicos y privados. ”

1 <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf>

de la libertad de expresión es un indicador^{2 3} indiscutible de la calidad democrática. Para analizar la fortaleza de la libertad de expresión, hay que **analizar la capacidad de ejercerla de los sujetos individuales de todos los grupos sociales y de actores colectivos como sindicatos, colectivos militantes y el del sector profesional** como los medios de comunicación o la producción académica. Su estado de salud también se mide en función de **qué contenidos y qué tipos de expresiones reconoce el Estado como ejercicio de esta**. Otro aspecto a considerar, es que la **restricción** a la libertad de expresión **puede provenir del Estado, pero también de actores privados**, con la tolerancia o incluso la connivencia de este, como ocurre cada día con más frecuencia. En este sentido, el **poder de las empresas gestoras de redes sociales** para decidir qué contenidos se publican y cuáles no, sin ningún tipo de debate democrático al respecto, es uno de los grandes retos actuales en materia de libertad de expresión. En el marco de este reto general, uno de los debates de más actualidad es el de la **moderación de contenidos⁴ mediante la Inteligencia Artificial**, con el consiguiente riesgo de perder el control y la capacidad de reacción respecto de la censura automatizada de contenidos.

En el Estado español las asociaciones de derechos humanos llevan años señalando las restricciones que el marco legislativo español impone al ejercicio de la libertad de expresión. Amnistía Internacional, junto con Article 19, la Coordinadora de Organizaciones para el Desarrollo, Defender a Quién Defiende, Greenpeace, No Somos Delito y la Plataforma por la defensa de la Libertad de Expresión, desde la **reforma parcial del Código Penal y la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana (conocida como “Ley Mordaza”)**, vienen denunciando su impacto sobre el derecho a la libertad de expresión e información^{5 6}.

La **crítica al marco legal** también se ha centrado en diversos delitos del Código Penal, de los que se ha pedido su derogación⁷. El Consejo de Europa ha pedido al gobierno español cambios en la legislación sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo en su modalidad de humillación a las víctimas, el delito de injurias a la Corona, los delitos contra los sentimientos religiosos o los delitos de injurias y calumnias por cuanto producen un “efecto disuasorio” (el denominado **chilling effect**) en la libertad de expresión⁸.

2 https://prosperitydata360.worldbank.org/en/indicator/IDEA+GSOD+v_22_05

3 <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/press-freedom-and-global-state-democracy-indices.pdf>

4 <https://www.ohchr.org/en/stories/2021/07/moderating-online-content-fighting-harm-or-silencing-dissent>

5 <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espana-la-libertad-de-expresion-y-el-derecho-a-la-protesta-pacifica-llevan-seis-anos-bajo-amenaza-pero-existe-una-oportunidad-de-revertir-la-situacion/>

6 <https://www.elsaltodiario.com/ley-seguridad-ciudadana/comision-europea-critica-actual-reforma-ley-mordaza-violando-libertad-expresion-manifestacion>

7 <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-Legal-Codigo-Penal-Espana-Marzo-2020-FINAL-ESPANOL.pdf>

8 <https://elpais.com/espana/2021-03-22/el-consejo-de-europa-pide-a-espana-que-refuerce-la-proteccion-de-la-libertad-de-expresion.html>

En febrero de 2021, pocos días después de que más de 200 personalidades del mundo de la cultura se manifestaran públicamente contra el encarcelamiento de Pablo Hasél⁹, el ministro de Justicia anunció un proyecto de ley para los “excesos” en materia de libertad de expresión¹⁰, eliminando las penas de prisión y revisando los delitos anteriormente citados, sin que por el momento se haya materializado esa reforma¹¹. En las mismas fechas, el grupo parlamentario de Unidas Podemos presentó un proyecto de Ley Orgánica¹² de reforma del Código Penal para suprimir y reformar diversos de los delitos de expresión (con alguna omisión respecto de las demandas de la sociedad civil).

La realidad sobre la aplicación de los delitos de expresión arroja la paradoja de que se están criminalizando determinadas expresiones que sí tienen cobertura legal, mientras que no se está ofreciendo una respuesta legal adecuada a los discursos denigrantes contra personas migradas, personas LGTBI –muy particularmente trans– o activistas feministas. La **multiplicación de condenas**, junto con la **aplicación errática** de esos delitos, ha ido generando un efecto general de **desconfianza en el sistema judicial y de autocensura** muy nocivo para la calidad democrática y el pluralismo político en el Estado español.

Esta guía pretende ofrecer un análisis que ayude a comprender cuáles son las problemáticas de fondo que inciden negativamente en la criminalización indebida de expresiones legítimas. Pero, sobre todo, pretende ofrecer una síntesis de los argumentos legales que pueden ser útiles para defender las activistas que acaban siendo indebidamente criminalizadas en su acción política discursiva en defensa de los derechos humanos y de la transformación social. La guía se centra en tres grandes bloques, el del enaltecimiento del terrorismo, el de las injurias y calumnias y el de los delitos de odio, que son los que están siendo mayormente usados para represaliar activistas.

9 https://www.eldiario.es/catalunya/serrat-almodovar-200-artistas-apoyan-pablo-hasel-piden-libertad-entrada-prision_1_7203207.html

10 <https://elpais.com/espana/2021-02-13/espana-afrenta-sus-limites-de-expresion.html>

11 <https://www.publico.es/sociedad/gobierno-plantea-reforma-delitos-libertad.html>

12 <https://www.economiadigital.es/wp-content/uploads/2021/02/493882690-Ley-de-Libertad-de-Expresion-de-Unidas-Podemos.pdf>

II

LA CRIMINALIZACIÓN POR ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO

GENEALOGÍA DEL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO EN SU MODALIDAD DE HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS

El Código Penal en su artículo 18, prevé la figura de la apología, que limita su castigo como forma de provocación cuando la misma por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a cometer un delito. A pesar de esa previsión, en el año 2000 el legislador quiso crear un nuevo delito de enaltecimiento del terrorismo que prescindía de la exigencia de que se tratara de una incitación directa. Como auguró Jacobo Dopico¹³ la eliminación de esa exigencia permitía prever que el sistema judicial pasaría a dejar de tener que probar el elemento incitador de ese delito. El delito de enaltecimiento del terrorismo viene castigando con penas de uno a tres años de prisión, más una pena de multa de 12 a 18 meses, conductas tan ambiguas como la “realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”¹⁴. Entre 2011 y 2018 se produjeron 122 condenas¹⁵, cuatro veces más que en los siete años anteriores. La crítica jurídica ha señalado la paradoja de que se dispararan las condenas por ese delito después del cese de la actividad armada de ETA. Amnistía Internacional en su informe “*Tuitea... si te atreves*” de 2018¹⁶ alertaba sobre la incompatibilidad del ambiguo redactado del Artículo 578 CP con la libertad de expresión.



CASO PARADIGMÁTICO:

Hasél, Valtonyc y la criminalización de la producción musical disidente

Uno de los ámbitos en los que se han dictado las condenas más polémicas, ha sido el de la producción musical disidente. Diversos músicos, como Pablo Hasél, los integrantes del grupo La Insurgencia o Valtonyc han sido condenados en los últimos años. Todos ellos han reivindicado la licitud de sus letras en base a la libertad de expresión, ideológica y de creación artística. En sus estrategias de defensa, han alegado la necesidad de contextualizar sus letras en la singularidad retórica, metafórica y provocadora de ese género musical extremo. Diversas de estas condenas hoy día se encuentran pendientes de que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) dictamine sobre las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) que les ha denegado la petición de amparo en base a la libertad de expresión. Este es el caso de la segunda condena de Pablo Hasél en la que el

13 <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/6084/4430>

14 <https://www.elsaltodiario.com/libertad-expresion/128-condenas-carcel-delitos-expresion>

15 https://www.eldiario.es/politica/enaltecimiento-terrorismo-delito-multiplico-eta_1_2166124.html

16 <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4179242018SPANISH.pdf>

TC rechazó su demanda de amparo en junio de 2020. **La postura del Tribunal de Estrasburgo en estos casos concretos determinará no sólo el criterio con el que deba interpretarse a partir de entonces ese delito, sino que puede determinar el sentido de la reforma de ese delito.**

En la primera condena de Pablo Hasél, el Tribunal Supremo (TS), en su sentencia 106/2015, de 19 de febrero, calificó las letras del rapero de discurso de odio terrorista. El TS justificó su condena alegando que no se le estaba criminalizando por sus pensamientos sino por los hechos externos que ensalzaban el odio. El Tribunal refirió que del análisis de las letras se desprendía un único sentido posible: el de alabar a los grupos terroristas, enaltecer a las personas condenadas por terrorismo e invocar la continuidad de tal actividad, incluso contra personas concretas. Por su lado, los raperos del grupo La Insurgencia fueron condenados por la sentencia de la Audiencia Nacional 34/2017, de 4 de diciembre, que refirió que el delito consistía en una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico, sin llegar a integrar una provocación directa ni indirecta a la comisión de un delito. Sobre la intención del grupo musical, la sentencia mencionó que, del contenido de las letras, se constataba inequívocamente que las canciones se orientaban a exaltar a la organización terrorista GRAPO, a sus integrantes y a sus actividades, incitando a la violencia terrorista, al igual que la perpetrada por ETA.

La sentencia de la Audiencia Nacional, a pesar de hacerse eco de las directrices de la Directiva 2017/541 sobre la lucha contra el terrorismo y admitir que, en el momento de la producción musical de los jóvenes, ya se habían extinguido ambas organizaciones terroristas, reivindicó que los Estados gozaban de un amplio margen de maniobra para apreciar la existencia de ese riesgo delictivo. **En este caso, afirmó que, para condenar, bastaba la existencia de un riesgo** “en abstracto como aptitud ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en el tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas”. La sentencia provocó la emisión de un voto discrepante por parte de la magistrada Ángela Murillo, en el sentido de afirmar “con claridad palmaria que en el ánimo de los jóvenes acusados no reinaba una intencionalidad dirigida a enaltecer o justificar acciones terroristas, o a individuos pertenecientes a organizaciones de carácter terrorista. Lo que subyacía era lograr notoriedad, reafirmando sus personalidades, en definitiva, llamar la atención que por otras vías no podían conseguir”.

Finalmente, en noviembre del 2023, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos denegó¹⁷ el amparo en base a la libertad de expresión pedido por Hasél, al estimar correctos los

17 <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-230204&filename=RIVADULLA%20DUR%C3%93%20v.%20SPAIN%20-%20%5BSpanish%20Translation%5D%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice.pdf>

razonamientos jurídicos que habían fundado las resoluciones de los tribunales españoles. Estos, habían justificado la condena del rapero al considerar que sus letras generaban un riesgo real de uso de la violencia, al incitar a herir o matar a políticos, a jueces, a policías, a los ricos, a la familia real y a quienes se percibiera como oponentes ideológicos. Esos mensajes, según los tribunales, iban mucho más allá de lo que se consideraba “canciones protesta” y de los límites de crítica aceptable. En el **caso de Hasél**, el **Tribunal de Estrasburgo estableció una serie de criterios** a la hora de considerar que un mensaje constituía un llamado a la violencia: (i) si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso; (ii) si las declaraciones, interpretadas equitativamente y vistas en su contexto inmediato o más amplio, podrían considerarse como un llamamiento directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia; y (iii) la forma en que se hicieron las declaraciones y su capacidad, directa o indirecta, de provocar consecuencias perjudiciales. En este caso, se tuvo en cuenta que las **canciones de Hasél llegaron a un gran número de personas al ser accesibles en internet, incluyendo el público joven, y que los atentados de los grupos terroristas laudados, aún estaban frescos en la memoria colectiva**. En cuanto a la proporcionalidad de la pena, Estrasburgo consideró que Hasél había visto reducida su pena vía recurso de apelación contra la sentencia inicial y que su condena a prisión efectiva, no se debía a la duración de la pena impuesta -9 meses de prisión- sino al hecho de que éste, ya tenía una condena previa por el mismo delito.

Otro músico condenado fue el rapero mallorquín Valtonlyc. El Tribunal Supremo, en su sentencia 79/2018, de 15 de febrero, avaló la condena de la Audiencia Nacional de 22/2/17 por enaltecimiento del terrorismo, injurias al Rey y amenazas. La sentencia del rapero citó como referente la sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015 (asunto Makoki), afirmando que una de las manifestaciones más toscas del discurso del odio es la que fomenta la discriminación, pero otra de sus vertientes, es la del **discurso fóbico, que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política y, aún, la eliminación física de quienes no compartan el ideario de los intolerantes**. La sentencia negó la alegación de la defensa del rapero, según la cual el Tribunal había reelaborado y sacado de contexto las letras de sus canciones. La condena se reafirmó en que se trataba de letras laudatorias de los GRAPO y de ETA que iban más allá de la coincidencia con sus objetivos políticos, consistiendo en **la alabanza de los medios empleados y en una incitación a su reiteración**. En mayo de 2018 el Tribunal Constitucional denegó la demanda de amparo en base a la libertad de expresión del rapero y en noviembre de 2019 el Tribunal de Estrasburgo también le denegó el amparo, por lo que el cantante decidió marcharse a Bélgica, hasta octubre de 2023, en que regresó después de que hubiera prescrito la condena.



CASO PARADIGMÁTICO:

Strawberry, Casandra Vera y la criminalización de la sátira

Otro de los géneros expresivos que ha acumulado diversas condenas polémicas, ha sido el de la **crítica mediante la ironía y el humor ácido**. Una sentencia representativa es la que finalmente condenó a César Strawberry, cantante del grupo Def con Dos. Strawberry fue inicialmente absuelto por la Audiencia Nacional, el 18/7/16, dado que el Tribunal entendió que los tweets del artista obedecían a un estilo crítico sobre la realidad social y política, que pretendía sacudir la conciencia del público desde la metáfora y la ficción. La Fiscalía recurrió la absolución y el Tribunal Supremo, en su sentencia 4/2017, de 18 de enero, acogió su criterio, según el cual no se trataba "... de un hecho involuntario ni de un acontecer puntual, ni de una actuación excepcional o incontrolable, ni de una reacción momentánea, ni de una respuesta emocional a un suceso reciente, sino de una voluntaria y permanente actuación agresora y promotora de la violencia terrorista, que jurídicamente debe considerarse continuada en el tiempo". El Supremo aludió al potencial expansivo de las redes sociales, así como al hecho de que las víctimas que recibían esos mensajes de burla, lo hacían "en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor". Ante este pronunciamiento condenatorio, el magistrado Manuel Marchena emitió un voto discrepante, en el que situaba esos tweets en una subcultura que reaccionaba o protestaba contra lo establecido, buscando provocar o escandalizar. El voto particular refería que lo que avalaría su penalización sería la aptitud de los mensajes para estimular la práctica de acciones terroristas, legitimándolas de algún modo. Para ello, los **mensajes deberían guardar una mínima relación contextual y de efectividad funcional** con éstas, para que **quienes ejercían acciones terroristas pudieran rentabilizarlas en términos de apoyo, consenso o prestigio social**. Para el magistrado discrepante, los tweets de Strawberry fueron meros exabruptos, sin mayor recorrido. Finalmente, el Pleno Constitucional en su sentencia 35/2020, de 25 de febrero **otorgó amparo al cantante y anuló su condena**.

Otra sentencia relevante fue la de la condena de la activista trans Casandra Vera, por unos chistes sobre Carrero Blanco. Finalmente, Casandra fue absuelta por el Tribunal Supremo, en su sentencia 95/2018, de 26 de febrero. El TS basó su absolución en el contexto en que se emitieron los tweets, y refirió que el atentado se produjo 44 años atrás, tiempo más que suficiente para considerarlo como un **suceso histórico, cuyo comentario en clave de humor, no podía tener la misma trascendencia que tendría respecto de un acontecimiento reciente**, "máxime si se pondera que los hechos ya han sido objeto de toda clase de comentarios burlones, sin que se activara la mayor parte de las veces una respuesta judicial penal". La sentencia refería que "la oxidación o agotamiento del tema en clave de humor negro, permiten considerar que ya no estamos ante acciones especialmente perversas que tienen como objetivo específico la humillación y el descrédito de las víctimas".

EL PUNTO DE INFLEXIÓN: LA APROBACIÓN DE LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE TERRORISMO

La línea interpretativa que había venido siguiendo la Audiencia Nacional y que había contado con el aval del Tribunal Supremo, se vio **drásticamente enmendada por los criterios contenidos en la Directiva europea sobre terrorismo** (2017/541 de 15 de marzo^{18 19}), que debía ser transpuesta al ordenamiento legal español a más tardar en septiembre de 2018. Ésta, en su Considerando 10º, refiere que los **delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo** comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, con el objetivo de obtener apoyo para causas terroristas, cuando **conlleven el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas**. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo, deberán tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor, el destinatario del mensaje y el contexto. También deberá considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo. Este Considerando se concreta en el Artículo 5 de la Directiva, que establece que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, **cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos** por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, **mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos** enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta **preconice directa o indirectamente**, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, **generando con ello un riesgo de que se puedan cometer** uno o varios de dichos delitos.”

Antes de la Directiva, de hecho, ya existían los llamados **Principios de Johannesburgo de 2006**²⁰, que reivindicaban que sólo era legítimo restringir la libertad de expresión en caso de amenaza contra la seguridad nacional si el Estado podía demostrar que 1) la expresión tenía la **finalidad de incitar a la violencia de forma inminente** 2) que probablemente incitara a tal violencia 3) que existía una **conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad de dicha violencia**. También se contaba con la definición de incitación a crímenes terroristas²¹ del propio Relator de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos en la lucha contra el terrorismo del 2010, según la cual “Es delito distribuir o hacer disponible de manera **intencionada** o ilícitamente un mensaje al público con la intención de incitar a la perpetración de un delito terrorista, en aquellos casos en los que, independientemente de que dicha conducta abogue de forma expresa o no por la comisión de delitos de terrorismo, **ocasiona el peligro de que se cometa uno más delitos** de este tipo.”

18 <https://www.boe.es/doue/2017/088/L00006-00021.pdf>

19 https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-directive-combating-terrorism_en.pdf

20 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22440.pdf>

21 <https://undocs.org/es/A/HRC/16/51>

Una sentencia que reflejó ese cambio de rumbo, que por fin atendía al **factor intencional** como elemento para determinar si la expresión debía ser delictiva o no, fue la sentencia del Tribunal Supremo, 378/2017, de 25 de mayo, que anuló la condena previa de la Audiencia Nacional y absolvió a un internauta por sus comentarios en Facebook sobre los GRAPO. El TS citó el espíritu de la Directiva y **por primera vez reivindicó que se tuviera en cuenta la intención del emisor del mensaje**. “Una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto «siente», es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a «rienda suelta» y otra cosa, que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo”. Además de la relevancia de ese ánimo tendencial, la sentencia aludió al **riesgo**, afirmando que los comentarios publicados **no hicieron aumentar la eventualidad de la comisión de delitos terroristas**. El Tribunal también analizó el **contexto**, manifestando que la banda GRAPO estaba extinta, que los comentarios de Facebook no coincidieron con ninguna acción terrorista y que ni siquiera tuvieron repercusión en las redes sociales.

Una segunda sentencia en similar sentido, fue la del Tribunal Supremo 52/2018, de 31 de enero, que avaló la absolución por parte de la Audiencia Nacional del abogado tuitero Arkaitz Terrón, absolución que había sido recurrida por la Fiscalía. El TS argumentó de nuevo la necesidad de respetar el criterio de la Directiva 2017/541 según la cual **sólo se podían castigar los mensajes que generaran el riesgo de comisión de actos terroristas**. En ese caso, se trataba de tweets reactivos a ciertos acontecimientos, que se valoraban de forma crítica. La sentencia refería que “objetivamente, esos micro-mensajes no enaltescen ni justifican, porque no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera existir. Son expresión de opiniones o deseos, actos de comunicación no seguidos de incitación a la acción, porque no contienen llamamiento a la violencia terrorista ni han generado riesgo alguno para las personas, ni los derechos de terceros, ni para el orden jurídico. La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes”.

EL FIN DEL DEBATE:

LA SENTENCIA DEL TEDH SOBRE EL ASUNTO ERKIZIA

La primera sentencia en afrontar la **constitucionalidad del delito de enaltecimiento del terrorismo**, y que impregnó la línea interpretativa de muchas sentencias posteriores, fue la sentencia 112/2016, de 20 de junio²², de denegación de amparo por parte del Tribunal Constitucional a Tasio

22 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-7289

Erkizia, el político vasco que había sido condenado por su participación en un homenaje al histórico miembro de ETA “Argala”. El Tribunal argumentó que su discurso en el acto conmemorativo no tenía cobertura en la libertad de expresión al constituir discurso de odio, en concreto un discurso de nacionalismo agresivo. Éste, constituía una incitación indirecta al terrorismo, al crear un caldo de cultivo que contribuía a perpetuar la situación de violencia. El Constitucional consideró que el delito residía en la llamada del político, que -con calculada ambigüedad- apeló a “coger el camino que más doliera al Estado, que condujera el pueblo vasco a un nuevo escenario democrático”, un llamado que podía “prender la llama” en ese ambiente social. Esa expresión fue considerada idónea para crear un caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a las acciones terroristas; una contribución a la perpetuación de la situación de violencia.

En su voto discrepante, el magistrado Juan Antonio Xiol abogó por otorgarle el amparo por la vulneración de su derecho a la libertad de expresión, dado que su discurso no había incitado a la violencia terrorista, ni tan siquiera de forma indirecta, y que formaba parte del discurso político. En este caso, Erkizia era orador, no organizador del acto; ese acto no coincidía con un contexto político de terrorismo en activo; el auditorio era de una cincuentena de personas del entorno abertzale; el contenido del mensaje apostaba explícitamente por avanzar hacia un escenario democrático y se trataba de un político con una trayectoria en la que de forma notoria se había manifestado a favor de lograr la independencia del País Vasco mediante vías pacíficas.

Como anticipaba el voto discrepante de Xiol, en junio de 2021²³ el TEDH zanjó el polémico recorrido judicial del caso Erkizia de 2008, dando la razón al político vasco y condenando al Estado español por haber vulnerado su derecho a la libertad de expresión. En síntesis, **Estrasburgo reafirmó su criterio según el cual la crítica política y el debate sobre cuestiones de interés general podían estar sujetos a restricciones en casos puntuales, pero las mismas debían pasar el filtro de la “necesidad en una sociedad democrática”**. En este caso el Tribunal negó que su discurso fuera encuadrable en el “discurso de incitación al odio”, para ello, el Tribunal defendió los siguientes parámetros de análisis: 1) la existencia de un contexto social o político tenso que podría justificar una cierta necesidad de restricción de los discursos 2) si el discurso suponía un llamado directo o indirecto a la vio-

“ **En síntesis, Estrasburgo reafirmó su criterio según el cual la crítica política y el debate sobre cuestiones de interés general podían estar sujetos a restricciones en casos puntuales, pero las mismas debían pasar el filtro de la «necesidad en una sociedad democrática».** ”

23 [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:\[%22tasio%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-210492%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:[%22tasio%22],[%22itemid%22:[%22001-210492%22]})

lencia, o una justificación de ésta o del odio y la intolerancia 3) la forma de expresión del mensaje y su capacidad directa o indirecta de dañar. Estos factores debían ser **analizados de forma conjunta**. La sentencia de Estrasburgo contó con un relevante voto discrepante de un magistrado que argumentó que el amparo a Erkizia no debería habersele concedido por la incorrecta interpretación del delito del 578 CP por parte de los Tribunales españoles, sino por el **redactado de ese delito, incompatible con la libertad de expresión**, dado que prescindía del elemento esencial de si la conducta constituía una incitación a la violencia o al odio, que es el que podría llegar a justificar la condena.

III

LA CRIMINALIZACIÓN POR DIFAMACIÓN

LA GENEALOGÍA DEL DELITO DE CALUMNIAS

El Artículo 205 del Código Penal, castiga con la pena de multa de 6 a 12 meses la atribución de un hecho delictivo, sea **expresando el delito específico o expresando una conducta suficientemente explícita como para que el público entienda que esa conducta encaja en un delito concreto**. Esta atribución de un delito específico o de una conducta delictiva, debe hacerse sabiendo la falsedad del mismo o con temerario desprecio a la verdad. Se trata de un delito especial, denominado privado, que sólo puede perseguirse si la persona agraviada -física o jurídica- denuncia. Este delito reviste otra **particularidad formal**, y es que **antes de presentar la querrela criminal, la persona agraviada debe demandar por la vía civil** a la persona calumniadora para que tenga la oportunidad de retractarse, eliminar los contenidos dañinos y en su caso, indemnizar la persona agraviada. La aportación del acta de conciliación del proceso civil sin avenencia de las partes, junto a la querrela criminal, es un requisito formal para su admisión a trámite. Al tratarse de un delito privado, la Fiscalía no intervendrá, sólo tendrá un papel activo en el caso de las calumnias contra el funcionariado público sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas.

Las calumnias tienen una modalidad agravada, la del artículo 206, que son las que se cometen **con publicidad**, por ejemplo, mediante las redes sociales o los medios de comunicación, que se castigarán con prisión de seis meses a dos años o la pena de multa de 12 a 24 meses. Las calumnias tienen otra particularidad formal, que es que prescriben al cabo de un año desde la emisión del contenido. En el caso de tratarse de calumnias que se van reiterando, la prescripción se contará des de la última publicación calumniosa.

Los Tribunales, cuando evalúan si una expresión es constitutiva de calumnia, atienden a sus dos elementos esenciales. En cuanto al llamado **elemento objetivo -la conducta-** atienden a si **la expresión es suficientemente explícita como para que el público entienda que se ha atribuido la comisión de un delito específico**. Algunas expresiones genéricas como “ladrón” no se consideran como tal. También atienden al hecho que el delito **se atribuya a una persona determinada, bien porque se la nombra, bien porque se proporcionan suficientes datos como para identificarla**, como el cargo o el alias. En cuanto al llamado **elemento subjetivo**, los Tribunales examinan si la **intención** del emisor de la expresión es la de perjudicar o vilipendiar a la persona agraviada, el *animus infamandi*. La discusión sobre el elemento intencional de quien emite el texto o mensaje es especialmente compleja, dado que supone que el Juzgado sea receptivo a comprender cuál era el objetivo real del mensaje, el contexto concreto en el que se emitió, las características del emisor y su relación con la persona aludida y el tipo de lenguaje particular con el que se emitió.

Según los organismos internacionales y la jurisprudencia de los Tribunales, hay que **diferenciar entre la expresión de informaciones (hechos) y la expresión de ideas u opiniones**. Esta dualidad se traduce en un **sistema de análisis diferenciado, respecto de la atribución de hechos, se puede exigir una prueba de verdad, en cambio respecto de la expresión de ideas u opiniones, no**. Esta diferenciación topa con la dificultad que el deslinde entre la expresión de informaciones y

opiniones no siempre es tan claro. Por ello otra singularidad del delito de calumnias es la de la previsión del artículo 207 CP, la llamada **exceptio veritatis**. Ésta permite a la persona denunciada quedar exenta de responsabilidad penal si demuestra que las informaciones o hechos expresados, son ciertos, o al menos que, en su expresión, no ha actuado con temerario desprecio a la verdad y los ha contrastado de forma suficiente. El Código Penal, tanto para las calumnias como para las injurias, prevé la posibilidad de que, si la emisora de la expresión reconoce ante la autoridad judicial la falsedad de las imputaciones o se retracta de ellas, se le rebaje la pena de la condena. Tratándose de un delito privado, el **perdón de la persona ofendida, extingue la responsabilidad penal**. En caso de condena, además del pago de la indemnización por daños y perjuicios, la persona condenada deberá costear la publicación de la sentencia condenatoria.

“ Otra singularidad del delito de calumnias es la de la previsión del artículo 207 CP, la llamada **exceptio veritatis**. Ésta permite a la persona denunciada quedar exenta de responsabilidad penal si demuestra que las informaciones o hechos expresados, son ciertos, o al menos que, en su expresión, no ha actuado con temerario desprecio a la verdad y los ha contrastado de forma suficiente. ”

LA GENEALOGÍA DEL DELITO DE INJURIAS

En el 2015 el Código Penal fue modificado, y desde entonces las injurias o vejaciones leves deben pleitearse en la jurisdicción civil, excepto en el contexto de la violencia de género y de las vejaciones sexistas, post Ley del Sí es Sí. Por lo tanto, sólo se castigarán en la vía penal las injurias que sean consideradas **graves**. Las injurias se distinguen de las calumnias por el hecho de que no entrañan la atribución de la comisión de un delito. El artículo 208 del Código Penal, las castigada con la pena de tres a siete meses de multa. Las injurias tienen un campo mucho más amplio, dado que pueden provenir tanto de los **términos vejatorios usados, como de la atribución de hechos o conductas que en términos sociales desmerezcan a la persona**. Al igual que en las calumnias, las injurias que consistan en la atribución de hechos sólo serán sancionables cuando se realicen con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. El elemento objetivo o conducta del delito será la divulgación de insultos o de expresiones denigrantes o vejatorias que sean prescindibles a la hora de difundir el mensaje. El elemento subjetivo o intencional, es el *animus injuriandi*. Igual que sucede con las calumnias, en las injurias también suele ser una tarea compleja la de hacer emerger la verdadera intención del mensaje y el sentido exacto de los términos o expresiones empleados.

La Comisión de Venecia, en su compendio de criterios sobre libertad de expresión y medios de comunicación de julio de 2020²⁴, apunta una serie de criterios a ponderar en el equilibrio entre la libertad de expresión y la reputación de terceros. Éstos consisten en la mayor o menor contribución de la expresión a un debate de interés general; el estatus de personaje público de la persona ofendida; la conducta previa de ésta, por ejemplo si ha agraviado previamente a la emisora de la expresión; la buena fe de la persona emisora, la veracidad en la que se basa la expresión y el contexto, forma y consecuencias de la expresión.

A nivel de formalidades exigidas, para las injurias también se exige la **formulación de querrela por la persona ofendida y la demanda de conciliación civil previa, excepto cuando se trate de injurias contra funcionariado** sobre hechos concernientes a su cargo, en que la Fiscalía puede actuar de oficio. También aquí existe la modalidad agravada del artículo 209 CP de las injurias hechas **con publicidad**, castigadas con una pena de multa de seis a catorce meses, en la que el medio de comunicación (internet, televisión, radio, periódico) será responsable civil solidario en relación con la indemnización por daños y perjuicios que haya provocado la difusión de la expresión. La posibilidad de defensa mediante la probanza de la verdad, en el delito de injurias tiene la anómala particularidad de que su alegación se restringe a las injurias dirigidas contra el funcionariado público. A pesar de ello, en la práctica, la existencia de una base fáctica suficiente sobre la que se construyen opiniones o se atribuyen hechos o conductas, sí se considera como un elemento determinante a la hora de establecer si existe o no responsabilidad delictiva.

LA EXCEPTIO VERITATIS Y LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE LA VERACIDAD

La regulación de la difamación, a nivel internacional, suele permitir que si la persona acusada de difamación prueba que sus afirmaciones son ciertas, quede exenta de responsabilidad. Este mecanismo de exoneración se denomina *exceptio veritatis*. El Código Penal, sigue esta fórmula en los delitos de injurias y calumnias y permite esta vía de defensa a las personas encausadas (artículos 207 y 210). Sin embargo, esta fórmula, puede considerarse que **entra en colisión con el principio de presunción de inocencia, según el cual corresponde a la acusación probar el delito** y no a la defensa de la persona denunciada. El hecho de atribuir a ésta última la carga de la prueba sobre la veracidad de los hechos divulgados y la buena fe de la persona divulgadora, contraviene los estándares internacionales. El informe “*El ABC de la difamación*”²⁵ de 2006 de Article 19 refiere que “la parte acusadora, habiendo entablado la demanda, frecuentemente tiene mejor acceso a la evidencia necesaria para probar la falsedad. (...) **Requerir a la parte acusada para que pruebe la veracidad de sus aseveraciones**

24 [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)008-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)008-e)

25 <https://www.article19.org/data/files/pdfs/tools/defamation-abc-spanish.pdf>

fomenta la autocensura, ya que **los individuos se abstendrán de hacer declaraciones no porque sean falsas o consideradas como falsas, sino por el miedo de que no se puedan probar como verdaderas en un tribunal** o por el alto costo de defender una demanda por difamación.” La Comisión de Venecia también es partidaria de que “la prueba de la verdad no se imponga al autor de la ofensa como una obligación en los casos en los que no le sea posible demostrarla o ello le suponga un esfuerzo no razonable, mientras que el demandante ofendido, tiene acceso a los hechos relevantes”.

LA PROGRESIVA DESPENALIZACIÓN DE LA DIFAMACIÓN

Otro de los aspectos en los que el Estado español **no está alineado con los estándares internacionales**, es en el hecho de que las **injurias y calumnias, permanezcan en el Código Penal y puedan incluso comportar penas de prisión**. Un estudio interesante sobre la regulación legal de la difamación a nivel internacional es el “*Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study*” del 2017 de la OSCE²⁶.

En el año 2000, Article 19 en su informe “*Defining Defamation*”²⁷ apostaba por la despenalización de la difamación, incluidas las leyes que protegieran específicamente a los funcionarios públicos y a los jefes de Estado contra las injurias o ridiculizaciones. En su informe de 2006 antes aludido, esa entidad evoca la **tendencia internacional de la despenalización de la difamación**, pero matiza que mientras se logra la misma, se pueden adoptar medidas de transición como a) suprimir las sanciones excesivas, tales como las condenas de prisión, las penas de libertad condicional, las multas grandes y la suspensión del derecho de practicar el periodismo o cualquier otra profesión; b) prohibir al funcionariado público, a las entidades públicas o instituciones como el Estado a que inicien demandas por difamación criminal; c) en los países en los que personas privadas puedan impulsar procesos criminales por difamación, descartar la posibilidad de que participen en este autoridades públicas, como la policía o la Fiscalía y, d) asegurar que no se podrá condenar a nadie por difamación a no ser que la parte acusadora pruebe, más allá de toda duda razonable que la expresión en cuestión era falsa, que la emisora de la expresión sabía que era falsa o se despreocupó de forma imprudente de su veracidad y que la expresión se hizo con la intención de causar daño a la parte acusadora.”

LA CRÍTICA A LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Aunque la difamación de los cuerpos policiales tiene un artículo propio, el 504.2 CP que castiga las injurias o amenazas graves a los cuerpos policiales, con pena de multa de doce a dieciocho me-

²⁶ *Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study*

²⁷ <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/02/defining-defamation.pdf>

ses, dentro del capítulo sobre delitos contra las instituciones del Estado, y no dentro de los delitos contra el honor, conviene mencionar que el título sobre los límites a la libertad de crítica a los cuerpos policiales u otros funcionarios o representantes del Estado han llegado al TEDH en diversos casos. En el asunto Otegi Mondragón contra España de 2011²⁸, relativo al discurso en que ese líder abertzale calificó el Rey como “jefe de los torturadores”, Estrasburgo reiteró el criterio de la ilegitimidad de otorgar una protección incrementada a los representantes del Estado, así como la posibilidad de que la crítica a la actuación de estos pudiera incurrir en ciertas dosis de exageración y de provocación. Posteriormente, el TEDH ha dictado algunas sentencias paradigmáticas, como en el asunto Savva Terentyev contra Rusia de 2019²⁹ en el que se concedió amparo a un joven bloguero condenado por publicar comentarios ofensivos contra la policía a raíz de la publicación de un artículo en un medio digital, sobre la entrada y registro de la policía en un periódico vinculado a la oposición. Los comentarios posteados apelaban a hacer una hoguera en cada pueblo de Rusia para quemar los “maderos” corruptos. El Tribunal subrayó que no compartía el tono ofensivo de las críticas, pero que éstas no dejaban de ser una reacción a una concreta y polémica actuación policial y una contribución al debate público sobre la necesidad de apego democrático de las actuaciones de los cuerpos policiales.

Una sentencia relevante por afectar el Estado español y las críticas a los cuerpos policiales, fue la del asunto Toranzo contra España de 2018³⁰, en el que un activista pro-vivienda, acusó en rueda de prensa, de tortura a los policías que le habían desalojado de la finca de Casas Viejas de Sevilla, en el que él se hallaba “embidonado” para evitar el desalojo. Los Tribunales nacionales consideraron que se había atribuido falsamente la comisión de un delito de tortura a la Policía. En cambio, Estrasburgo reiteró el estrecho margen del que gozan los tribunales estatales para restringir la crítica política y entendió que las expresiones del activista debían interpretarse en su contexto y como profesadas de buena fe, en forma de crítica al comportamiento de los agentes en el ejercicio de su autoridad, lo que era una cuestión de interés público. Por otro lado, el término “tortura” usado por el activista no se refería a un juicio de valor ni a la definición legal de la misma, sino a su significado más amplio y coloquial. Cargar al activista con el peso de demostrar que la actuación de los cuerpos policiales se ceñía escrupulosamente a la definición legal de tortura, suponía una restricción desproporcionada a su libertad de expresión y de crítica sobre una actuación policial que éste concebía como desproporcionada.

28 https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427042036-Sentencia_Otegi_Mondrag%C3%B3n.pdf

29 [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22fulltext%22:\[%22Savva%20Terentyev%22\],%22itemid%22:\[%22001-185307%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22fulltext%22:[%22Savva%20Terentyev%22],%22itemid%22:[%22001-185307%22]})

30 https://www.mjusticia.gob.es/ca/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429259698-Sentencia_Toranzo_G%C3%B3mez_v_Espa%C3%B1a.pdf

LA PROTECCIÓN DE LA “IMAGEN CORPORATIVA” DE LAS EMPRESAS E INSTITUCIONES

En los procesos legales por difamación, una **tendencia significativa** que debe ser tenida en consideración es la de la **litigación por difamación por parte de instituciones y del sector empresarial**. Inicialmente, los delitos honoríficos fueron concebidos sobre la base del honor individual de una persona física. Poco a poco el concepto ha ido evolucionando y ha ido abarcando nuevas esferas como la de la protección del honor de las personas jurídicas. Algunas de las situaciones que han dado lugar a querellas por injurias o calumnias son por ejemplo el de la divulgación en redes sociales del hecho de que un despido de un trabajador por parte de un restaurante tendría como motivo la orientación sexual del mismo o el hecho de que una pareja de chicas denunciara en televisión que los guardias de seguridad de una discoteca las habrían expulsado por besarse. En estos casos, las personas jurídicas solicitan cuantiosas indemnizaciones por daños y perjuicios, por la pérdida económica que les reporta la afectación negativa a su imagen corporativa.

LA LITIGACIÓN ABUSIVA CONTRA LA DENUNCIA PÚBLICA O SLAPP

Otra tendencia al alza es la de la llamada litigación abusiva que en inglés ha sido denominada *strategic lawsuit against public participation* (SLAPP). Este fenómeno que en los Estados Unidos ya cuenta con alguna regulación, consiste en que **desde el poder privado o desde sectores cercanos al poder público se entablan acciones legales que pretenden disuadir la crítica y la acción de denuncia social** de activistas, académicas, periodistas, defensoras de derechos humanos, etc... Aunque estos procesos no suelen prosperar, el mero hecho de iniciar acciones legales y de someter a las personas demandadas en la vía civil o querelladas en la vía penal, a estos procesos, ya genera un efecto desgastante y disuasorio suficiente, cuando no de descrédito de la persona o colectivo activista, que acaba logrando el efecto inhibitor de la crítica o **chilling effect**.

En noviembre de 2021 el Parlamento Europeo publicó su informe sobre las SLAPP, que dio lugar a la propuesta de Directiva de abril de 2022 de la Comisión Europea³¹ aprobada en febrero de 2024, que tiene por objetivo evitar este fenómeno tan dañino para la libertad de expresión y su función democrática. El objetivo de la Directiva es lograr que los Tribunales actúen para frenar esas demandas, de hecho propone incluso la opción de que se puedan imponer sanciones para disuadir a los demandantes potenciales de demandas legales abusivas. La aprobación de esta Directiva puede llegar a tener un impacto muy positivo en el Estado español en el que el marco legal propicia un terreno apto para que prospere ese tipo de litigación. Quienes pretenden impulsar procesos

31 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0177&from=EN>

legales con el objetivo de obtener precedentes jurídicos que impidan la crítica política, realizan estudios internacionales de los marcos legales, para seleccionar el fuero que les es más favorable para entablar los mismos, un fenómeno llamado **label tourism**.



CASO PARADIGMÁTICO:

Iñaki Rivera y la criminalización de la denuncia de la tortura

La denuncia pública del maltrato y de la tortura por parte de los funcionarios del Estado, ha sido un terreno en el que determinados sectores de los sindicatos policiales o de funcionarios de prisiones han emprendido sucesivas acciones legales para criminalizar los activistas “mensajeros” e incluso los propios presos, víctimas o testigos de esos abusos^{32 33}. Un caso representativo de cómo se utilizan esos delitos para intentar disuadir la denuncia pública de la tortura y del maltrato, es el del profesor y director del mecanismo de registro y denuncia de la tortura SIRECOVI³⁴, Iñaki Rivera³⁵. En 2018 diversos sindicatos de prisiones le denunciaron porque en una entrevista como experto en materia penitenciaria en la televisión pública catalana, a preguntas de un tertuliano, afirmó que en las cárceles de Cataluña existía tortura. Los sindicatos consideraron que esa afirmación suponía la denigración de su colectivo profesional. En el proceso judicial, **la Fiscalía acogió los argumentos de la defensa de Rivera según los cuales se trataba de una entrevista pedagógica en clave de denuncia social**. En este caso el programa de televisión coincidía con una campaña de denuncia social de familiares de personas muertas bajo custodia, de hecho, el programa también entrevistaba a la hermana de una fallecida en una prisión catalana. El primer proceso judicial de los sindicatos de funcionarios contra Iñaki Rivera se logró archivar en 2020. Pero acto seguido, 185 funcionarios de prisiones se volvieron a querellar a título individual contra él por los mismos hechos, logrando archivar ese nuevo procedimiento judicial en noviembre del 2021, es decir tras 3 años de recorrido judicial.

La denuncia pública de la tortura y de los malos tratos es un ámbito en el que los activistas y profesionales enfrentan un riesgo especial de litigación abusiva, por la dificultad de poder probar los hechos que motivan la denuncia pública de esas situaciones y por la tendencia a la autoprotección del Estado y de sus funcionarios. Ese estado de cosas **ha dado lugar a sentencias contradictorias que generan una gran inseguridad jurídica a**

32 <https://www.europapress.es/madrid/noticia-union-policias-municipales-presenta-querella-contra-rommy-arce-monedero-otros-incitacion-odio-20180319100318.html>

33 <https://www.publico.es/politica/libertad-expresion-lorena-ruiz-huerta-absuelta-delito-calumnias-criticas-policia.html>

34 <https://sirecovi.ub.edu/>

35 https://www.eldiario.es/catalunya/sociedad/ub-denunciado-ccoo-maltratos-catalanas_1_1475092.html

las defensoras de derechos humanos, como la sentencia del Tribunal Constitucional del 2001 que otorgó amparo a los miembros de la Asociación para el Seguimiento y Apoyo de Presos en Aragón (ASAPA) que en una rueda de prensa y en medios escritos atribuyeron a la dirección del centro penitenciario de Daroca la comisión de determinados delitos. Por contra, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada en su sentencia 687/2007 de 14 de diciembre, confirmó la condena por injurias con publicidad de un alcalde que en los medios de comunicación atribuyó a la Policía Local actuaciones xenófobas, racistas, fascistas y dictatoriales.



CASO PARADIGMÁTICO:

Manuel García y la criminalización del activismo ambiental

Manuel, un agricultor gallego del MEL (Movimiento Ecoloxista da Limia), en 2019 participó en un conocido programa de la televisión pública gallega denunciando cómo un cañón de una “granja propia de Coren” regaba con purín una pradera y afirmando que estos riegos con purines sin tratar llevaban antibióticos y muchos productos químicos que se filtraban a las aguas subterráneas contaminando también aguas superficiales, como las del embalse de As Conchas, algo que estaba corroborado por los datos oficiales y diversos informes científicos. Cinco meses después, Manuel recibió un burofax de los servicios jurídicos del Grupo Coren reclamándole un millón de euros en concepto de daños y perjuicios por la afectación a su imagen corporativa debido a esas declaraciones televisivas. Manuel que recibió el apoyo de Greenpeace y de multitud de asociaciones ecologistas³⁶ en el acto de conciliación de marzo de 2020 ante el Juzgado de Primera Instancia de Xinzo de Limia se negó a retractarse de esas declaraciones. **Gracias al apoyo colectivo, finalmente, el Grupo Coren, acto seguido a la demanda civil de conciliación, no formalizó la demanda de protección del honor contra el activista.**

36 <https://es.greenpeace.org/es/en-profundidad/coren-contra-manuel/>

IV

LA

CRIMINALIZACIÓN

POR ODIO

EL RECORRIDO HISTÓRICO DE LOS “DELITOS DE ODIOS”

Para comprender los denominados “delitos de odio” y poder delimitar su interpretación, resulta necesario comprender su origen. La Ley Orgánica 4/1995 reformó el Código Penal de 1973 para introducir en él diversos delitos, el de apología del genocidio, el de provocación y apología a la discriminación y la agravante genérica de racismo. Para justificar esa incorporación, la Exposición de Motivos de esa Ley señalaba que “La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. (...) Por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados internacionales ratificados por nuestro país. Así, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965”. En esa Exposición de Motivos, el objetivo y la función antidiscriminatoria de ese conjunto de delitos, no dejaba lugar a dudas.

En 2015, el delito de odio más representativo y usado, el del artículo 510, fue **reformado a fondo mediante la Ley Orgánica 1/2015** de 30 de marzo, con el objetivo de **superar ciertos debates jurídicos** que habían provocado la infrautilización del delito (debate sobre el concepto de provocación), y de adecuarse a las previsiones de la normativa internacional y europea (PIDCP³⁷ y Decisión Marco 2008/913/JAI³⁸) y a la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007³⁹ (Caso Librería Europa) que declaró inconstitucional el redactado del delito de negación del genocidio, y exigió que para ser castigado, no bastaba con la mera negación, sino que ésta debía conllevar una incitación directa o al menos indirecta al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia.

La **nueva redacción del delito de odio de 2015, cerró algunos debates interpretativos previos, pero abrió otros**. En sus sucesivas memorias anuales, la Fiscalía General del Estado ha ido realizando propuestas de reforma en materia de “delitos de odio”, como la necesidad de armonización de los motivos tasados de discriminación, que varían según los delitos que castigan conductas discriminatorias; la utilidad de incluir una cláusula de cierre del artículo 510 CP y de la agravante genérica del artículo 22.4 CP, del estilo de «o cualquier otro motivo basado en un prejuicio discriminatorio», que permita castigar otros supuestos discriminatorios; la inclusión de la discriminación por error y por asociación; o la inclusión de otros motivos de discriminación como la edad, el antigitanismo, el origen nacional dentro del territorio del Estado español, el idioma y las lenguas

37 <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

38 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=ES>

39 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6202>

oficiales o el aspecto físico. Algunas de estas propuestas han sido adoptadas, como la largamente reivindicada introducción de la aporofobia como motivo de discriminación, introducida vía aprobación de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia de junio de 2021.

GENEALOGÍA DE LOS “DELITOS DE ODIO”

Los denominados “delitos de odio” se plasman en **dos tipos de herramienta legal**: la existencia de una serie de **delitos específicos** que castigan conductas discriminatorias, como el delito de incitación al odio, el delito de denegación de prestaciones por motivos discriminatorios, el de discriminación laboral o el delito contra los sentimientos religiosos. Y por otro lado, la posibilidad de incrementar la pena de cualquier delito genérico, como el de lesiones, mediante la aplicación de la **agravante de discriminación del artículo 22.4 CP**, cuando este delito genérico se cometa por ese motivo. El delito que comúnmente se denomina como “**delito de odio**” es el del artículo **510 CP**, que desde su reforma en el 2015 **agrupa una amalgama de conductas** cometidas por una serie de **motivos discriminatorios tasados**. En su primer apartado (510.1) castiga con penas de uno a cuatro años de prisión y pena de multa de seis a doce meses la conducta de 1) **incitación pública al odio, a la hostilidad, la discriminación o la violencia** 2) la producción, elaboración o posesión con finalidad de distribución de materiales idóneos para cometer el anterior delito de incitación 3) la negación pública del genocidio. Por otro lado, existe un segundo apartado de ese delito (**510.2**) que castiga con penas de seis meses a dos años de prisión y con pena de multa de seis a doce meses 1) la **lesión a la dignidad personal mediante acciones de humillación, menosprecio o descrédito** 2) el enaltecimiento público de los delitos cometidos contra un grupo o integrante del mismo, cometidos por motivos discriminatorios. Estos hechos se castigarán con la pena del 510.1 CP, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra ese grupo.

El artículo 510 CP contempla como motivos discriminatorios los racistas, los antisemitas, los 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, o a quienes hayan participado en su ejecución. El Código Penal prevé en su apartado 3º la imposición de la pena prevista en los anteriores apartados en su mitad superior cuando los delitos del 510.1 y 510.2 **se cometan mediante internet o las redes sociales**, cuando con ello el contenido divulgado se haga accesible a un elevado número de personas. Ello en la práctica supone que las personas condenadas, enfrenten un **riesgo real de ingresar en prisión**. La elevación de la pena en su mitad superior e incluso la imposición de la pena superior en grado, también se contempla en su apartado 4º cuando los delitos resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.

Una mención del artículo 510 que está teniendo consecuencias prácticas relevantes, es la del apartado 5º, que prevé que en caso de condena por delito de odio, además de la pena de prisión y de multa, se impondrá la pena de **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 privación de libertad impuesta. Ello provoca que estos delitos se juzguen en la Audiencia Provincial en lugar del Juzgado de lo Penal. Finalmente, el apartado 6º prevé la destrucción de los documentos y soportes del delito y en el caso de las TIC, la **retirada de los contenidos o incluso el bloqueo de la web** si en la misma se difunde en exclusiva o preponderantemente contenidos de odio.

EL “DELITO DE ODIO”, EN PERMANENTE POLÉMICA

La nueva redacción del artículo 510 CP del 2015, en concreto su apartado 510.1 CP relativo al fomento, promoción o incitación –directa o indirecta– públicamente al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia, viene motivando una viva polémica. Las críticas que se han venido realizando al mismo, se podrían sintetizar entorno a la idea de que 1) su actual redactado ha multiplicado las conductas que se castigan respecto del redactado anterior, 2) se han incrementado las penas, 3) el **ambiguo enunciado de las conductas prohibidas genera inseguridad jurídica y fomenta interpretaciones arbitrarias**, y 4) su redactado contraviene el llamado principio de intervención mínima del Derecho Penal, por cuanto “adelanta sus barreras”, castigando conductas de peligro potencial, incluso si el mismo no se ha traducido en la creación de un daño concreto.

Otra objeción que se le ha realizado al legislador español es que eligiera una **opción de máximos**: de forma innecesaria **ha ido más allá de los contenidos que la Decisión Marco 2008/913/JAI europea obligaba a sancionar**. Por ejemplo, hubiera podido acoger la opción restrictiva de castigar la incitación al odio sólo cuando diera lugar a perturbaciones del orden público o que fuera amenazante, abusiva o insultante. Por otro lado, el 510 CP añade los verbos fomentar o promover; supera la pena máxima de 3 años para fijarla en 4 años; incluye la elaboración y producción de material con la finalidad de incitar al odio, además de la divulgación en sí misma; sanciona el enaltecimiento o justificación pública de delitos cometidos por motivos discriminatorios (sin exigir que tenga la capacidad de generar una incitación al odio como estableció la STC 235/2007 para el delito de negación del genocidio), e incluye la incitación indirecta al odio. La posibilidad de castigar la incitación indirecta ha sido especialmente cuestionada, dado que parece estar trasladando al derecho penal el concepto de discriminación indirecta de la legislación administrativa de igualdad.

“ La polémica sobre los “delitos de odio” no se limita al peligro inherente al redactado del artículo 510.1 CP, sino que también atañe a su interpretación. Dos elementos sobre los que se centra la divergencia son el del umbral de gravedad de las conductas que se castiguen mediante ese delito y el de la elevada penalidad que comporta. ”

La **polémica** sobre los “delitos de odio” no se limita al peligro inherente al redactado del artículo 510.1 CP, sino que **también atañe a su interpretación**. Dos elementos sobre los que se centra la divergencia son el del **umbral de gravedad** de las conductas que se castiguen mediante ese delito y el de la **elevada penalidad** que comporta. La propia Fiscalía General del Estado en su memoria anual de 2012 previa a la reforma del delito de 2015, alertó sobre el **peligro de banalizar el llamado “núcleo de prohibición”**, por el riesgo que ello conllevaba de deslegitimar la intervención penal del Estado. La Fiscalía hizo un llamado a que se exigiera **“que las conductas tuvieran un mínimo potencial de eficacia incitadora de comportamientos discriminatorios.”** En su memoria anual de 2020⁴⁰, la Fiscalía volvió a referir que en anteriores memorias (2017) ya había sugerido la modificación del severo régimen punitivo del delito del artículo 510.1 CP en el sentido apuntado por “la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Recomendación n.º 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa que, en aquellos supuestos que, por su contexto, contenido, ausencia de reiteración, características o circunstancias personales del autor, tienen menor entidad y no han de tener un reproche tan elevado –penas de prisión de hasta cuatro años– la posibilidad de que se contemplen de forma alternativa, bien penas de prisión de inferior duración o penas diferentes a la prisión como multas, pérdida de derechos políticos, trabajos en beneficio de la comunidad, etc. Tampoco parece adecuada la elevada pena de inhabilitación prevista en el apartado 5.º del artículo 510 que hace imperativa la competencia de la Audiencia Provincial, impidiendo la posibilidad de dictar sentencias de plena conformidad. En definitiva, esta propuesta pretende una mejor adaptación de las penas al principio de proporcionalidad.”

Otra cuestión polémica es la del **fundamento del delito**. En función de lo que se entienda que protege el mismo, será justificable una u otra interpretación del delito. La *“Legislación sobre los delitos de odio, Guía Práctica”*⁴¹, elaborada por la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODHIR) de la OSCE en 2009, realiza una radiografía de las dificultades que se han ido encontrado los países a la hora implementar su compromiso internacional de lucha contra los delitos de odio. Cuestiones como si es mejor agravar las penas de los delitos genéricos o crear nuevos delitos, qué motivaciones discriminatorias deben ser prohibidas, cuánta motivación se necesita para considerar un delito como de odio, cómo regular la interseccionalidad o interacción de motivaciones discriminatorias, etc. ponen de relieve una evidencia que las autoridades tienen dificultad en admitir: que la regulación y la subsiguiente aplicación práctica de los “delitos de odio” mediante su interpretación por parte de los Tribunales, **no es una cuestión que se limite a un debate jurídico, sino que detrás hay decisiones políticas**. Una decisión central es la de **qué derechos fundamentales estamos dispuestos a sacrificar como sociedad en la lucha contra los “delitos de odio”**. Ello tendrá una correlación directa en cómo se redacten y se interpreten esos delitos.

40 https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html

41 <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/legislacionDelitosVinculando.pdf>

El debate sobre el fundamento de los “delitos de odio” parte de una elección básica entre **dos modelos legislativos existentes: el que pone en el centro la motivación o móvil del autor y el que pone en el centro las características protegidas de las víctimas**. En el Estado español, la confusión existente acerca de los “delitos de odio” hizo que en 2018, se publicara el *“Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio”*⁴² que analiza esa dualidad. El **“animus model”** se centra en castigar la motivación discriminatoria y el derecho formal a la igualdad respecto de categorías universales –como el color de piel– abriendo la posibilidad de que los “delitos de odio” también protejan a personas pertenecientes a las “mayorías”. En el polo opuesto, el **“discriminatory model”** se centra en castigar las agresiones de víctimas seleccionadas por su identidad, y por lo tanto, los “delitos de odio” sólo protegerán a quienes presenten esas características protegidas, delimitadas por razones históricas. Las consecuencias prácticas de optar por uno u otro modelo son mayúsculas: **su elección condicionará la justificación de la punición, los elementos que deberán ser probados en los procesos judiciales y el tipo de víctimas que se protegerán**. El autor del informe Juan Alberto Díaz López, concluye que la legislación estatal ha optado por un **“modelo mixto”**. Es decir que, si la persona reúne las características identitarias protegidas, por ejemplo ser trans, pero la motivación no es la transfobia, no se considerará un delito de odio. En la práctica la demostración de la motivación suele comportar muchos problemas probatorios.

Otro gran eje de debate es el del **bien jurídico protegido**. Rafael Alcácer Guirao⁴³ invita a la siguiente reflexión:

“ Resulta imprescindible, sin lugar a dudas, atender al bien jurídico protegido como pauta de concreción de lo prohibido. Así, el ámbito de aplicación del delito recogido en el art. 510 CP será distinto según se entienda que el bien jurídico protegido es, por ejemplo, la dignidad de los miembros del grupo étnico, racial, etc. –caso en el que, al modo de un delito contra el honor, bastaría con el proferir expresiones injuriosas– ; un clima de paz social –caso en que será exigible que la conducta tenga la capacidad de alterar el contexto social en que se produce–; la relación de igualdad del colectivo con respecto a la sociedad en su conjunto –siendo exigible, entonces, que la conducta expresiva sea idónea para engendrar reacciones de rechazo y discriminación contra el concreto grupo social– o; finalmente, la seguridad del grupo social –lo que impondría, si así ha de entenderse, la capacidad de la acción para provocar conductas violentas que atenten contra la indemnidad física de miembros del grupo, o bien un temor fundado en el grupo de que ello puede acontecer–. (...) Así, por ejemplo, según se ponga el énfasis en la violencia, en la discriminación o en el odio, el interés que se considere primordialmente protegido podrá ser, respectivamente, la indemnidad física, la igualdad o la dignidad. ”

42 <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeConceptualDelitosOdio.pdf>

43 <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>

Un tercer aspecto de debate, centrado en el delito de incitación al odio del artículo 510.1 CP, es el de su **naturaleza jurídica**. Existen los delitos de peligro concreto, que para su castigo requerirán la creación de un peligro de lesión concreto e inmediato, y los de **peligro abstracto o hipotético**, que para su castigo, requerirán tan sólo la creación de una peligrosidad potencial abstracta. **Cuanto más abstracto es el perjuicio que genera una conducta, más difícil es justificar su castigo**. Para calificar una expresión de delictiva, será suficiente que ésta sea apta o idónea para crear un riesgo objetivo y relevante de que se cometan actos de odio, violencia, hostilidad o discriminación hacia el grupo o integrante del mismo. **El delito reside en la actividad, no en su resultado**. El peligro se determinará por la combinación de factores relativos al peligro inherente al mensaje y al de la forma en la que se difunda. Se considerará como peligro real delictivo el que cree un caldo de cultivo propicio para que surjan acciones discriminatorias, la llamada “antesala de la violencia”. Los actos a los que se fomente bastará que sean discriminatorios, no tienen por qué ser reconocidos como un delito concreto del Código Penal.

Atendido al hecho de que el artículo 510 CP fue reformado recientemente (2015) y al hecho de que –a diferencia del delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP– se hayan dictado muy pocas condenas por ese delito, no ha sido hasta fechas recientes que el Tribunal Supremo se ha posicionado sobre la interpretación del mismo. En su sentencia 675/2020, de 11 de diciembre⁴⁴ de condena de los miembros del grupo de música RAC/OI “Batallón de Castigo” y “Más Que Palabras” por sus conciertos y la divulgación de los mismos vía internet, resume la misma en el siguiente sentido:

“ En efecto, así lo consideramos, porque lo fundamental no es entrar en disquisiciones sobre si la provocación ha de ser directa o indirecta, adjetivos cuyos contornos no siempre no están claros, sino en **precisar la eficacia de esa provocación**, esto es, **si es capaz de incitar** al odio, la violencia o la discriminación, porque, si esto es así, el delito, como de riesgo abstracto que es, quedará consumado. (...) Dicho cuanto antecede, es preciso hacer alguna consideración en torno a la naturaleza del delito contemplado en el art. 510.1 CP, y, para ello, partimos de considerarlo como un **delito de riesgo abstracto** puro, potencial o posible; es, por lo tanto, también, un **delito de mera actividad, que se consume por la sola incitación** a las variables discriminatorias que en el mismo ha contemplado el legislador; en consecuencia, los únicos elementos que exige el tipo son la emisión del mensaje provocador o discriminatorio (elemento objetivo) y la voluntad de emitirlo, pese a ser conocedor de ese contenido (elemento subjetivo), al que, si se quiere, habrá que añadir ese riesgo, pero insistiendo que se trata de un riesgo abstracto, entendido en el sentido de que sea potencialmente idóneo a la incitación, aunque sin necesidad de que se consiga lo que con ella se persiga, pues, hay que insistir, **el delito se consume con la simple realización de esa conducta idónea generadora del riesgo**; el delito aflora de su propia descripción típica, porque no precisa de ningún resultado. ”

44 <https://vlex.es/vid/854281915>

Así como el delito de denigración (510.2 CP) exige un resultado tangible, el delito de incitación al odio (510.1 CP) ha generado muchas críticas porque según diversas voces quiebra la máxima del derecho penal según la cual **sólo es justificable castigar conductas que provoquen una lesión -real o potencial- de suficiente entidad, el llamado principio de lesividad**. Tal y como está redactado el artículo 510 CP, **el derecho penal está castigando un mero acto preparatorio**. Las severas críticas hacia esta anómala excepción dentro del derecho penal se han sorteado alegando la necesidad de castigar conductas peligrosas para el orden democrático, por ello el delito está ubicado en el Título del Código Penal dedicado a los “delitos contra la Constitución”.

En síntesis, para ofrecer un contrapunto al criterio de aplicación del 510.1 CP que focaliza en el mero acto expresivo, desvinculándolo demasiado del daño tangible a las personas y “grupos diatna”, puede citarse el criterio acuñado por el sistema norteamericano, diametralmente opuesto. El criterio denominado **“clear and present danger”** sólo avala las restricciones a la libertad de expresión en casos extremos en los que exista un peligro claro e inminente, y ello no permite censurar los llamados genéricos a la violencia. Otro contrapunto relevante a citar, es el del criterio de Article 19 que en su Manual *“Discurso de Odio”*⁴⁵ de 2015, refiere que los elementos determinantes del discurso de incitación al odio, son la **gravedad de la expresión y su impacto**. En su opinión en el Estado español existe un problema en ambos extremos de la escala: la **impunidad de casos graves de incitación y la condena de expresiones legales por una aplicación excesivamente rigurosa de disposiciones legales que son ambiguas**. Otro análisis de referencia es el realizado en 2020 por el Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC) en su iniciativa LibEx⁴⁶, una web que analiza los distintos delitos de expresión.

Como reflexión de cierre, podemos citar a Joaquín Urías⁴⁷ que expresa “La experiencia española demuestra los riesgos de intentar trasladar a nuestro país un concepto como el de ‘discurso del odio’, propio de regímenes contruidos sobre el trauma del nazismo. Es una categoría creada *ex profeso* únicamente para el odio racial y el antisemitismo. No intenta dar una respuesta general a los problemas relacionados con la intolerancia y la libertad de expresión, sino reafirmar las bases ideológicas sobre las que se construyeron otros sistemas constitucionales, asegurando su legitimidad. Ese empeño carece de sentido en nuestra Constitución, no responde a ninguna necesidad constitucional y vendría a enturbiar sin motivo la garantía jurídica del derecho fundamental a la libertad de expresión”.

45 <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/05/ARTICLE-19-Manual-sobre-el-%E2%80%98Discurso-de-Odio%E2%80%99-180520.pdf>

46 <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/>

47 [https://personal.us.es/urias/libertadodiar\(urias\).pdf](https://personal.us.es/urias/libertadodiar(urias).pdf)

MARCANDO LÍNEA: LA CIRCULAR DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE “DELITOS DE ODIO” DE 2019

A la vista de que la reforma del 2015 de los “delitos de odio” no logró acabar con la interpretación errática de los mismos, en 2018 la Fiscalía General del Estado anunció la publicación de una guía interpretativa que armonizara la actuación de todas las Fiscalías del Estado. Ante la ausencia de criterio propio de la mayoría de Juzgados y Tribunales y de que la sociedad civil no había logrado articular una propuesta sólida de interpretación de los delitos de odio más acorde con los derechos fundamentales en juego y con una concepción más politizada de las herramientas antidiscriminatorias, la Fiscalía logró consolidar su criterio.

Una de las problemáticas que la guía pone de relieve es que, así como en los delitos de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP, se han dictado sentencias que han tenido la visión de plasmar los criterios de delimitación interpretativa de ese delito, ello no ha ocurrido con la misma claridad respecto del delito de incitación al odio del 510.1 CP. La propia Fiscalía en su Circular de 2019⁴⁸ se vio obligada a citar jurisprudencia sobre enaltecimiento del terrorismo –como la Sentencia del Supremo 646/2018 de 14 de diciembre⁴⁹ que plasmó la Doctrina del Tribunal en esta materia– para fundamentar los criterios que deberían guiar la interpretación del delito de incitación al odio.

Esa sentencia dedica un apartado al discurso de odio y refiere que:

“ Señalado lo anterior, los delitos de discurso del odio, genérico y específico, precisan de los necesarios límites para no llevar a la tipicidad a meras transgresiones a la libertad de expresión. La necesaria ponderación de los valores en juego, libertad de expresión y agresión a través de expresiones generadores de un odio, ha de realizarse a partir de la constatación de los siguientes elementos: a) en primer lugar, el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma, exigencia que también juega respecto de las víctimas de delitos terroristas. b) en segundo lugar, la conducta no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza. c) las expresiones realizadas deben agredir, también, a las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios, lo que permitiría excluir de

48 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771

49 <https://vlex.es/vid/751521989>

la consideración aquellas opiniones sobre personas de notoriedad pública por su actuación y sometidas a cuestionamiento ciudadano. d) Además, debe tratarse de mensajes que merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas (art. 579 CP), o la generación del sentimiento de odio, aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad. e) El ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir las manifestaciones pretendidamente hilarantes y las que se efectúan desde la venganza puntual, desprovistas de la necesaria medida. ”

La **Circular 7/2019 se coloca en una posición de “neutralidad”** y argumenta que lo que se prohíbe no son las ideas u opiniones sino el “ataque al diferente como expresión de una intolerancia incompatible con la convivencia”. Esta toma de postura, parece indicar que el fundamento del castigo no es la dignidad de las personas y su derecho a la diferencia o incluso la necesidad de castigar específicamente las conductas que atentan contra la posibilidad de que las personas pertenecientes a grupos vulnerabilizados puedan ejercer en condiciones de equidad sus derechos fundamentales. La **Fiscalía desnaturaliza la razón histórica de ser de los “delitos de odio”, como herramienta antidiscriminatoria y le sustrae la génesis de violencia política, para convertirlos en un instrumento de compensación de tensiones sociales.**

Si la protección de las personas pertenecientes a grupos vulnerabilizados deja de ser el fundamento de la prohibición y el criterio pasa a ser el de la prohibición de la “intolerancia excluyente”, una primera consecuencia práctica es que cualquier persona o colectividad –con independencia de su estatus social– puede ser protegida por los delitos de odio. La Circular menciona expresamente que la vulnerabilidad intrínseca o el valor ético de la víctima del delito no es un elemento que lo conforme. Por ello una agresión a un nazi podrá ser considerado un delito de odio. Esta es la explicación del por qué en los últimos años se han iniciado procesos judiciales –muy particularmente en Cataluña en el marco del proceso independentista– por delito de odio contra policías o personas de extrema derecha. Una segunda consecuencia práctica, es que el Estado en nombre de la protección de la igualdad y de la prohibición de la discriminación **se atribuye la legitimidad para modular y prohibir los discursos que califique como de “intolerantes”, al margen de si su intención última es la de promover derechos y valores o bien,**

“ **Si la protección de las personas pertenecientes a grupos vulnerabilizados deja de ser el fundamento de la prohibición y el criterio pasa a ser el de la prohibición de la “intolerancia excluyente”, una primera consecuencia práctica es que cualquier persona o colectividad –con independencia de su estatus social– puede ser protegida por los delitos de odio.** ”

la contraria.

La Circular analiza los motivos discriminatorios que castiga el delito de odio. Algunos de ellos como el racismo o la LGTBIfobia no encuentran ninguna dificultad interpretativa, pero otros resultan más cuestionables. La **discriminación por ideología** según la Circular, englobaría la incitación contra o la denigración por las ideas acerca de la forma de organización política pero también acerca del sistema social, económico o incluso cultural. Siguiendo esta lógica expansiva de la lucha contra cualquier forma de “intolerancia”, la Circular afirma que el delito de odio se podría aplicar a la incitación al odio contra un grupo feminista o ecologista y en el campo de las creencias, contra los ateos y los agnósticos.

Este **criterio expansivo** se ha evidenciado sobre todo en uno de los aspectos más polémicos como es el de la aplicación del delito de odio por los motivos de discriminación ideológica o de nación u origen nacional. La instrucción de atestados por delito de odio en relación con la ideología ha sido recurrente durante el proceso independentista de Cataluña. En esta línea, una de las tendencias remarcables, impulsada por Movimiento contra la Intolerancia desde el 2019, ha sido el de reivindicar el **concepto de “hispanofobia”**^{50 51} o supremacismo identitario, tendencia que ha sido avalada por la Fiscalía de Delitos de Odio, y que ha tenido su consolidación jurisprudencial en la sentencia del Tribunal Supremo 437/2022 de 4 mayo.⁵² Ésta, con expresa cita a la Circular 7/2019, avala la condena de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 antifascistas por el delito de odio en su modalidad denigratoria (510.2 a) en concurso con el delito contra la integridad moral (173.1) y el delito leve de lesiones (147.2) por el ataque a una carpa instalada por simpatizantes de la selección española de fútbol, justificando la aplicación del delito de odio, **por haber actuado por animadversión ideológica a lo que representa España y lo español.**

En relación con otra de las motivaciones, la de **antisemitismo**, según la Circular, engloba diversas formas de discriminación por motivos étnicos, religiosos, culturales, sin descartar los de tipo económico y político. Con esta alusión, la Fiscalía **parece referirse a la polémica definición de antisemitismo del IHRA de 2016**, que incluye en ella la referencia a las “instituciones de las comunidades judías”⁵³. Las críticas a la ambigüedad de esa definición han hecho que la IHRA en su web matice que “Las manifestaciones pueden incluir ataques contra el Estado de Israel, concebido como una colectividad judía. Sin embargo, las críticas contra Israel, similares a las dirigidas contra cualquier otro país no pueden considerarse antisemitismo”.

Finalmente, la Circular, después de realizar un análisis de los distintos motivos de discriminación y de ofrecer su criterio interpretativo para cada uno de ellos, viene a admitir que **no hay consenso sobre la existencia de una definición unívoca de lo que debe entenderse por discurso de odio y**

50 <https://www.estebanibarra.com/2019/11/movimiento-contra-la-intolerancia-llama-a-denunciar-la-hispanofobia-en-fiscalia-delitos-de-odio/>

51 <http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/Admin/editoriales.asp#>

52 <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/4114/TS.%20PENAL.pdf>

53 <https://www.holocaustremembrance.com/es/resources/working-definitions-charters/definicion-del-antisemitismo-de-la-alianza-internacional>

siendo éste un **concepto valorativo unido a una realidad social cambiante**, junto con el **principio de “intervención mínima”** del derecho penal, obligan a que ante la duda, **haya que optar por el principio de “favor libertatis”**.

Una última novedad que merece ser destacada en la aplicación práctica de los delitos de mensajes de incitación al odio, es la aprobación del **Protocolo para combatir el discurso de odio ilegal en línea**⁵⁴ de 2020, que se basa en la Recomendación europea 2018/334 de la Comisión de 1 de marzo⁵⁵, que convierte la Fiscalía en el órgano de enlace con las plataformas intermediarias de internet, encargada de transmitirles las peticiones de eliminación o restricción de acceso a los contenido ilícitos y establece un sistema de acreditación de “comunicantes fiables” (*trusted flaggers* en inglés) de la sociedad civil que pueden notificar la existencia de los mismos, un sistema que bebe del ejemplo del *Code of Conduct*⁵⁶ europeo de 2016.

EL CRITERIO DE LA COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA (ECRI) DEL CONSEJO DE EUROPA

La ECRI en su Recomendación de Política General número 15 de 2015 sobre “*Discurso de odio*”⁵⁷, define el discurso de odio como el “fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”. Pero matiza que “hay formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan pero que, por sí mismas, no constituyen discurso de odio y que la lucha contra el discurso de odio debe servir para proteger a las personas y grupos de personas más que a credos, ideologías y religiones en concreto.”

El análisis sobre la evaluación del riesgo derivado de la divulgación pública de una determinada expresión es una cuestión central en la Recomendación. La misma, en base a los criterios enunciados en su día en la Observación General núm. 34 sobre el artículo 19 [del PIDCP]⁵⁸ de 2011 del

54 https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/ejes/discursoodio/PROTOCOLO_DISCURSO_ODIO.pdf

55 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0334&from=FR>

56 https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en

57 <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>

58 <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsrdB0H1I59790-VGGB%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y%2FrwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE-4QPFdIFW1VIMIVkoM%2B312r7R>

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, establece que:

“ Para evaluar si existe o no el riesgo de que se produzcan estos actos hay que **tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio**. Concretamente, hay que tener en cuenta (a) el **contexto** en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad); (b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para **ejercer influencia** sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad); (c) la **naturaleza y contundencia del lenguaje empleado** (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación); (d) el **contexto de los comentarios específicos** (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate); (e) el **medio utilizado** (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y (f) la **naturaleza de la audiencia** (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación). ”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha sido un actor clave en la delimitación de qué discursos deben considerarse discurso de odio punible, dado que no toda expresión molesta, ofensiva o chocante, por muy intolerante que sea, debe ser sancionada si se quiere mantener la pluralidad política y la tolerancia democrática. Una sentencia relevante del TEDH es la del asunto Mariya Alekhina y otras contra Rusia⁵⁹ de 2018 en la que Estrasburgo otorgó amparo a las cantantes punk Pussy Riot que habían sido condenadas por un delito de odio religioso por su performance musical de protesta contra la connivencia de la Iglesia ortodoxa y Putin en la catedral de Moscú. Estrasburgo

“ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha sido un actor clave en la delimitación de qué discursos deben considerarse discurso de odio punible, dado que no toda expresión molesta, ofensiva o chocante, por muy intolerante que sea, debe ser sancionada si se quiere mantener la pluralidad política y la tolerancia democrática. ”

59 [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20MARIYA%20ALEKHINA%20AND%20OOTHERS%20v.%20RUSSIA\%22%22\],%22itemid%22:\[%22001-184666%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20MARIYA%20ALEKHINA%20AND%20OOTHERS%20v.%20RUSSIA\%22%22],%22itemid%22:[%22001-184666%22]})

aborda este caso paradigmático que refleja todos los argumentos habituales de criminalización de activistas en base a los delitos de expresión por parte de los gobiernos. El TEDH afirmó que la performance era un acto expresivo que constituía un ejercicio de la libertad de expresión y que el mismo contribuía al debate sobre la situación política en Rusia. La condena de las activistas por los tribunales rusos no había sido “necesaria en una sociedad democrática”.

En septiembre de 2021, el TEDH dictó la sentencia del asunto Sánchez contra Francia⁶⁰, en el que abordó dos elementos altamente controvertidos, el del **complejo equilibrio entre la protección del discurso político y la protección de las minorías**, y por el otro, el de la **responsabilidad de un medio de difusión por los comentarios publicados por terceros en éste**. Esta sentencia reafirma la posición del Tribunal inaugurada con el asunto Féret contra Bélgica de 2009⁶¹, del “no todo vale en política”, y deniega el amparo al electo francés que no fue diligente al no borrar con prontitud de su Facebook los comentarios discriminatorios para la comunidad musulmana publicados por algunos seguidores suyos.



EL CASO PARADIGMÁTICO:

la criminalización del activismo del movimiento Boicot,

Desinversiones y Sanciones (BDS)

Uno de los casos que ha motivado un intenso debate acerca de los límites a la libertad de expresión es el de la crítica de las activistas que cuestionan la alianza del sector universitario, deportivo, comercial y artístico con el lavado de cara de la imagen internacional del Gobierno de Israel por la vulneración de derechos humanos en los territorios ocupados de Palestina. La entidad ACOM entre 2015 y 2017 recurrió sistemáticamente las mociones de adhesión a los postulados del BDS de Ayuntamientos de todo el Estado⁶². Posteriormente ACOM en 2017 dio un paso más y procuró criminalizar las denominadas acciones de boicot, enmarcadas dentro de la campaña ELAI (espacios libres de apartheid israelí), denunciando la cancelación de un festival de cine organizado por la embajada israelí⁶³ por parte del Ayuntamiento de Cádiz. Finalmente el Auto 247/2020 de 21 mayo de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, con el apoyo de la Fiscalía de Delitos de Odio, avaló el archivo del caso dictado por la jueza instructora.

60 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-211599%22%5D%7D>

61 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-93626%22%5D%7D>

62 https://elpais.com/politica/2018/03/14/actualidad/1521023575_285441.html

63 https://www.diariodecadiz.es/cadiz/Archivo-definitivo-delito-alcalde-Cadiz_0_1468653408.html

Paralelamente a ese procedimiento judicial, a raíz del cuestionamiento de la contratación por parte del festival de reggae Rototom en 2015 del artista estadounidense Matisyahu, que había colaborado con el Gobierno y con el ejército de Israel, el “*Comité de Lucha contra la Discriminación*” se querelló contra 8 activistas del BDS, sosteniendo que la campaña comunicativa contra la contratación del artista constituía un delito de incitación al odio (510.1 CP) con el objetivo de lograr un precedente jurídico que criminalizara el activismo del BDS. La campaña de Twitter del BDS subrayó una y otra vez que el boicot nada tenía que ver con su religión, ni tan solo con su adhesión ideológica al proyecto político sionista, sino por los apoyos a festivales pro-sionistas, a los colonos de los territorios ocupados y al ejército israelí. En defensa a la acción política de las activistas, se argumentó que el cuestionamiento de la contratación de ese cantante era una cuestión de coherencia con los valores del festival y de crítica legítima a la responsabilidad del sector artístico en la defensa y promoción de los derechos humanos. La tramitación del procedimiento coincidió con el dictado del Auto relativo al archivo contra el Ayuntamiento de Cádiz antes referido y unos meses después, con el asunto Baldassi y otros contra Francia de septiembre de 2020⁶⁴ en el que el TEDH concedió amparo a los activistas del BDS francés que repartieron folletos llamando a no comprar dátiles israelíes en diversos centros comerciales. En ese asunto, **Estrasburgo dictaminó que el llamado al boicot, si no conlleva la incitación a la violencia, forma parte del derecho de manifestación y de la libertad de expresión. Finalmente el caso contra los activistas del BDS estatal fue archivado** en enero de 2021, por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia.⁶⁵



EL CASO PARADIGMÁTICO:

la criminalización de la denuncia feminista de las violencias de género

En junio de 2019 la auto denominada “Asociación Hispanoamericana de Hombres Maltratados” denunció a la actriz y activista feminista Pamela Palenciano por el monólogo “*No sólo duelen los golpes*” que realiza una reflexión en primera persona sobre el surgimiento de las violencias de género entre los adolescentes y jóvenes. Antes de la denuncia, el monólogo se había representado miles de veces durante años y había sido representado en centenares de espacios educativos, contratado por asociaciones de padres y administraciones públicas. La denuncia de esa asociación, vinculada a un gabinete de abogados que pretendía devenir referente en la defensa de los hombres denunciados por violencia de género, arrancó después de que una diputada de VOX, Alicia V. Rubio, criticara

64 [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-202756%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-202756%22]})

65 <https://www.naciodigital.cat/noticia/214434/arxivada-denuncia-contra-vuit-activistes-bds-boicot-al-cantant-matisyahu>

en Twitter a la actriz Pamela Palenciano. La asociación denunciante, como otras iniciativas enmarcadas en la litigación del machismo organizado, pretendía lograr un precedente mediante el cual se considerara que la crítica mordaz sobre las violencias, fuera considerada un delito de odio contra los hombres o subsidiariamente un delito de denigración contra los mismos. Habiendo sido recurrido el Auto de admisión a trámite de la querrela, finalmente en febrero de 2022 la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid⁶⁶ dio la razón a la defensa de la artista, en el sentido de que el proceso judicial nunca debería haberse tramitado, anulando de facto todo el recorrido judicial de la fase de instrucción. Aunque el Auto no lo mencionara de forma explícita, la resolución de **la Audiencia avaló la tesis de la defensa de la artista que reivindicó que se aplicara la doctrina anti SLAPP contra la litigación abusiva de esa asociación.**

66 https://www.eldiario.es/sociedad/audiencia-madrid-archiva-querrela-delito-odio-hombres-monologo-feminista_1_8773773.html

V

ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA PRÁCTICA EN LA APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE EXPRESIÓN

El análisis de los precedentes jurisprudenciales sobre enaltecimiento del terrorismo, calumnias e injurias y delitos de incitación al odio, junto con la experiencia práctica, muestran **diversas carencias que son un denominador común en la aplicación de estos delitos de expresión**, que explican en gran parte el motivo de su incorrecta aplicación.

LA ACTUACIÓN AUTOMATIZADA DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN

Los juzgados de instrucción que investigan los atestados policiales o las denuncias o querellas sobre actos de expresión suelen seguir una **mecánica rutinaria**. La dinámica habitual es la de **admitir a trámite cualquier denuncia** sobre actos de expresión, la de practicar la declaración de la persona investigada y la de delegar en el juzgado enjuiciador la decisión de fondo, vía sentencia, sobre si debe haber condena o absolución. Esta dinámica se da **a pesar de que los juzgados de instrucción, desde el inicio cuentan con todos los datos relevantes para tomar una decisión de fondo sobre el asunto**: conocen las características de la persona emisora, el contexto en el que se ha divulgado el mensaje, la forma en que se ha difundido, su contenido y sus efectos. Es decir, que los jueces de instrucción, en la mayoría de los casos, desde el inicio podrían establecer si se trata de un ejercicio legítimo de la libertad de expresión y podrían deducir la intención o elemento subjetivo del mensaje. Esta dinámica es diametralmente contraria a los objetivos de la acabada de aprobar Directiva anti SLAPP, que pretende precisamente que los Juzgados y Tribunales **actúen para neutralizar desde el inicio la litigación abusiva**. Esta mecánica, de facto, **supone coadyuvar con el chilling effect o efecto inhibitor buscado por la parte denunciante**, dado que las activistas investigadas se ven sometidas a procesos judiciales largos, desgastantes e innecesarios. Además, durante la tramitación del procedimiento, la parte denunciante, a menudo articula una comunicación sobre el caso que le da rédito comunicativo-político, a expensas de la reputación personal y profesional de las activistas, al tiempo que deslegitima su acción política.

LA FALTA DE CONTROL CONSTITUCIONAL POR PARTE DE LOS JUZGADOS: LA INAPLICACIÓN DE LA “DOCTRINA STRAWBERRY”

La problemática práctica en la aplicación de los delitos de expresión no se limita a la “pereza” de la judicatura, sino que proviene de un segundo aspecto de calado más hondo, como es la **tendencia generalizada de la judicatura de realizar su función jurisdiccional “a medias”**. Cuando la judicatura analiza un acto de expresión para evaluar si éste puede ser delictivo o no, tarea denominada juicio de subsunción, se limita a analizar si en ese acto expresivo se dan el elemento objetivo (conducta) y el elemento subjetivo (intención) del delito. Y en base a ese análisis, adoptan una decisión. Los jueces y juezas de instrucción decidirán si se archiva el caso en esa fase inicial de in-

vestigación o bien se prosigue hacia la fase de juicio. Si el asunto llega a juicio, los jueces y juezas enjuiciadores, decidirán si procede dictar una sentencia de condena o de absolución. Ello comporta que se negligia la otra mitad del análisis o función jurisdiccional que deberían realizar, que es la del **analizar el acto de expresión desde la perspectiva de los derechos fundamentales, también llamado “filtro constitucional”**.

La judicatura suele obviar que su función no se limita a resolver el caso concreto en base a la práctica de prueba y al análisis legal, sino que también forma parte de su función jurisdiccional el actuar como garantes de los derechos fundamentales, individuales y colectivos. El “filtro constitucional” que deberían realizar respecto de los actos de expresión judicializados, consiste en **analizar -con carácter previo al análisis “legal”- si ese acto de expresión constituye el ejercicio de un derecho fundamental**. En caso de que sí lo constituya, ya no sería necesario realizar un ulterior análisis de si ese acto de expresión encaja en los elementos de un delito concreto, dado que no podría ser considerado delictivo. Lamentablemente la realidad demuestra que **ni los Juzgados de instrucción encargados de investigar, ni los juzgados y tribunales encargados de juzgar, suelen incorporar ese análisis con perspectiva de derechos fundamentales** y basan sus decisiones en el limitado “juicio de subsunción” o encaje del acto de expresión en los elementos del delito en cuestión.

Una primera sentencia en la que se puso de manifiesto la necesidad de incorporar el “filtro de constitucionalidad” en la función jurisdiccional en la aplicación de los delitos de expresión, fue la antes aludida sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016⁶⁷ que denegó el amparo al político vasco Tasio Erkizia en su discurso en el homenaje al antiguo miembro de ETA, Argala. En su voto discrepante de la sentencia, el magistrado Xiol refería que “La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, como ya se ha expuesto, 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 tipo penal [delito] 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. Citando la STC [sentencia] 177/2015, de 22 de julio [relativa a la denegación de amparo a los independentistas Stern y Roure por la quema de fotos del Rey], establece además 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»** y «constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración».”

Posteriormente, el Tribunal Constitucional en su Pleno, dictó una sentencia que supuso un **punto de inflexión en la forma en la que los Tribunales debían interpretar los delitos de expresión**. La

67 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-7289>

sentencia 35/2020, de 25 de febrero⁶⁸ concedió el amparo por vulneración del derecho a la libertad de expresión al cantante de Def con Dos, César Strawberry, por sus tweets políticos sarcásticos. En esa sentencia, el Tribunal amplía y **consolida la obligatoriedad de que los jueces y juezas realicen un análisis previo en clave constitucional de los actos de expresión judicializados, antes de realizar el juicio de subsunción legal**. El Tribunal realiza una síntesis de la jurisprudencia sobre libertad de expresión, que resume en los siguientes factores: a) el **carácter institucional del derecho a la libertad de expresión**, como garantía de la formación de una opinión pública libre, que la convierte en uno de los pilares de la sociedad libre democrática. Esa función requiere que ésta se pueda desarrollar sin angosturas, timidez, ni temor. El pluralismo y la necesidad de libre intercambio de ideas impiden cualquier control de los poderes públicos sobre la circulación de ideas b) el **carácter limitable de ese derecho**, singularmente el de la prohibición de expresiones que alienten la violencia y de expresiones que atenten contra el respeto a la igual dignidad de todos los seres humanos c) respecto del **discurso de odio**, debe dilucidarse si se trata de una expresión política legítima o bien de un acto que persigue desencadenar un reflejo emocional de hostilidad que se convierta en un acto de cooperación a la intolerancia excluyente d) la **proporcionalidad**, que impone que las restricciones a la libertad de expresión no sean interpretadas de modo que la desnaturalicen, lo que obliga a no perder de vista que el Derecho penal no puede convertirse en un factor de disuasión.

Una conducta no puede ser valorada como ejercicio de un derecho fundamental y al mismo tiempo ser considerada delictiva. El juez penal, cuando aplica la norma penal, igual que el legislador, no puede reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni en el caso de que no constituya un legítimo ejercicio del derecho fundamental, ni incluso, cuando esa expresión esté prevista como delito. En el caso de Strawberry el Pleno del Tribunal Constitucional consideró que procedía otorgarle amparo, porque el Tribunal Supremo que le condenó por enaltecimiento del terrorismo, no había dado suficiente cumplimiento a la exigencia de valorar si los tweets del cantante constituían una legítima manifestación del ejercicio de la libertad de expresión. La sentencia insiste en que **un adecuado análisis constitucional previo a la aplicación del delito, tiene que analizar el contenido, la emisión y los efectos del mensaje, así como la dimensión institucional de la libertad de expresión**. En definitiva, **tiene que valorar la importancia de la contribución de los mensajes a la opinión pública**.

La **“Doctrina Strawberry” que obliga a ampliar el análisis sobre los delitos de expresión, ha sido acogida –no sin reticencias– por el propio Tribunal Supremo**. En su sentencia 675/2020 de 11 de diciembre sobre la condena por delito de odio a los grupos musicales “Batallón de Castigo” y “Más Que Palabras”, refiere que:

68 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4120

“ Al abordar esta cuestión es preciso hacer referencia al enfoque que, sobre el tratamiento del derecho fundamental a la libertad expresión, encontramos en la STC [sentencia] 35/2020, de 25 de febrero de 2020 [caso Strawberry], o en la STC [sentencia] 177/2015, de 22 de julio [caso Stern y Roures], porque, tratándose de delitos que pueden entrar en fricción con tal derecho, como se puede leer en esta última, “obliga entre otras consecuencias, “a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión”, pues su posición preferente impone “la necesidad de dejar un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad” (...) Está diciendo el TC que, al margen de las consideraciones que haga el órgano de enjuiciamiento atendiendo a las circunstancias del caso concreto sobre la eventual afectación del derecho fundamental, cuando examine el juicio de tipicidad, puede no ser suficiente por sí solo, sino que exige un examen preliminar “para entender completada en su integridad la **ponderación constitucionalmente necesaria con carácter previo al examen de la tipicidad**, en la medida en que no permite conocer cuáles han sido las bases sobre las que se puede concluir que la conducta del recurrente debía ser considerada como un ejercicio, sea o no extralimitado, del derecho a la libertad de expresión -con la consiguiente entrada en juego del principio de proporcionalidad en la restricción de un derecho fundamental- o debía ser excluida de este concepto. ”

VI

ESTRATEGIAS DE DEFENSA LEGAL FRENTE A LA CRIMINALIZACIÓN DE ACTIVISTAS MEDIANTE LOS DELITOS DE EXPRESIÓN

1 LA PEDAGOGÍA: EXPLICAR LA FUNCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, PARA LUEGO REIVINDICAR LA CONTRIBUCIÓN DE LAS EXPRESIONES DENUNCIADAS A LA MISMA

A/ La “dimensión institucional” o función democrática de la libertad de información y expresión

El derecho a la libertad de expresión e información siempre ha sido concebido y regulado como un derecho limitado, dado que deberán conciliarse con los diversos derechos en juego. En la búsqueda de ese equilibrio, caso a caso, **cuanto más contribuya el acto expresivo a la función democrática de debatir asuntos de interés general y fiscalizar los poderes públicos y privados, más se deberá respetar y proteger ese acto expresivo.**

Esta función democrática de la libertad de expresión ha sido denominada de “perro guardián” de la Democracia. Una sentencia referente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la del asunto Handyside contra el Reino Unido⁶⁹ de 1976 en la que se afirmó que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de las personas. La libertad de expresión no sólo protege las ideas bien acogidas y las consideradas como inofensivas, sino también aquellas que chocan, molestan o inquietan al Estado o a una parte de la población. Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no podría existir una sociedad democrática. En el Estado español, esta imprescindible función de contribución al pluralismo político y a la fiscalización de los poderes públicos y privados, ha sido denominada por el Tribunal Constitucional como “**dimensión institucional de la libertad de expresión e información.**”

“**Cuanto más contribuya el acto expresivo a la función democrática de debatir asuntos de interés general y fiscalizar los poderes públicos y privados, más se deberá respetar y proteger ese acto expresivo.**”

69 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22handyside%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57499%22%5D%7D>

B/ La progresiva admisión de la necesidad de ampliar los límites a la libertad de información y expresión en determinados ámbitos, por la trascendencia de su función social

1/ El periodismo

La jurisprudencia ha venido admitiendo que la función del periodismo, sobre todo el que se dedica a investigar las zonas más opacas de la sociedad, como la corrupción, el daño al medio ambiente, las afectaciones a la salud pública, el crimen organizado, la vigilancia por parte del Estado, los centros de privación de libertad, etc... debe gozar de un margen amplio de actuación, dada la dificultad de acceder y de probar las informaciones contenidas en sus reportajes. Los Tribunales han acuñado un concepto, el del **“reportaje neutral”, que se traduce en la obligación de los y las profesionales del sector de contrastar de manera suficiente las informaciones que publiquen. Esta obligación es de medios y no de resultado.** Ninguna periodista está obligada a poder demostrar el 100% de las informaciones que publica, pero sí a demostrar que ha realizado una labor suficiente de acuerdo con los códigos profesionales, para contrastar las mismas. **Esta obligación tendrá en consideración el nivel de dificultad de acceder a determinadas informaciones, el interés social y la relevancia pública de las informaciones y los medios técnicos de los que disponga el o la profesional.** Esta flexibilidad a la hora de rebajar la exigencia de demostrar lo que se publica, proviene del interés general en que ciertas informaciones lleguen a ver la luz, interés directamente conectado con la función propia del periodismo.

Una resolución que ejemplifica esa flexibilidad en la demostración de las informaciones que se publican, en pro del interés general de la noticia, es la del Auto de 7 de abril del 2008 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid, sección penal, que confirma el archivo de una querrela por injurias y calumnias contra el director del periódico digital “PR NOTICIAS.COM” por parte de los concejales del Ayuntamiento de Seseña, por una noticia sobre el cobro de comisiones por parte de éstos, de un empresario a quien se había adjudicado el desarrollo de un plan urbanístico. La sentencia del Tribunal Supremo Civil 92/2018 de 19 de febrero⁷⁰, que confirmó la licitud de un libro y un artículo críticos sobre un juez que estaba investigando un caso de corrupción urbanística en Mallorca, apeló a esa misma función denominada de “perro guardián” de la prensa y a la comprobación suficiente de la información que había sido publicada.

Esa ampliación de los márgenes que se otorga a la libertad de información y expresión para fomentar esa función, también se ha venido reconociendo al llamado **“periodismo ciudadano”**, como en la sentencia de la Gran Cámara del TEDH en el asunto Medzlis Islamske Zajednice Brcko y otros contra Bosnia Herzegovina de 27 de junio de 2017⁷¹ en la que se concede amparo frente a

70 <https://vlex.es/vid/704212909>

71 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-175180%22%5D%7D>

la condena por difamación de los miembros de 4 ONGs que remitieron una carta a las autoridades para poner en cuestión la idoneidad de un candidato a director de la radio multiétnica de su distrito.

2/ La denuncia de prácticas empresariales dañinas

La protección del medio ambiente o de los derechos de los y las consumidoras, dado que afectan a intereses colectivos, son otros de los ámbitos en los que los Tribunales **han concedido un mayor margen de maniobra a la hora de publicar informaciones y opiniones**. Un ejemplo es el de la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares, sección civil, 393/2005 de 22 de septiembre, que revocó la sentencia condenatoria de primera instancia por intromisión al honor, de un director de cine alemán afincado en Mallorca, que acudió a los medios de comunicación para criticar el desarrollo del proyecto de urbanización colindante a su finca, afirmando que no respetaba las ordenanzas municipales y hacía un llamado público a que no se compraran propiedades en esa urbanización. También en la jurisdicción civil, el Tribunal Supremo dictó la sentencia 7249/2011 de 7 de noviembre⁷², en la que se validaba la desestimación de la demanda de tutela del honor de una empresa contra un periódico que había realizado un reportaje en el que le atribuía el incremento de problemas de salud en la población de una localidad, debido a la contaminación del agua por la filtración de residuos de sus invernaderos de cultivo de fresas.

3/ La lucha sindical

El campo de la acción de defensa de los derechos laborales es otro espacio en los que tradicionalmente los Tribunales han concedido un margen más amplio a la libertad de información y expresión, por la función social que cumple. La sentencia del Tribunal Supremo 511/2016, de 20 de julio⁷³, confirmó la demanda por vulneración del derecho al honor de un empresario contra varias trabajadoras y su Sindicato, por la distribución de pasquines críticos con él en el pueblo en el que residía. El Tribunal no dio la razón a las trabajadoras y al Sindicato porque entendió que se habían extralimitado en su acción de protesta, dado que su acción de denuncia divulgativa había rebasado el espacio geográfico de trabajo. A pesar de no darles la razón en el caso concreto, el tribunal realiza un interesante análisis de la **conjunción entre la libertad sindical y la libertad de información y expresión**. El Tribunal avala la acción de denuncia de las trabajadoras de la residencia de ancianos, por la particular vulnerabilidad de las personas mayores y su dificultad para atraer la atención pública sobre las condiciones de la residencia, así como por el interés del público a ser informado sobre las deficiencias en la prestación de servicios públicos. Interés que está por encima de la reputación profesional del empresario y de la imagen corporativa de la empresa. La sentencia alerta del nocivo efecto desalentador que comporta la sanción de esas trabajadoras, para ellas y para el resto de profesionales del sector.

72 <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/90d3409c77f2a13f/20111122>

73 <https://vlex.es/vid/645934461>

El Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia 89/2018 de 6 de septiembre⁷⁴, analizó en profundidad los límites a la libertad de expresión en la acción sindical y otorgó amparo a un trabajador que había sido despedido por una acción sindical. Éste, miembro del comité de empresa, acudió al pleno del Ayuntamiento que contrataba la empresa de seguridad para la que trabajaba, exhibiendo carteles y camisetas que denunciaban la corrupción del Ayuntamiento por parte de la empresa y la connivencia de los cargos municipales, que estaban permitiendo sus precarias condiciones laborales. La sentencia refiere que el ejercicio de este derecho en el contexto de la acción sindical **alcanza su máxima protección cuando ésta se ejercita contra personas que desempeñan funciones públicas o están implicados en asuntos de relevancia pública**. Otra sentencia relevante es la del Tribunal Constitucional 146/2019, de 26 de noviembre⁷⁵ que otorgó amparo a un trabajador de una residencia geriátrica municipal, que quebrantó un acuerdo de confidencialidad del contrato de trabajo y denunció ante el Ayuntamiento que había subcontratado a la empresa que le empleaba, que ésta no estaba respetando las condiciones de trabajo, hasta el punto de poner en riesgo a las trabajadoras pero también a las personas mayores de la residencia.

4/ La libertad de cátedra

Un espacio menos conocido pero igualmente trascendente en el que la libertad de expresión e información también desarrolla una función relevante, es la de la docencia y la investigación, que tienen incluso un reconocimiento propio en la Constitución. Contrariamente a las consideraciones iniciales que ceñían esa libertad especial al ámbito universitario, se ha ido evolucionando hacia una concepción más amplia, que reconoce el **derecho de la academia a contribuir con sus conocimientos e hipótesis a la construcción de la democracia y de la sociedad plural**. En el asunto Mustafá Erdogan y otros contra Turquía de 2014⁷⁶, el Tribunal de Estrasburgo otorgó amparo a un profesor de derecho constitucional que fue condenado por difamación, por publicar un artículo de opinión jurídico crítico sobre la decisión del Tribunal Constitucional turco de disolver un partido político.

5/ La denuncia de las violencias de género

Un campo en el que todavía es prematuro afirmar que existe un margen más amplio de la libertad de expresión e información, es el de la acción de denuncia por parte de las propias víctimas/supervivientes de las violencias de género. Existen escasas resoluciones al respecto, pero puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo 13/2018 de 12 de enero⁷⁷, sección civil, en la que se avaló la inadmisión de la demanda de tutela del honor de un entrenador de gimnasia que fue denuncia-

74 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-13987

75 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-164

76 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Mustafa%20Erdogan%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-144129%22%5D%7D>

77 <https://vlex.es/vid/701245697>

do por parte de una serie de exalumnas en televisión, por unos abusos sexuales sucedidos en el pasado. La sentencia aludía a la necesidad de que la gravedad de esas conductas y las obligaciones legales de los Estados en virtud de los Convenios internacionales, justificaban la posibilidad de la denuncia pública, aunque no se pudiera desarrollar una investigación penal al estar los hechos prescritos y aunque las afirmaciones descansaran únicamente sobre el relato de las propias víctimas, relato verosímil y corroborado por algunos testigos. En un caso distinto, la sentencia del Tribunal Supremo 6714/2008 de 4 de diciembre⁷⁸ avaló la desestimación de una demanda civil de tutela del derecho al honor contra una cadena de televisión que entrevistó a una madre, que expuso la agresión sexual sufrida por su hija, sin identificar el nombre del autor ni añadir valoraciones innecesarias que atentaran contra el honor de éste. La veracidad de los hechos venía respaldada en parte por una resolución judicial, que no contradecía el relato de la madre. La reciente sentencia civil del Tribunal Supremo 207/2021 de 25 de enero⁷⁹, avaló que un periódico en versión papel y digital divulgara parte de la condena por maltrato familiar y detención ilegal con los datos del autor. El Tribunal priorizó el carácter noticiable de la condena y la veracidad de lo publicado.

La prevalencia de las violencias de género, junto con la elevada infra denuncia de las mismas y el hecho de que algunas de las mujeres que han hecho denuncia pública de las violencias padecidas, hayan tenido que enfrentar litigios por difamación, ha hecho reaccionar a las autoridades internacionales. La Relatora sobre la Libertad de Expresión e información de las Naciones Unidas, la OSCE y otras instituciones, en base al asesoramiento de la entidad internacional especialista en libertad de expresión Article 19, el 3/5/2022 aprobaron la **“Declaración conjunta sobre libertad de expresión y justicia de género”**⁸⁰. Esta Declaración es la primera que reafirma el vínculo indisoluble entre el ejercicio de la libertad de expresión e información por parte de las mujeres y la promoción de su derecho a la igualdad.

La Declaración advierte de la proliferación de demandas “frívolas” o vejatorias contra las mujeres para disuadirlas de participar en la vida pública, en el debate sobre cuestiones que les incumben, realizar críticas sobre la respuesta de las Administraciones para protegerlas o incluso disuadirlas de denunciar las violencias de género que enfrentan. La Declaración esgrime la **necesidad de que los límites a la libertad de expresión tengan en cuenta la cuestión del género**, a la hora de analizar los requisitos definidos por el Artículo 19(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles

“ Los Estados deben promulgar una legislación que disuada las SLAPP para intimidar o silenciar las mujeres y expulsarlas del debate público. ”

78 <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/1e3865b491f8c57c/20081230>

79 <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/51499d623ee12207/20210209>

80 <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/Gender-Joint-Declaration-Freedex.pdf>

y Políticos. Ésta, hace referencia expresa al hecho de que las mujeres que hagan denuncia pública de las violencias de género, no deben estar sujetas a persecuciones penales ni a demandas civiles por difamación. Los Estados deben asegurar que cuando las mujeres denuncien y debatan sobre las violencias de género que enfrentan, gocen de la máxima protección, ya que, de contrario, se dificultaría la erradicación de esas violencias. Los Estados deben promulgar una legislación que disuada las SLAPP para intimidar o silenciar a las mujeres y expulsarlas del debate público.

C/ La promoción de los Derechos Humanos

Hoy en día, se puede decir que **ha cuajado el entendimiento sobre la llamada dimensión institucional de la libertad de expresión**, que se ha conceptualizado como una contribución genérica a la Democracia. Pero el entendimiento de esta contribución, **aún no se ha consolidado en el ámbito de los Derechos Humanos**. Aún no ha arraigado una cultura jurídica que entienda e identifique cuándo un mensaje o expresión tiene la particular función, no sólo de ejercer crítica política, sino de promover los Derechos Humanos y velar por su protección.

A nivel internacional se ha venido trabajando en la conceptualización de un derecho autónomo a la defensa de los derechos humanos⁸¹, proceso que se inició con la llamada “*Declaración sobre Defensores*”⁸² de 1999 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. De la mano de ese derecho surge la **figura del y de la defensora de los Derechos Humanos**. La Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas refiere que lo que permite atribuir a una persona o grupo de personas la condición o estatus de defensor de derechos humanos, viene determinado por su actividad de promoción de derechos, independientemente de si es remunerada o no y de su adscripción formal a alguna organización. La existencia de esta figura y de los riesgos de criminalización que enfrentan, motivó que se creara la figura del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. En su Informe de 2019⁸³, el Relator Michael Forst, puso de relieve la **criminalización de sectores concretos**, como el periodismo o el activismo ambiental.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también han colaborado a consolidar la **“dimensión activista” de la libertad de información y expresión**. El Tribunal **progresivamente ha ido ampliando el reconocimiento de la “función de perro guardián” que tradicionalmente se había otorgado a los medios de comunicación, a otra tipología de actores colectivos**, entre los que se encuentran asociaciones de mujeres, entidades ambientalistas o asociaciones vecinales. Sin embargo, la ampliación de ese reconocimiento a actores colectivos, y sobre todo a personas activistas -las defensoras de los derechos humanos- todavía no ha arraigado en nuestra cultura

81 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35519.pdf>

82 https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf

83 <https://undocs.org/es/A/74/159>

jurídica. En general, los jueces y juezas sólo otorgan una consideración especial a las periodistas, pero no a otra tipología de comunicadoras como las abogadas, las académicas o las activistas. Otra problemática añadida es que el análisis que realiza la judicatura de los actos de expresión activistas no entiende que el lenguaje usado por estos, que es un **lenguaje “militante” y a veces provocador, debe ser analizado en su propio contexto**. Términos como “complicidad” o “boicot” son buen ejemplo de ello. La judicatura tampoco suele analizar esos actos de expresión **teniendo en cuenta la trayectoria personal o profesional previa de la persona emisora, en la defensa de los derechos humanos**.

La judicatura en general es refractaria a reconocer el valor y la contribución de los mensajes que provienen de determinados sectores más reivindicativos o activistas, sea porque no comparten esas ideas y el formato en el que se expresa, o porque el corporativismo de Estado la lleva a frenar las críticas contra las instituciones. También existe un **gran recelo hacia la “denuncia social”**. Los Tribunales son refractarios a la acción de denuncia directa, porque ésta se realiza al margen de los mecanismos judiciales de denuncia, a los que se presume que actúan en base a la ponderación de los derechos en juego y siguiendo unas normas procesales y unos estándares de prueba. Esa concepción es ajena a la evidencia que **determinadas situaciones reales y graves, como la tortura o las violencias de género, encuentran serias dificultades cuando** acuden al sistema judicial, que exige unos estándares de prueba que no siempre se pueden cumplir y que presenta sesgos a la hora de analizar los casos.

Esta **refractariedad al reconocimiento de la utilidad social y de la función de defensa del bien común por parte de quienes ejercen la “denuncia social”, ha dado un giro conceptual** desde la aprobación de la Directiva 2019/1937 sobre la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión⁸⁴. Esta Directiva crea la figura de la **persona alertadora “whistleblower”**, que aunque viene delimitada a las infracciones a escala de la Unión Europea, sí introduce la **idea clave de que el Derecho debe proteger a las personas que pueden llegar a transgredir la legalidad**, sea quebrantando pactos de confidencialidad o cometiendo delitos de revelación de secretos o de difamación, **con su acción de denuncia, que tiene por objetivo proteger el bien común**. Esta idea, **debería ser extrapolable a otras áreas**, como la denuncia de las vulneraciones de los derechos humanos que realizan los defensores de derechos humanos o activistas, por ser de una **importancia equivalente** a las infracciones contempladas en la Directiva.

84 <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>

2 EL SENTIDO COMÚN: LOS CRITERIOS INTERNACIONALES QUE CLARIFICAN QUÉ EXPRESIONES SON LÍCITAS

A/ El cuerpo legal internacional

A nivel internacional existe un cuerpo legal que regula la libertad de expresión, tanto en la vertiente de las **obligaciones positivas de los Estados para hacerla efectiva**, como en sus **obligaciones negativas, que acotan las restricciones a la misma que pueden articular los Estados**. Este cuerpo legal, viene conformado por diversos Convenios de diferentes ámbitos, que bien fijan obligaciones concretas de prohibición legal de determinados contenidos, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁸⁵ del 1969 o bien fijan y delimitan el derecho a la libertad de expresión, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1976⁸⁶.

Estos grandes Convenios a su vez tienen **Comités** que velan por su implementación y que han ido dictando **interpretaciones autorizadas** que han ido perfilado los derechos y las obligaciones que se regulan en ellos. Por ejemplo, la Recomendación de Política General número 35⁸⁷ de 2013 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, analiza “La lucha contra el discurso racista”. Posteriormente se han dictado otros Convenios sectoriales como la Convención sobre Ciberdelincuencia⁸⁸ (Convenio de Budapest) de 2001 que luego se desarrolló con su Protocolo Adicional⁸⁹ de 2015 relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos o la Decisión Marco 2008/913/JAI europea relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal, que obligan a penalizar ciertas expresiones.

Este cuerpo legal, viene complementado por una serie de informes y recomendaciones internacionales, como el Informe de la Comisión de Venecia de 2008⁹⁰ sobre la relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa; la Recomendación General número 35⁹¹ de 2012 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; la Observación General número 34⁹² de 2011 sobre Libertad de opinión y libertad de expresión regulada en el artículo 19 del PIDCP, del Comité de

85 <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>

86 <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

87 <https://www.refworld.org/es/category,REFERENCE,CERD,,,53f4596b4,0.html>

88 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221

89 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-793

90 [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)026-e)

91 https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html#GEN35

92 <https://www.refworld.org/es/category,REFERENCE,HRC,,,4ed34b942,0.html>

Derechos Humanos⁹³; la Recomendación General número 15⁹⁴ de 2015 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), el Informe del Relator de las Naciones Unidas sobre la libertad de expresión de 2011⁹⁵ sobre libertad de expresión en Internet y sobre la reglamentación del “discurso de odio” en línea de 2019⁹⁶, entre las más destacadas.

B/ El estrecho margen de los Estados para restringir la libertad de expresión

Diversos **organismos internacionales** han sentado una serie de **criterios orientativos para fijar las restricciones legítimas a la libertad de expresión**. La premisa de base de todos ellos es la consideración de que el derecho a la libertad de información y expresión **no es ilimitado, entraña deberes y responsabilidades, pero sí es preponderante sobre otros derechos**. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1976 creó un **dobles régimen**, que pervive hoy en día. Por un lado, el artículo 19.3 PIDCP, define las expresiones que pueden ser restringidas, con una serie de condiciones: que las restricciones sean fijadas por ley y sean necesarias para proteger el respeto de los derechos o la reputación de los demás; la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Por el otro lado, el artículo 20.2 PIDCP prohíbe sin excepción toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. La entidad Article 19 en su “*Manual de Discurso de Odio*” de 2015 distingue entre los discursos que deben prohibirse de forma obligatoria (los del Art. 20.2 PIDCP), los que pueden ser prohibidos según el criterio de cada Estado (los del Art. 19.3 PIDCP) y el resto de los discursos que a pesar de su intolerancia y de su toxicidad, deben tolerarse. En el mismo sentido restrictivo, el Comité de Derechos Humanos encargado de implementar e interpretar el PIDCP, ha subrayado reiteradamente que las restricciones a la libertad de información y expresión, incluso cuando estén justificadas, “no deberán llegar a poner en peligro el derecho en sí mismo”.

En abril del 2009 Article 19 acuñó sus “**Principios de Camden**” que han inspirado la tarea reguladora e interpretativa de todas las instituciones internacionales. Su Principio 2.2 refiere que las restricciones **deberán estar previstas por Ley, estar concisamente definidas para servir a un interés legítimo constitucional y ser necesarias en una sociedad democrática**, para proteger dicho interés. Este criterio restrictivo parte de la idea de que **la mejor manera de fomentar la libertad de expresión no es a base de restricciones, sino de crear un ambiente habilitante para que todos los sectores sociales puedan expresarse**. Las restricciones deberán aplicarse de manera equitativa en beneficio de todos los grupos protegidos y deberán tener en cuenta los patrones de vulnerabilidad preexistentes. Las restricciones deberán usarse para proteger individuos y grupos, no ideas, religiones o instituciones.

93 https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc

94 <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>

95 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1>

96 <https://www.undocs.org/es/A/74/486>

En su Principio 11, Article 19 establece que las únicas restricciones legítimas, serán las que sirvan para proteger los derechos o las reputaciones de otras personas, la seguridad nacional o el orden público, o la salud o la moralidad pública y ser necesarias en una sociedad democrática para proteger esos intereses. Por ello, las restricciones deberán a) **ser claras y estar estrechamente definidas** y que respondan a una necesidad social apremiante, b) **ser la medida menos lesiva para la libertad de expresión**, c) **no ser demasiado amplias, de manera que prohíban el discurso legítimo** y d) **ser proporcionadas**, en el sentido de que **el beneficio para el interés protegido, supere el daño causado a la libertad de expresión**.

En relación con el discurso de incitación al odio, el Principio 12 de Article 19 establece que “Todos los Estados deberán aprobar legislación que prohíba cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio). Los sistemas nacionales jurídicos deberán dejar en claro, ya sea explícitamente o mediante interpretación autorizada, que: a) los **términos ‘odio’ y ‘hostilidad’** se refieren a emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo, b) el **término ‘promoción’** se entenderá como requiriendo la intención de promover públicamente el odio contra el grupo objetivo, c) el **término ‘incitación’** se refiere a declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosas que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos y d) la promoción, por distintas comunidades, de un sentido positivo de identidad del grupo no constituye expresiones de odio.”

El Relator de las Naciones Unidas sobre la libertad de expresión, en su informe de 2019 antes aludido, menciona que cualquier limitación de la libertad de información y expresión debe cumplir **tres condiciones**:

1) Legalidad: la restricción debe estar establecida por leyes que sean precisas, públicas y transparentes; debe evitar proporcionar a las autoridades una discreción ilimitada, y se debe informar apropiadamente a aquellos cuyo discurso está siendo regulado. Las reglas deben estar sujetas a comentarios públicos y a un proceso legislativo o administrativo periódico. Las salvaguardias procesales, especialmente las garantizadas por tribunales independientes, deben proteger los derechos;

2) Legitimidad: la restricción debe estar justificada para proteger uno o más de los intereses especificados en el artículo 19.3 del PIDCP, es decir, para respetar los derechos o la reputación de los demás o para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas;

3) Necesidad y proporcionalidad: el Estado debe demostrar que la restricción es necesaria para proteger un interés legítimo y que es el medio menos restrictivo para lograr el objetivo perseguido. El Comité de los Derechos Humanos se ha referido a esas restricciones como “pruebas estrictas”, según las cuales las “restricciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente con la necesidad específica de la que dependen”.

La antes referida Observación General número 34 del Comité de los Derechos Humanos de 2011 refiere que **“Cuando un Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar de forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza.”**

C/ La prueba del algodón: los “test” sobre la licitud de los actos de expresión

Además de fijar las bases para que los Estados parte supieran qué restricciones se podían aplicar a la libertad de expresión, algunos organismos internacionales vieron la utilidad de concretar más. En 2013 el **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial** publicó su **Recomendación General número 35** que **contiene un “test”** que ayuda a delimitar cuándo una expresión es discurso de incitación al odio. Sus criterios pueden ser útiles para el análisis de cualquier expresión, y son:

- 1) El contenido y la forma del discurso:** si el discurso es o no provocativo y directo, la forma en que está construido y es difundido y el estilo en el que se expresa.
- 2) El clima económico, social y político,** incluida la existencia previa de discriminación contra grupos étnicos y otros grupos. **El peligro de un discurso dependerá del contexto.** El contexto local concreto será esencial para valorar la significación y los posibles efectos del discurso.
- 3) La posición o condición de la persona emisora** del discurso en la sociedad y ante el público al que se dirige el discurso. Los políticos y otros formadores de opinión pueden tener una gran influencia en la creación de un clima negativo respecto de determinados grupos. El Comité es consciente de la especial importancia de la libertad de expresión en los asuntos políticos, pero también del hecho de que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades especiales.
- 4) El alcance del discurso,** con inclusión del tipo de audiencia y los medios de transmisión: si el discurso se difundió o no en medios de comunicación generales o en Internet y la frecuencia y amplitud de la comunicación, en particular cuando la repetición sugiere la existencia de una estrategia deliberada para suscitar hostilidad hacia grupos étnicos y raciales.
- 5) Los objetivos del discurso:** el discurso encaminado a proteger o defender los derechos humanos de personas y grupos no debe ser objeto de sanciones penales o de otro tipo.

Un año antes, en 2012, un grupo de personas expertas de alto nivel en derechos humanos, reunido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, adoptó una serie de criterios de interpretación del artículo 20.2 del PIDCP que se denominaron el “Plan de Acción de Rabat”. Este documento, estableció una serie de definiciones clave y el denominado **“test de Rabat”** que establece los **criterios para analizar si un mensaje constituye discurso de incitación al**

odio. En base a ese trabajo, ese mismo 2012⁹⁷ el Relator de las Naciones Unidas sobre la Libertad de expresión emitió un Informe⁹⁸ en el que plasmó las siguientes **definiciones de términos clave**:

- 1)** El **“odio”** es un estado de ánimo que se caracteriza por emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión hacia el grupo al que van dirigidas;
- 2)** La **“apología”** es el apoyo y la promoción explícitos, intencionales, públicos y activos del odio hacia un grupo;
- 3)** La **“incitación”** se refiere a las declaraciones sobre un grupo nacional, racial o religioso que constituyen un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas pertenecientes a dicho grupo;
- 4)** Por **“discriminación”** se entiende toda distinción, exclusión o restricción por motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, nacionalidad, género, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, discapacidad, o por cualquier otra condición que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y en cualquier otra esfera de la vida pública;
- 5)** La **“hostilidad”** es una manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo. Como subrayó un experto en los seminarios regionales sobre la prohibición de la incitación, este concepto ha recibido escasa atención en la jurisprudencia y requiere más debates;
- 6)** La **“violencia”** es el uso de la fuerza física o del poder contra otra persona, o contra un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones;

El Relator también fijó su propio test, llamado **“test de 7 partes”** en base a los siguientes criterios:

- 1)** La **gravedad del odio**, que debería ser la forma más severa y sentida de oprobio, según una evaluación de la gravedad de lo expresado, el daño que se promueve, la magnitud y la intensidad en cuanto a frecuencia, elección del medio, alcance y magnitud;
- 2)** La **intención del autor** de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia;
- 3)** El **contenido o la forma del discurso**, incluidos la forma, el estilo, la naturaleza de los argumentos usados, su magnitud o intensidad, los antecedentes del autor y hasta qué punto el discurso es provocador o directo. La expresión artística debe considerarse en referencia a su valor artístico y contexto, dado que las personas pueden usar el arte para provocar emociones intensas pero sin la intención de incitar a la violencia, la discriminación o la hostilidad;

⁹⁷ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/101/51/PDF/G1310151>

⁹⁸ <https://undocs.org/es/A/67/357>

- 4) El alcance de la expresión**, en cuanto a su proyección y el tamaño de la audiencia;
- 5) La probabilidad de que se produzcan daños**. Si bien la incitación es por definición un acto preparatorio punible y las acciones propugnadas por la incitación no tienen que cometerse para que el discurso constituya delito, debe existir un gran riesgo de que resulte en daños;
- 6) La inminencia de los actos propugnados** por el discurso;
- 7) El contexto**, en el que se tiene en cuenta la persona oradora, la audiencia, el daño propugnado, la existencia de obstáculos para la difusión mediática, las restricciones amplias y poco claras sobre el contenido de lo que se puede publicar o difundir; la ausencia de críticas al Gobierno o de debates políticos de amplio alcance en los medios y otras formas de comunicación; y la ausencia de una condena social generalizada de las declaraciones de odio por motivos específicos tras su difusión.

El Relator añadió como criterios fundamentales para determinar si una expresión constituía incitación al odio: el peligro real e inminente de la violencia resultante de la expresión; la intención del autor de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia; y un examen cuidadoso por parte del poder judicial del contexto en el que se expresó el odio, habida cuenta que el derecho internacional prohíbe algunas formas de expresión por sus consecuencias, y no por su contenido, porque lo que es sumamente ofensivo para una comunidad puede no serlo en otra. En consecuencia, cualquier examen del contexto debe incluir varios factores, como la existencia de tensiones recurrentes entre comunidades religiosas o raciales, la discriminación del grupo de que se trate, el tono y el contenido del discurso, la persona incitadora y los medios usados para difundir el discurso. (...) Además, aunque los Estados están obligados a prohibir por ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia según el artículo 20.2 del PIDCP, no es obligatorio tipificarla como delito. El Relator subraya que **sólo los casos graves y extremos de incitación al odio, que traspasen el umbral del “test de siete partes” mencionado, deberían tipificarse como delito**.

Algunas resoluciones recientes, como el Auto de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona 755/2018 de 12 de diciembre, aludía a los criterios del Plan de Rabat y añadía un compendio sobre indicadores de “discursos peligroso” –término mucho más adecuado que el de odio– que se sintetizan en: a) un orador poderoso con un alto grado de influencia en el auditorio, b) un auditorio influenciado y vulnerable con sentimientos de agravio y miedo que el orador pueda explotar, c) un acto de habla que se interpreta con claridad como una llamada a la violencia, d) un contexto social o histórico propicio a la violencia y e) un medio de difusión influyente en sí mismo.

D / Especial referencia a la trascendencia de la intención de quien emite la expresión

En cuanto a la trascendencia del elemento intencional, respecto del delito de incitación al odio del artículo 510 CP, éste exige una motivación discriminatoria en su apartado 1 (incitación) pero no en su apartado 2 (denigración). La Circular de la Fiscalía de 2019 que interpreta estos delitos, menciona que no es necesario un ánimo específico para cometer estos delitos, sino que **basta con el**

dolo [intención] genérico, consistente en conocer los elementos del delito y actuar conforme a esa comprensión. Pero aunque se posicione de este modo la Fiscalía, la intención sí es un elemento relevante. Ejemplo de ello es el caso Strawberry aludido en anteriores apartados, que aunque se refiere a una condena por enaltecimiento del terrorismo, contiene argumentos aplicables al delito de incitación al odio.

El Tribunal Supremo en la sentencia condenatoria del cantante, llegó a afirmar que la intención con la que el cantante divulgó sus tweets era irrelevante. Ésta mencionaba que “La afirmación de que César Montaña no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 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”.

Posteriormente el Tribunal Constitucional en su **sentencia del Pleno 35/2020 enmendó este propósito y afirmó que la intención de la persona emisora era un aspecto indispensable a la hora de evaluar la trascendencia delictiva del mensaje.** Esta nueva sentencia, estableció que “La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental. Este Tribunal no desconoce los aspectos reprobables de los tuits formulados por el recurrente que se resaltan en las resoluciones recurridas en relación con la referencia al terrorismo como forma de acción política. Sin embargo, estima que el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos sin ponderar también el hecho de que los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que, en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político.”

En esta última sentencia, el Constitucional en realidad vino a admitir lo que había sido una constante en la regulación e interpretación internacional de los límites a la libertad de expresión: que la intencionalidad del autor es un elemento determinante. En el campo de la lucha contra el terrorismo, la Directiva 2017/541 supedita expresamente la penalización de las conductas de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, a que las mismas sean intencionales. En el campo del discurso de incitación al odio, la **Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28**

de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal enumera el listado de conductas que deben ser castigadas como delito por parte de los Estados parte, **todas ellas intencionales**.

E/ Especial referencia al contexto social y político en el que se divulgue la expresión

A la hora de evaluar cada caso concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la misma línea que los “test” acuñados por los organismos internacionales, examina el perfil de la persona emisora; la forma del acto de expresión; el nivel de explicitud del mismo y si contiene un llamado directo o no a la acción; el alcance de la divulgación y el contexto en el que se emite. El Tribunal otorga una **importancia mayúscula al contexto** y éste ha sido el factor que en muchas ocasiones ha decantado la balanza hacia la validación o no de una restricción a la libertad de expresión. Por “contexto” se entiende un **análisis amplio de la situación: el momento político en el que se divulga la expresión, la capacidad del colectivo atacado de contrarrestar el mensaje, el respaldo público de las instituciones a ese colectivo o el hecho de que existan tensiones previas o actos de discriminación reiterados hacia ese colectivo**.

En el asunto Mariya Alekhina y otras contra Rusia⁹⁹ de 2018, sobre la performance punk de las activistas rusas en la catedral de Moscú acusadas de incitación al odio religioso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos repasa diversos precedentes en los que el **contexto ha sido el factor decisivo en el análisis de la licitud del mensaje**. La sentencia refiere que “Uno de ellos ha sido si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso; la presencia de tales antecedentes ha llevado en general al Tribunal a aceptar que alguna forma de injerencia en tales declaraciones estaba justificada. Los ejemplos incluyen el clima tenso que rodeó los enfrentamientos armados entre el PKK (el Partido de los Trabajadores del Kurdistán, una organización armada ilegal) y las fuerzas de seguridad turcas en el sudeste de Turquía en los años ochenta y noventa; la atmósfera engendrada por los mortíferos disturbios en las cárceles de Turquía en diciembre de 2000; problemas relacionados con la integración de inmigrantes no europeos en Francia, especialmente musulmanes y las relaciones con las minorías nacionales en Lituania poco después del restablecimiento de su independencia en 1990. La importancia de ese contexto, como refiere la sentencia, reside en que según el mismo, el mensaje podría ser visto como un llamado directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia (...). En la evaluación de este punto el Tribunal ha sido particularmente sensible a las declaraciones radicales que ataquen a grupos étnicos, religiosos o de otro tipo o les arrojen una luz negativa. (...) El Tribunal también ha prestado atención en la forma de las declaraciones y su capacidad directa o indirecta de producir consecuencias nocivas. (...) En todos los casos anteriores, **fue la interacción entre los diversos factores involucrados, más que uno de ellos de forma aislada, lo que determinó el resultado del caso**. El enfoque del Tribunal en este tipo de casos se puede describir como altamente “contextual-específico.”

99 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-184666%22%5D%7D>

3

LOS CRITERIOS DE CIERRE: LA NECESIDAD DEMOCRÁTICA Y LA PROHIBICIÓN DEL CHILLING EFFECT

A/ La necesidad democrática apremiante o *pressing social need* del TEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido evolucionando en el fundamento en base al cual determina la licitud de un mensaje. Inicialmente depositaba todo el peso argumental en los criterios clásicos de la insuficiencia de la determinación por ley de la restricción; la falta de legitimidad del objetivo perseguido por la misma o la falta de proporcionalidad entre la restricción y ese objetivo de protección. Pero a la vista de las recurrentes restricciones indebidas por parte de Estados como Rusia o Turquía, el TEDH **ha empezado a primar un cuarto criterio, más político, que ha denominado “*pressing social need*”.** Este criterio, de necesidad social o democrática, **actúa a modo de balance o análisis de coste-beneficio colectivo, entre los derechos que se sacrifican con la restricción a la libertad de expresión y los que se logra proteger con su aplicación.** En más de una ocasión el Tribunal de Estrasburgo ha analizado una restricción a la libertad de expresión y ha admitido que la misma tenía cobertura legal, y podía incluso considerarse proporcionada, pero no estaba justificada en términos de consecución democrática o de promoción de derechos fundamentales.

En la reciente sentencia del asunto Sic-Sociedade Independente de Comunicaçao contra Portugal de 2021¹⁰⁰, el TEDH otorgó amparo a un medio de comunicación condenado en vía civil por difamación, por un reportaje televisivo sobre la investigación judicial de una red de abusos sexuales a menores, a la que vinculó –sin contrastar suficientemente– a un célebre político. El Tribunal admitió la cobertura legal de la restricción a la libertad de información del medio, pero expuso que el criterio determinante debía ser el de la necesidad democrática de la restricción. La sentencia refirió que “Si bien no es posible concluir que no hubo ningún daño al derecho de R.R. a una reputación y honor, el Tribunal encuentra difícil aceptar que el daño a la reputación de R.R. en el presente caso fuera de tal gravedad que justificara una indemnización de esa cuantía. Tal cantidad de compensación era alta en comparación con casos anteriores relacionados con Portugal que el Tribunal ha examinado. También **es capaz de desincentivar la participación de la prensa en debates sobre asuntos de legítima competencia pública y tiene un efecto paralizador en la libertad de expresión y de la prensa.** El Tribunal, por tanto, lo considera excesivo en las circunstancias del presente caso. Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Corte pueda concluir que la injerencia en el derecho a la libertad de la empresa solicitante de expresión era desproporcionada y no “necesaria en una sociedad democrática” en el sentido del artículo 10 de la Convención.”

100 [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-211572%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-211572%22]})

Este mismo criterio sirvió para que el TEDH otorgara amparo por vulneración de la libertad de expresión en el asunto Gachechiladze contra Georgia de 2021¹⁰¹, en el que una empresa fue sancionada con una multa administrativa por contravenir la religión y los valores nacionales debido a un anuncio sobre preservativos. En otro asunto de 2021, Yezhov y otros contra Rusia¹⁰², se otorgó amparo a unos manifestantes que accedieron a la sede del Ministerio de Sanidad, expulsaron a sus miembros y cometieron daños. El Tribunal consideró que la condena a prisión de los manifestantes venía motivada en gran parte por los lemas subversivos y contra el Gobierno que habían proclamado los manifestantes. La falta de análisis individual de la conducta de cada activista, junto con la represalia por el mensaje político de éstos, determinó su postura a favor de la libertad de expresión.

B / La prohibición del efecto disuasorio o *chilling effect* derivado de la restricción de la libertad de información y expresión mediante la sanción

En el Estado español la primera vez que el Tribunal Constitucional (TC) aludió al efecto disuasorio de las condenas penales en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, fue en la sentencia 136/1999, de 20 de julio, que otorgó amparo a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, condenados por colaboración con banda armada, por ceder su espacio electoral a la divulgación de mensajes de ETA. El Tribunal aludió a que “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**. La exigencia de proporcionalidad de la reacción penal, incluso respecto del ejercicio ilícito de las libertades de expresión e información, ha sido declarada no solo por este Tribunal, sino también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”

La posterior sentencia del TC 110/2000, de 5 de mayo, analizó de nuevo el **efecto disuasorio derivado de la sanción de actos de expresión mediante el derecho penal**. El Tribunal refirió que “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 expresión constitucionalmente protegida, 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”**. (...) Como ha señalado nuestra jurisprudencia, la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone “la necesidad de que se deje

101 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-211123%22%5D%7D>

102 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-210733%22%5D%7D>

un amplio espacio” es decir, un ámbito exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información, constituya un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial.”

El TEDH también ha reivindicado sostenidamente la **prohibición de que los Estados apliquen las restricciones legales a la libertad de expresión e información de manera que no se vacíe de contenido o se inhiba la misma debido al temor a sufrir represalias por los mensajes e ideas que se divulguen**. En la sentencia del asunto Rodríguez Ravelo contra España de 2016¹⁰³, el TEDH otorgó amparo al demandante, un abogado que en el ejercicio de la defensa de los intereses de su defendido, había realizado críticas a la actuación de la jueza del procedimiento civil en el que intervenía. Posteriormente, en el asunto Toranzo contra España de 2018, el TEDH lanzó un mensaje claro al Estado español sobre la criminalización de las críticas hacia los cuerpos policiales. La sentencia decía “es perfectamente legítimo para las instituciones del Estado, como garantes del orden público institucional, estar protegidos por las autoridades competentes, pero la posición dominante ocupada por estas instituciones obliga a las autoridades a actuar con moderación en el ejercicio de la acción penal. El Tribunal indica al respecto que el carácter y la gravedad de las penas impuestas son factores que también han de tenerse en cuenta al evaluar la “proporcionalidad” de la injerencia.” (...) “En opinión del Tribunal, la pena anterior puede provocar un “efecto paralizante” en el ejercicio de la libertad de expresión del demandante ya que puede haberle disuadido de criticar la actuación de la policía.”

Aterrizando a la jurisprudencia estatal, un aspecto interesante a tener en consideración es la línea interpretativa del Tribunal Constitucional iniciada en el 2018, que focaliza sobre el reconocimiento del ejercicio de la libertad de expresión a colectivos que tradicionalmente no han tenido voz. En la sentencia 6/2020 de 27 de enero¹⁰⁴, el TC otorgó amparo a un preso a quien la dirección del centro penitenciario había prohibido contactar con la prensa para divulgar su punto de vista sobre la realidad carcelaria. El Tribunal recalcó que **el derecho a la libertad de información y expresión es de doble sentido, del que la ejerce y de la colectividad que tiene derecho a saber y a acceder a la diversidad de informaciones e ideas**. El criterio decisivo fue el de si el mensaje contribuía al debate sobre cuestiones de interés general. En una sentencia posterior, la 18/2020 de 10 de febrero¹⁰⁵, el TC otorgó de nuevo amparo a otro preso que el centro penitenciario había sancionado por el contenido de las quejas sobre el funcionamiento del centro, que había remitido a las autoridades penitenciarias. El Tribunal siguiendo la idea del “**castigo al mensajero**”, subrayó el posible efecto disuasorio sobre el demandante y también sobre el resto de internos a la hora de hacer oír sus quejas sobre el sistema penitenciario. Una de las últimas sentencias en las que el Constitucional se ha pronunciado sobre cómo resolver

103 https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292427852931-Sentencia_RO-DRIGUEZ_RAVELO_c_Espa%C3%B1a.pdf

104 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-2933

105 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3343

la colisión entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la aplicación del derecho penal a los actos de expresión, con el consiguiente riesgo del efecto desaliento, es la sentencia del Pleno 133/2021, de 24 de junio¹⁰⁶ que deniega el amparo de los activistas del asunto “Aturem el Parlament” que fueron condenados por un delito contra las instituciones del Estado por su protesta de 2011 contra la aprobación de los recortes presupuestarios, alrededor del parque del Parlamento de Catalunya. La sentencia sintetiza los tres escenarios posibles:

1) Cuando la conducta (expresión) constituye un ejercicio regular del derecho fundamental a la libertad de expresión e información

En este caso, el Tribunal entiende que los delitos no pueden interpretarse y aplicarse contra los derechos fundamentales, y que una conducta no puede ser considerada delito y al mismo tiempo un ejercicio de derechos fundamentales. La legitimidad de la intervención penal en los casos en que la aplicación de un delito entre en colisión con el ejercicio de derechos fundamentales no viene determinada por los límites del ejercicio del derecho, sino por la delimitación de su contenido. Cuando un acto expresivo constituya, inequívocamente, un acto ajustado al ejercicio regular del derecho fundamental, por su contenido, finalidad o medios empleados a las posibilidades de actuación o resistencia que el derecho otorga, no resultará constitucionalmente legítima la imposición de una sanción penal, aunque el acto expresivo encaje en el delito. En resumen, **cuando un acto expresivo quede amparado por el ejercicio legítimo de un derecho, no puede ser considerado antijurídico, aunque encaje en un delito.**

2) Cuando la conducta (expresión) incurre en excesos en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión e información, pero no alcanza a “desnaturalizarlo o desfigurarlo”

En este caso, en que el acto expresivo se encuadre en el contenido y la finalidad del ejercicio del derecho fundamental, sin perjuicio de que los excesos comporten consecuencias jurídicas, se tendrá que valorar si la aplicación de la sanción penal, comportaría un sacrificio desproporcionado e innecesario del derecho fundamental que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio.

3) Cuando la conducta (expresión) queda excluida del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión e información

En este caso, la invocación del ejercicio del derecho fundamental es un mero pretexto para cometer actos antijurídicos a su amparo. La conducta será sancionable en la vía penal sólo cuando se esté

106 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-13017

frente a un ejercicio del derecho fundamental aparente. Se considerará como tal, cuando por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, se desnaturalice el ejercicio del derecho, de tal manera que se sitúe objetivamente al margen del contenido propio del mismo.

La sentencia del Pleno del Constitucional en el asunto “Aturem el Parlament”, contiene diversos votos particulares, los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón advertían en el suyo de que “Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos ha hecho especial énfasis en que cualquier injerencia en forma de intervención del sistema penal o de cualquier respuesta punitiva conlleva un efecto de disuasión sobre quienes resultan afectados por estas restricciones y sobre las personas que pudieran tener interés en ejercitar este derecho en el futuro –bien organizando, bien participando en reuniones similares–, con el empobrecimiento de un debate público abierto que ello supone. (...) Por esta razón, **nuestro análisis de la condena penal no debió detenerse en el carácter justificado o antijurídico de las conductas enjuiciadas, sino que debió analizar si concurren en ellas los elementos que conforman el delito tipificado por la ley y si, además, por su severidad, su aplicación produce o no un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad concernida o un efecto que, en otras muchas resoluciones anteriores, hemos calificado de disuasorio o desalentador** del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en las conductas sancionadas; **efecto que puede llevar a los ciudadanos a no ejercer plena y libremente sus derechos ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada.**” En octubre de 2020, el TEDH se pronunció sobre la primera demanda de amparo planteada por los manifestantes, denegándolo¹⁰⁷ por cuestiones formales. En junio de 2021, el TC se pronunció¹⁰⁸ sobre las dos otras demandas de amparo, que sin ningún motivo, habían quedado sin resolver, denegándolo. En la actualidad está pendiente su resolución definitiva ante instancias internacionales.

C/ Especial referencia al debate político: la necesidad de protección de un espacio de respiro o *breathing space*

Bajo la denominada prohibición del *chilling effect*, los organismos internacionales han hecho especial hincapié en la **prohibición de censurar los discursos críticos como los relativos a la religión, al Estado y sus representantes o a los hechos históricos**. El debate sobre la llamada “paradoja de la tolerancia” y sobre qué cantidad de intolerancia debe permitir una sociedad tolerante, es complejo. La libertad comunicativa no puede restringir su ámbito de protección a los mensajes socialmente inocuos. El TEDH en su sentencia del asunto Otegi Mondragón contra España de 2011, refirió que “el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática”, requieren que esta concepción se aplique no sólo a las “informaciones” o “ideas” acogi-

107 https://www.eldiario.es/catalunya/justicia-europea-tumba-primera-peticion-amparo-condenados-protesta-aturem-parlament_1_6311220.html

108 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-13017

das favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que hieren, chocan o inquietan.” El espacio de protección del discurso político deberá ser más amplio cuanto más se aproxime a la deliberación política en sentido estricto, como crítica ciudadana al poder o como debate público sobre opciones políticas. En un Estado democrático deben tolerarse los riesgos inherentes a la discusión política y permitirse un debate amplio, robusto y desinhibido.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Resolución 12/16 de 2009¹⁰⁹, alertaba de que **nunca deberían imponerse restricciones al debate político**, a la discusión sobre las políticas del gobierno, a la información sobre los derechos humanos, sobre la corrupción gubernamental, a la participación en campañas electorales, en manifestaciones pacíficas o en actividades políticas en pro de la paz y la democracia, así como la expresión de opiniones, discrepancias, ideas religiosas o creencias, por parte de los miembros de minorías o de grupos vulnerabilizados.

La **Observación General número 34 del Comité de Derechos Humanos (CDH) de 2011** refiere que “Como ya se ha señalado anteriormente en relación con el contenido de la expresión del pensamiento político, el Comité ha observado que, en el debate público sobre figuras políticas y de las instituciones públicas, a efectos del Pacto es sumamente importante que la expresión pueda tener lugar sin inhibiciones. Por lo tanto, el simple hecho de considerar que una declaración insulta a una figura pública no basta para justificar la imposición de sanciones, aunque las personalidades públicas también pueden beneficiarse de las disposiciones del Pacto. Además, todas las figuras públicas, incluso las que ejercen los cargos políticos de mayor importancia, como los Jefes de Estado o de Gobierno, pueden ser objeto legítimo de críticas y oposición política. En consecuencia, el Comité ha expresado su preocupación en relación con las leyes sobre cuestiones tales como la *lesa majestad*, el desacato, la falta de respeto por la autoridad, la falta de respeto por las banderas y los símbolos, la difamación del Jefe de Estado y la protección del honor de los funcionarios públicos. Las leyes no deben establecer penas más severas según quien sea la persona criticada. Los Estados partes no deben prohibir la crítica a las instituciones, como el ejército o la administración.”

En relación con la difamación, la Observación establece que “Las leyes sobre difamación deben redactarse con cuidado para asegurarse de que cumplan lo dispuesto en el párrafo 3 y no sirvan en la práctica para atentar contra la libertad de expresión. Todas las leyes de esta índole, y en particular las leyes penales relativas a la difamación deberían incluir medios de defensa tales como la prueba de la verdad y no aplicarse a las formas de expresión que, por su naturaleza, no estén sujetas a verificación. Al menos en lo que atañe a los comentarios sobre figuras públicas, habría que considerar la posibilidad de no sancionar las declaraciones que no fueran verídicas, pero se hubieran publicado por error y no con mala intención. Sea como fuere, un interés público en el objeto de las críticas debería poder alegarse como defensa. Los Estados parte deberían tener cuidado de no imponer sanciones excesivamente punitivas. Cuando procediera, los Estados parte deberían fijar

109 RES/12/16 Freedom of opinion and expression / RightDocs - Where human rights resolutions count (right-docs.org)

límites razonables al requisito de que el demandado reembolse las costas de la parte en cuyo favor se haya fallado en el juicio. Los Estados parte deberían considerar la posibilidad de despenalizar la difamación y, en todo caso, la normativa penal sólo debería aplicarse en los casos más graves, y la pena de prisión no es nunca adecuada. No es permisible que un Estado parte acuse a alguien por el delito de difamación, pero no lo someta luego a juicio en forma expedita; esa práctica tiene un efecto disuasivo que puede restringir indebidamente el ejercicio de la libertad de expresión.”

En el campo de la incitación al odio, la **Observación General número 35 de 2012 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)** refiere que “El Comité observa con preocupación que **en ocasiones se han utilizado restricciones amplias o vagas de la libertad de expresión en detrimento de grupos protegidos por la Convención.**” (...) “El Comité subraya que las medidas encaminadas a vigilar y combatir el discurso racista **no deben emplearse como pretexto para restringir las expresiones de protesta contra la injusticia, ni las de descontento social o de oposición.**” Por su parte la Recomendación de Política General número 15 de 2015 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI) también subraya la necesidad de velar “para que las restricciones a estas expresiones no se empleen para silenciar a las minorías ni para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas”. En su apartado nº 10 de las recomendaciones, refiere que los Estados deberán asegurarse de que “**la persecución penal de estos actos delictivos se emprende de forma no discriminatoria y no se emplea para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas**”, de hecho, sugiere incluso que en el redactado de la legislación se explicita esta prohibición. Su preocupación sobre el riesgo de que la prohibición del discurso de odio pueda ser desproporcionado y utilizado contra aquellos a quienes se intenta proteger, le lleva a recomendar que se creen directrices para los cuerpos policiales y la fiscalía en las que se señale este riesgo potencial y la **necesidad de que se examinen regularmente las diferentes aplicaciones según las características de los acusados.**

4 LA PROHIBICIÓN DE LAS PENAS DESPROPORCIONADAS EN CASO DE EXTRALIMITACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Una consecuencia inherente a la prohibición del *chilling effect* es el de la **evaluación del impacto de las sanciones** que se apliquen a las extralimitaciones en el ejercicio de la libertad de expresión. La necesidad de proporcionalidad de las sanciones y penas que se apliquen obedece a la **máxima democrática de que las normas deben generar más libertad de la que sacrifican.** El principio de proporcionalidad se configura como un criterio de racionalidad inherente al propio reconocimiento de los derechos fundamentales. Su contenido **no se limita a la relación entre medios y fines, sino que comprende una valoración de los beneficios y costes globales para el conjunto de la so-**

ciudad, derivados de la imposición de la pena, por mor del criterio de legitimidad democrática.¹¹⁰

La propia Constitución en su artículo 1.1 proclama la libertad y la justicia como valores superiores del ordenamiento jurídico; en su artículo 9.3 prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, en su artículo 15 prohíbe la penas y tratos inhumanos y degradantes ante la existencia de desproporción entre la pena y los fines que persigue y en su artículo 25.1 contiene el principio de legalidad que unido al artículo 1, permiten afirmar la existencia de una **vertiente material del mismo, como de legalidad democrática**.

La Recomendación de Política General número 15 de 2015 de la ECRI sobre el discurso de odio, dedica un apartado a la responsabilidad y a las sanciones. La premisa es que **el recurso a las sanciones penales debe ser excepcional y sólo es justificable en el caso de que no se pueda tratar eficazmente el discurso de odio con medidas menos restrictivas**. El objetivo de las sanciones es que **sean efectivas y disuasorias de futuras conductas**. Las sanciones deben reflejar las graves consecuencias del discurso de odio para la persona y el grupo y también para la cohesión social. En general, las penas de prisión y las multas cuantiosas no suelen ser consideradas compatibles con el derecho a la libertad de expresión. Este mismo criterio es el que sostiene el TEDH, el Tribunal es muy reacio a las condenas de prisión, si bien no niega que puedan justificarse en casos extremos y excepcionales. En el asunto Maurice contra Francia de 2006¹¹¹, refirió que **la severidad de la pena forma parte del análisis global de proporcionalidad de la restricción a la libertad de expresión**. En el asunto Fatullayev contra Azerbaiyán de 2010¹¹², alertó de que **el temor a una condena de prisión, bastaba para generar un efecto disuasorio**. En el asunto Belpietro contra Italia de 2013¹¹³, alegó que **la condena de prisión, aunque luego fuera dejada en suspenso, podía generar un efecto inhibitorio**.

Aterrizando las anteriores consideraciones a la legislación estatal, cabe decir que **en el delito de enaltecimiento del terrorismo, en el caso de las injurias y calumnias hechas con publicidad como en el delito de incitación al odio, las penas previstas en el Código Penal son de prisión**. En el delito de incitación al odio, si la expresión se divulga mediante redes sociales, la pena de prisión superaría los dos años, provocando que la persona, incluso sin contar con antecedentes penales previos, ingresara en prisión. Este marco penológico, se aparta claramente de los estándares internacionales, y difícilmente pasaría el filtro de proporcionalidad del Tribunal de Estrasburgo.

110 <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/514/569>

111 [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-75902%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-75902%22]})

112 [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:\[%2240984/07%22\],%22itemid%22:\[%22001-98401%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2240984/07%22],%22itemid%22:[%22001-98401%22]})

113 [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-126450%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-126450%22]})

VII

CONCLUSIONES

El derecho a la libertad de expresión y de información, como todos los derechos, viene condicionado por un pulso constante entre quienes lo ejercen y los poderes fácticos, públicos y privados, que pretenden restringirlo.

La acción discursiva crítica de la sociedad civil está enfrentando retos mayúsculos en la era de internet, en la que la libertad de expresión e información tiene que interpretarse a la luz de un contexto tan particular como es el de las redes sociales y en el que el sector privado está teniendo un poder enorme a la hora de decidir qué mensajes y discursos circulan.

En el terreno legal, la litigación abusiva es otra de las tendencias que amenaza gravemente la libertad de expresión e información. La interpretación de los delitos de expresión debería partir de una perspectiva de derechos y democrática, comprender la función esencial de este derecho para la Democracia y adaptarse a la realidad social del tiempo. Los Juzgados y Tribunales deben cumplir su función de tutela de este derecho e interpretar los procesos civiles por difamación y los delitos de enaltecimiento del terrorismo, de incitación al odio y de injurias y calumnias de manera que no sean usados para disuadir la participación política de la sociedad civil. La función de la abogacía comprometida con los derechos humanos y la transformación social, parece ser la fórmula más efectiva para seguir contribuyendo a la preservación de un derecho clave para la salud democrática.

NOVACT
Noviolència
Nonviolence
اللاعنف