

# Expresiones, prohibiciones y penas \*

Sergi Cardenal Montraveta

*Universidad de Barcelona*

---

CARDENAL MONTRAVETA, SERGI. Expresiones, prohibiciones y penas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2022, núm. 24-13, pp. 1-27.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-13.pdf>

RESUMEN: En la primera parte de este trabajo se estudian los criterios generales para determinar si una opinión está amparada por el derecho a la libertad de expresión y la exigencia de que también el castigo de las expresiones prohibidas respete el principio de proporcionalidad. En la segunda parte, se analizan algunas sentencias recientes del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que abordan aquellas cuestiones.

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión, principio de proporcionalidad, delitos de expresión.

TITLE: **Expressions, prohibitions and penalties**

ABSTRACT: The first part of this paper examines the general criteria for determining whether an expressed opinion is protected by the right to freedom of speech and the requirement that also the punishment for prohibited expressions should respect the principle of proportionality. The second part analyses some recent judgments of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights that address these issues.

KEYWORDS: freedom of speech, principle of proportionality, speech crimes.

Fecha de recepción: 15 enero 2022

Fecha de publicación en RECPC: 21 abril 2022

Contacto: [cardenal@ub.edu](mailto:cardenal@ub.edu)

---

*SUMARIO: I. Aproximación al fundamento y los límites del derecho a la libertad de expresión. II. La proporcionalidad del recurso al derecho penal. III. Comentario de algunas decisiones judiciales controvertidas. IV. Conclusiones. Bibliografía.*

---

\* Este trabajo es parte del proyecto de I+D+i DER 2017-85334-P, financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y FEDER “Una manera de hacer Europa”

## I. Aproximación al fundamento y los límites del derecho a la libertad de expresión

1. El art. 20 CE reconoce el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones. El fundamento de este derecho radica en que es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, sobre todo, en el significado institucional que adquiere cuando la expresión contribuye al debate público sobre temas de interés general<sup>1</sup>. El Ordenamiento jurídico valora positivamente ese intercambio de ideas y las discrepancias que frecuentemente genera o pone de relieve, porque mejoran las condiciones para elegir entre las distintas alternativas y no suele exigir ni comportar una lesión o puesta en peligro significativa de bienes jurídicos. Pero, con una intensidad mayor o menor, de forma necesaria o gratuita, la libertad de expresión también puede tener esa dimensión negativa. Su presencia no bastará para que la correspondiente expresión se considere ilícita. Pero obliga a revisar aquella valoración positiva, porque el derecho a la libertad de expresión no es absoluto. En principio, sólo permite expresarse sin lesionar o poner en peligro otros bienes jurídicos de forma innecesaria o desproporcionadamente grave, y exige que la respuesta a las expresiones ilícitas también respete el principio de proporcionalidad.

El análisis sobre si una expresión que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos es o no antijurídica debe partir de la respuesta a la pregunta sobre si, además de ser idónea, tal expresión es o no necesaria para manifestar el correspondiente pensamiento, idea u opinión. Ya hemos dicho que una respuesta positiva no siempre bastará para afirmar la licitud de la expresión, ni siquiera cuando la opinión expresada contribuye al debate sobre temas de interés general. Por otra parte, el solo hecho de que la correspondiente expresión sea innecesaria para expresar la opinión personal tampoco es siempre suficiente para considerarla ilícita. Hay que valorar también las consecuencias que ello comportaría. La prohibición de expresiones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de forma innecesaria dependerá de su peligrosidad o lesividad y de si esos excesos se consideran o no justificados atendiendo al libre desarrollo de la personalidad y a su contribución al debate público sobre temas de interés general. Debe tenerse también en cuenta el interés en evitar el efecto desaliento de expresiones lícitas, derivado de las consecuencias jurídicas asociadas a las expresiones ilícitas y del carácter difuso de los límites de la libertad de expresión. Además, puede aceptarse una cierta dosis de exageración o provocación en las expresiones cuando ello favorece la difusión pública de opiniones sobre cuestiones de interés general y no se genera un riesgo significativo de comportamientos violentos

<sup>1</sup> En este sentido, se afirma, p. ej., en la STEDH de 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera c. España) (ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815): “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 cada uno” (§ 30). Ver también, p. ej., SSTC 192/2020, de 17 dic. (ECLI:ES:TC:2020:192), FJ 3a, 177/2015, de 22 jul. (ECLI:ES:TC:2015:177), FJ 2 y 112/2016, de 20 jun. (ECLI:ES:TC:2016:112), FJ 2. En la doctrina, ver, por todos, ALCÁCER GUIRARO, 2020, pp. 85 y ss.

o discriminatorios o, de otro modo, se lesionan o ponen gravemente en peligro bienes jurídicos.

2. Las ideas que acabamos de exponer explican que, al mismo tiempo que se afirma que la libertad de expresión permite manifestar opiniones o ideas que hieren, ofenden o inoportunan —y no sólo las acogidas favorablemente, consideradas inofensivas o que resultan indiferentes— porque así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura propio de las sociedades democráticas<sup>2</sup>, se reconoce acto seguido que la libertad de expresión no es un derecho absoluto e ilimitado. En este sentido, se dice, p. ej., en la STC 177/2015, de 22 jul. (ECLI:ES:TC:2015:177), FJ 2c: “cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional”, y se reitera que “el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto” y “quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas»”. A su vez, la STC 112/2016, de 20 jun. (ECLI:ES:TC:2016:112), recuerda que “ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es «dilucidar si los hechos acaecidos son expresiones de una opción política legítima, que pudiera estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando al odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia»”. Y reitera lo dicho en la STC 136/1999, de 20 jul. (ECLI:ES:TC:1999:136), en el sentido de que “no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni

<sup>2</sup> Así, p. ej. STEDH de 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera c. España) (ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815) §§ 30 y 39. En la misma dirección, se dice, p. ej., en la STC 177/2015, de 22 jul. (ECLI:ES:TC:2015:177), FJ 2b: “la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (STEDH caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997, § 49). En fin, en esta última Sentencia hemos recordado también que en nuestro sistema «no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución ... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas». [...] En ese contexto, tanto este Tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en el significado central del discurso político desde el ámbito de protección de los arts. 20 CE y 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político”.

se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre”. Esta doctrina del Tribunal Constitucional debe entenderse de manera que resulte compatible con la interpretación del derecho a la libertad de expresión que mantiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Esta última es, seguramente, más generosa con ese derecho cuando se trata de opiniones sobre temas de interés general que no incitan a la violencia ni son una manifestación del discurso del odio basado en la intolerancia y en el rechazo a la igual dignidad de todos los seres humanos y, también, cuando se trata de identificar estos supuestos para justificar, así, la antijuricidad de una expresión. En cualquier caso, lo que el TEDH parece más reticente a admitir que la expresión de tales opiniones pueda llegar a considerarse penalmente relevante<sup>3</sup>. Las recientes STEDH de 9 de marzo de 2021 (Benítez Moriana e Iñigo Fernández c. España) (ECLI:CE:ECHR:2021:0309JUD003653715) y STEDH de 22 de junio de 2021 (Erkizia Almandoz c. España) (ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD000586917) son dos nuevos ejemplos de lo que se acaba de decir.

3. Los arts. 20.4 CE y 10 CEDH reconocen expresamente que el legislador puede limitar el derecho a la libertad de expresión. Además, puede asociar una pena a las expresiones que considere ilícitas. Pero debe respetar determinados límites, derivados, fundamentalmente, de lo que se considere su contenido esencial (art. 53.1 CE), y de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad<sup>4</sup>. Este último remite, por un lado, a la valoración de la correspondiente *expresión* atendiendo: a) a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que puede comportar; y b) al desarrollo de la personalidad de su autor y, en su caso, al intercambio de ideas (con una difusión mayor o menor) sobre temas de interés general o a la salvaguarda de otros intereses que pueden verse amenazados. Por otro lado, remite a la valoración de las ventajas (protección de bienes jurídicos) e inconvenientes de la *prohibición* de una determinada expresión, incluido el posible efecto desaliento.

4. Como apuntábamos antes, los límites del lícito ejercicio del derecho a la libertad de expresión deben trazarse partiendo de la valoración sobre la necesidad de la correspondiente lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos para manifestar un pensamiento, idea u opinión. Esa lesión o puesta en peligro no siempre es gratuita. Pero lo que quiero destacar ahora es que, en un Estado social y democrático de Derecho, no es fácil justificar la prohibición de expresiones *necesarias* para manifestar la opinión personal sobre *temas de interés general*, especialmente cuando se trata de estados que —como el nuestro— niegan ser una “democracia militante”<sup>5</sup>. Para justificar la prohibición no puede bastar la constatación de que la expresión lesiona la dignidad

<sup>3</sup> Ver, p. ej., CUERDA ARNAU, 2013, pp. 221 y ss.

<sup>4</sup> En relación con las distintas propuestas sobre la forma de abordar la delimitación del derecho a la libertad de expresión, ver, por todos, ALCÁCER GUIRARO, 2020, pp. 163 y ss.

<sup>5</sup> Ver ALCÁCER GUIRARO, 2012, p. 8.

o el honor de una determinada persona. Sin negar la importancia de los intereses que el discurso del odio amenaza (como mínimo, la dignidad y pretensión de igualdad del colectivo contra el que se dirige), tampoco basta la remisión a un concepto tan ambiguo o al contenido discriminatorio de las expresiones que cuestionan o, incluso, rechazan abiertamente la igual dignidad de todos los seres humanos. Para justificar su prohibición debe partirse de la exigencia de que, además, la expresión injuriosa, discriminatoria o intolerante genere un peligro claro e inminente de conductas violentas u otras que amenacen la seguridad de los miembros de los colectivos cuya discriminación se fomenta<sup>6</sup>. En estos casos nadie discute que, por su gravedad, la prevención de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos es más importante que el libre desarrollo de la personalidad, el debate público sobre temas de interés general y la prevención del efecto desaliento. El debate público deberá esperar a que pueda realizarse en mejores circunstancias.

Afortunadamente, las expresiones necesarias para manifestar la opinión personal sobre temas de interés general no suelen crear aquel peligro y el que puedan generar representa normalmente un mal más leve que el que ocasionaría limitar la libertad de expresión. Pero, al valorar la peligrosidad o lesividad de una expresión, el legislador, la jurisprudencia, la Fiscalía General del Estado y un sector de la doctrina sobreevalúan a menudo su *contenido*, en perjuicio de una adecuada valoración de las *circunstancias* en las que se produce —incluidas las de la persona o personas cuyos bienes jurídicos se consideran lesionados o amenazados— y de la relevancia que, al delimitar el discurso del odio, debe darse al hecho de que la expresión tenga un significado discriminatorio referido a todo un *colectivo* y de que se trate de un grupo *especialmente vulnerable*. De forma inadmisiblemente, se incluyen así en el discurso del odio prohibido expresiones desvinculadas de la discriminación de grupos especialmente vulnerables y/o de escasa peligrosidad, y lo mismo sucede en relación con

<sup>6</sup> No es esta la doctrina del TEDH ni la del TC español, que incluye (las modalidades más graves de) el discurso del odio entre los límites a la libertad de expresión. Ver, p. ej., ALCÁCER GUIRARO, 2020, pp. 35 y ss., especialmente, pp. 42 y ss., destacando las diferencias entre la aproximación europea a los límites de la libertad de expresión y la aproximación de la jurisprudencia americana, que también analiza en ÍDEM, 2015, pp. 45-86. Ver también ROIG TORRES, 2020, *passim*; LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2010, pp. 69-78; LANDA GOROSTIZA, 2018, pp. 21 y ss. Comparto la tesis de ALCÁCER GUIRARO cuando afirma (2020, pp. 203-204): “tomarse en serio la relevancia de la libre expresión política exige incluir el discurso del odio en el contenido *prima facie* protegido del derecho (...). Con ello no se pretende sostener, ciertamente, que el discurso racista o xenófobo deba situarse en el núcleo protegido de la libertad de expresión; pero sí que los contornos del ejercicio protegido del derecho deben construirse tomando en cuenta el peso que en el esquema constitucional ha de ostentar el discurso público, y el estatus preferente que, como bien público esencial en democracia, debe asignársele. Creo que este crucial elemento definitorio del derecho fundamental aparece infravalorado en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sobre el discurso del odio, en las que, ignorando ese fundamental criterio de enjuiciamiento, se despoja *a priori* (ya en la delimitación de lo protegido) al discurso racista o discriminatorio de toda relevancia pública como expresión siquiera *prima facie* protegida”. Ver también URÍAS MARTÍNEZ, 2021, pp. 271-301; ÍDEM, 2017, pp. 35-63; ALCÁCER GUIRARO, 2012, pp. 1-31.

otras “apologías débiles”<sup>7</sup>. Además, sin estar justificado se otorga a veces a expresiones que suponen (sólo) un ataque a la dignidad de un colectivo especialmente vulnerable (o merecedor de especial protección por otras razones) el mismo tratamiento que a expresiones que sí suponen una peligrosa incitación a comportamientos violentos o delictivos. Y mientras que en el debate sobre los límites de la libertad de expresión —que debería favorecer su ejercicio cuando no comporta la lesión gratuita de otros intereses o así lo justifica el intercambio de ideas, la prevención del efecto desaliento y la difusión de la correspondiente opinión— se sobrevalora a menudo el contenido de las expresiones, la lesividad del discurso discriminatorio y el riesgo que genera para la seguridad del colectivo contra el que se dirige la intolerancia, por otra parte, se infravalora a menudo la lesividad de expresiones que no atentan contra la dignidad de todo un colectivo (injurias y calumnias dirigidas contra una única persona), y no sólo en el ámbito de la comunicación y el debate sobre asuntos ajenos al interés general<sup>8</sup>.

5. Más allá de los supuestos en los que el discurso discriminatorio e intolerante genere un riesgo claro e inminente para la seguridad de los miembros del correspondiente colectivo, el “espacio natural” de las expresiones ilícitas es el de aquellas que, de forma *innecesaria* para manifestar la opinión personal, lesionan o ponen en peligro intereses dignos de protección por el Ordenamiento jurídico (o agravan innecesariamente la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que sí era necesaria), especialmente cuando ello no incrementa de forma significativa su difusión y con independencia de si la opinión versa o no sobre un tema de interés general, aunque esto no es en absoluto irrelevante.

Ya hemos dicho que el solo hecho de que la correspondiente expresión lesione o ponga en peligro bienes jurídicos y sea innecesaria para manifestar la opinión personal es insuficiente para considerarla ilícita. Debe valorarse si la forma en la que se expresa la opinión personal incrementa su difusión y, también, el efecto desaliento que generan la prohibición, sus consecuencias y el carácter difuso de los límites de la libertad de expresión. Porque los inconvenientes de prohibir las expresiones innecesarias pueden superar las ventajas asociadas a la protección de los bienes jurídicos amenazados o lesionados de forma innecesaria, sobre todo cuando no es significativa

<sup>7</sup> Lo destacan, p. ej., ALCÁCER GUIRARO, 2020, pp. 172 y ss.; ÍDEM, 2018, pp. 16 y ss., donde alude a la hipertrofiada lesividad del discurso del odio; CABELLOS ESPIÉRREZ, 2020, pp. 30-49; CORRECHER MIRA, 2021; TERUEL LOZANO, 2017, pp. 1-20; ÍDEM, 2021, pp. 411-424. Ver también, GÓMEZ MARTÍN, 2019a, pp. 91 y ss.; ÍDEM, 2019b, pp. 411-449; CANCIO / LÓPEZ, 2019; MIRÓ LLINARES, 2018, pp. 1433-1445; FUENTES OSORIO, 2017; LANDA GOROSTIZA, 2020, 1-24; RAMÍREZ ORTIZ, 2019, pp. 165-226; GALÁN MUÑOZ, 2018, pp. 245-304. En la jurisprudencia, destacando la importancia del contexto en el que se enmarcan las expresiones, ver STS 95/2018, de 26 feb. (ECLI:ES:TS:2018:493) y STC 35/2020, de 25 feb. (ECLI:ES:TC:2020:35) Ver también STEDH de 22 de junio 2021 (Erkizia Almandoz c. España) (ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD000586917) § 40

<sup>8</sup> Destacando acertadamente la actual desprotección del honor frente a la expresión no política, ver LASCURARÍN SÁNCHEZ, 2021, pp. 25-27; ÍDEM, 2017, pp. 119-134.

la gravedad del riesgo o de la lesión de bienes jurídicos que esas expresiones innecesarias comportan. Analizar la relevancia penal y la propia licitud de una expresión atendiendo exclusivamente a su lesividad y a su necesidad para contribuir al debate sobre cuestiones de interés general, sin valorar también el efecto desaliento de la prohibición y de sus consecuencias, así como la posibilidad de permitir los excesos que benefician la difusión del mensaje crítico, supone ignorar lo dicho al respecto por la mejor doctrina y la jurisprudencia, especialmente la que procede del TEDH.

En la medida en que el efecto desaliento depende de la gravedad de las consecuencias asociadas a las expresiones ilícitas y de la dificultad para trazar los límites del lícito ejercicio del derecho a la libertad de expresión, deberá tenerse en cuenta, junto con la propia gravedad de la pena, al delimitar los tipos penales. Pero, además de poder contribuir a justificar la irrelevancia penal de una expresión, la prevención del efecto desaliento debe valorarse también al considerar la posibilidad de que se consideren lícitas expresiones innecesarias de escasa lesividad<sup>9</sup>. Podría pensarse que ello supone dar una importancia excesiva a la prevención del efecto desaliento, como seguramente es también excesivo afirmar que las expresiones que son innecesariamente ofensivas, pero contribuyen al debate público sobre temas de interés general, deben considerarse lícitas cuando no constituyen discurso del odio ni incitan a la violencia, permitiéndose así, en estos casos, “una libertad periodística, que incluye también el posible recurso a una cierta dosis de exageración, más aun, de provocación”, o “cierta dosis de provocación permitida”, que favorece de forma significativa la difusión de tales expresiones<sup>10</sup>. Me parece que, en principio, ni el interés en prevenir el efecto desaliento, ni el hecho de que aquellos excesos puedan contribuir a la difusión de una opinión deberían poder llegar a justificar que se considere *lícita* una expresión que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos *innecesariamente*, sin perjuicio de que tales circunstancias se tengan en cuenta al determinar si esa expresión es típica (*penalmente relevante*) y la *gravedad de la pena* que se impone a quien así manifiesta su opinión. Con carácter general, el incremento de la difusión de ideas sobre temas de interés general y la prevención del efecto desaliento no bastan para justificar la licitud de las expresiones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de forma innecesaria. El mero hecho de que la expresión innecesaria incremente

<sup>9</sup> Ver, por todos, CUERDA ARNAU, 2007, pp. 1-43; ALCÁCER GUIRARO, 2020, pp. 202 y ss.; LASCUARAÍN SÁNCHEZ, 2017, pp. 126-129; COLOMER BEA, 2019, pp. 97-116.

<sup>10</sup> Esta es, p. ej., la posición del TEDH en su sentencia de 13 de marzo 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera c. España) (ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815) § 38, en la sentencia de 14 junio 2016 (Jiménez Losantos c. España) (ECLI:CE:ECHR:2016:0614JUD005342110) § 35, y en la sentencia de 15 de marzo de 2011 (Otegi Mondragón c. España) (ECLI:CE:ECHR:2011:0315JUD000203407); una posición menos permisiva mantiene el TEDH en la sentencia de 12 septiembre 2011 (Palomo Sánchez y otros c. España) (ECLI:CE:ECHR:2011:0912JUD002895506) y en la sentencia de 17 julio 2018 (Mariya Alekhina y otras c. Rusia) (ECLI:CE:ECHR:2018:0717JUD003800412). Ver FERNÁNDEZ BAUTISTA, 2012, pp. 162-165, 172-175, destacando que “[e]n la jurisprudencia europea el nivel de protección de la libertad de expresión (en sentido estricto) aparece vinculado al grado de interés general en el que se enmarcan los contenidos transmitidos”.

la difusión de la opinión sobre un tema de interés general y no pueda considerarse discurso del odio ni suponga una incitación a la violencia, es insuficiente para justificar su licitud. Salvo en casos excepcionales, el incremento de la difusión de tales opiniones no excluye su antijuricidad y sólo se tendrá en cuenta al determinar las consecuencias de la expresión ilícita. Sobre todo cuando también existen formas alternativas y menos lesivas de incrementar la difusión del mensaje.

## II. La proporcionalidad del recurso al derecho penal

6. La ilicitud de una expresión es requisito *sine qua non* para poder asociar a ella un castigo. Pero el derecho a la libertad de expresión no permite asociar cualquier castigo a las expresiones ilícitas. Sólo podrán considerarse penalmente relevantes cuando ello respete el principio de proporcionalidad y, además, el derecho a la libertad de expresión exige que la gravedad de las penas guarde proporción con la gravedad del injusto de las expresiones delictivas<sup>11</sup>. El castigo desproporcionado de expresiones ilícitas no determina que pasen a ser lícitas, pero infringe el derecho a la libertad de expresión.

7. En la jurisprudencia española frecuentemente se omite analizar con la atención que merece si el recurso al derecho penal y la pena impuesta a las expresiones ilícitas respetan el principio de proporcionalidad<sup>12</sup>. Tal omisión contrasta poderosamente con la jurisprudencia del TEDH, que sí destaca la necesidad de valorar la gravedad de la pena impuesta al examinar si la injerencia en la libertad de expresión respeta el art. 10 CEDH. En este sentido, al analizar la condena a una pena de prisión y al pago

<sup>11</sup> Como recuerdan otras resoluciones posteriores, ya en la STC 110/2000, de 4 may. (ECLI:ES:TC:2000:110), se decía que ni el juez al aplicar la norma penal, ni el legislador al definirla pueden “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal”.

<sup>12</sup> Ver, p. ej., ALCÁCER GUIRAO, 2020, pp. 204 y ss.; ÍDEM, 2018, pp. 23 y ss.; LASCUARAÍN SÁNCHEZ, 2017, pp. 129-130; TERUEL LOZANO, 2021, pp. 435 y ss. Ver también, p. ej., STC 142/2020, de 19 oct. (ECLI:ES:TC:2020:142) (declara la vulneración del derecho a la defensa jurídica en relación con el derecho a la libertad de expresión y anula la condena por un delito de injurias impuesta al abogado que pronunció expresiones vejatorias innecesarias); STC 93/2021, de 10 may. (ECLI:ES:TC:2021:93) (destaca la naturaleza civil de la condena por vulneración del derecho al honor); STC (Pleno) 170/2021, de 7 oct. (ECLI:ES:TC:2021:170), FJ 8 (rechaza que la condena de Artur Mas por un delito de desobediencia vulnere el derecho a participar en asuntos públicos o los derechos a la libertad ideológica, de expresión o de reunión); STC (Pleno) 184/2021, de 28 oct. (ECLI:ES:TC:2021:184), FJ 12.3.4.2.b)(iv); esta sentencia niega que la condena de C. Forcadell vulnere las libertades de reunión, expresión e ideológica y que la pena impuesta pueda considerarse desproporcionada; el Tribunal afirma: “debe descartarse que la severidad de la pena impuesta genere un efecto desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales invocados por la demandante que la descalifique como desproporcionada. Aun cuando los sucesos presentan aspectos que guardan relación con el derecho de reunión y manifestación, la libertad de expresión, la libertad ideológica y el derecho de representación política, la conducta de la demandante desencadenante de su responsabilidad penal no presenta la proximidad o vecindad con el pleno ejercicio del derecho precisa para apreciar el riesgo del alegado efecto deincentivador”. Ver, así mismo, los votos particulares a las SSTC 177/2015, de 22 jul. (ECLI:ES:TC:2015:177); 190/2020, de 15 dic. (ECLI:ES:TC:2020:190), y 192/2020, de 17 dic. (ECLI:ES:TC:2020:192).

de una indemnización impuesta por la comisión de un delito de calumnias, en la STEDH de 20 de noviembre de 2018 (Toranzo Gómez c. España) (ECLI:CE:ECHR:2018:1120JUD002692214), se dice: “Respecto a la pena, mientras que es perfectamente legítimo para las instituciones del Estado, como garantes del orden público institucional, estar protegidos por las autoridades competentes, la posición dominante ocupada por estas instituciones obliga a las autoridades a actuar con moderación en el ejercicio de la acción penal (...). [E]l carácter y gravedad de las penas impuestas son factores que también han de tenerse en cuenta al evaluar la “proporcionalidad” de la injerencia” (§ 62). En la misma dirección, en la STEDH de 17 de julio de 2018 (Mariya Alekhina y otras c. Rusia) (ECLI:CE:ECHR:2018:0717JUD003800412) se dice: “Al evaluar la proporcionalidad de la injerencia, tanto la naturaleza como la gravedad de la condena impuesta se encuentran entre los factores a tener en cuenta” (§ 201). Y, más adelante, el Tribunal afirma que “debe analizar con especial atención aquellos asuntos en los que las penas impuestas por las autoridades internas por conductas no violentas implican una pena de prisión” (§ 211). Se señala luego que, “de acuerdo con las normas internacionales para proteger la libertad de expresión, las limitaciones de dicha libertad en forma de sanciones penales solo pueden aceptarse en casos de incitación al odio (...)” (§ 223), reiterando, más adelante, que “en principio, las formas de expresión pacífica o no violenta no deberían verse amenazadas por la imposición de penas privativas de libertad (...), y que la injerencia en la libertad de expresión mediante sanciones penales puede tener un efecto intimidatorio en el ejercicio de dicha libertad, elemento a tener en cuenta al evaluar la proporcionalidad de dicha injerencia” (§ 227). La misma idea se reitera, por ejemplo, en la STEDH de 22 de junio de 2021 (Erkizia Almandoz c. España) (ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD000586917): al determinar si la injerencia de los poderes públicos en el derecho a la libertad de expresión es “necesaria en una sociedad democrática”, el Tribunal subraya que una pena de prisión impuesta por un delito cometido en el contexto de un debate político sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales y que el elemento esencial a tener en cuenta es si el discurso incita al uso de la violencia o constituye discurso de odio (§ 39)<sup>13</sup>.

8. La proporcionalidad de las penas exige que los beneficios asociados a ellas sean iguales o superiores a sus costes. Mientras que los primeros dependerán de la eficacia preventiva de la pena y de la gravedad de la expresión ilícita que se intenta prevenir, los costes dependen, esencialmente, de la gravedad de la pena y de su posible efecto desaliento.

Como dice la STEDH de 15 de marzo de 2011 (Otegi Mondragón c. España)

<sup>13</sup> Ver también el § 50.

(ECLI:CE:ECHR:2011:0315JUD000203407), una pena de prisión “produce inevitablemente un efecto disuasorio, a pesar del hecho de que se haya suspendido la ejecución de la pena del demandante. Si tal medida pudo aliviar su situación, no borra sin embargo su condena ni las repercusiones duraderas de toda inscripción en el registro de antecedentes penales” (§ 60). Siendo esto cierto, tampoco puede desconocerse que la gravedad de una pena depende de su duración, de si llega a ejecutarse, de los derechos que su ejecución limita y de cómo se concrete tal limitación. Por ello, tanto la posibilidad de suspender la ejecución de la pena (y reducir así su contenido afflictivo) como la decisión que se haya adoptado al respecto son datos relevantes al valorar la proporcionalidad. Sin embargo, la proporcionalidad de la previsión e imposición de una pena no garantiza que también su ejecución respete aquel principio, porque —como se acaba de indicar— la proporcionalidad de la pena no depende sólo de la gravedad del delito cometido, la ejecución repercute sobre la severidad de aquella y el incremento de la severidad de la pena no siempre garantiza un incremento significativo de su eficacia preventiva. No podemos extendernos aquí sobre esta cuestión, ni sobre el régimen jurídico de la pena de multa<sup>14</sup> ni sobre el de la ejecución de la pena de prisión<sup>15</sup>. Basta con añadir que —como he expuesto más detalladamente en otro lugar— la ejecución de las penas de prisión de hasta 1 año de duración sólo será compatible con el principio de proporcionalidad en supuestos excepcionales, en los que no se asocien a ella efectos criminógenos y sea muy notable su eficacia preventiva<sup>16</sup>.

Partiendo de todo lo dicho hasta aquí y de que las condiciones de cumplimiento de la pena de prisión pueden ser muy diversas, me parece que el principio de proporcionalidad sí permite asociar la previsión e imposición de dicha pena a la comisión de delitos de expresión, sobre todo cuando su duración no es superior a dos años y es posible suspender la ejecución. Pero tampoco puede negarse que la gravedad de las penas privativas de libertad y la posibilidad de que se ejecuten en las condiciones más severas obligan a ser prudentes al valorar su proporcionalidad.

Sólo las expresiones de mayor lesividad o peligrosidad pueden llegar a considerarse delictivas y castigarse con penas de prisión. En principio deberá tratarse de la modalidad más grave del discurso del odio: expresiones que generan un riesgo inminente y grave de actuaciones discriminatorias violentas o delictivas y amenazan así la seguridad de los miembros del correspondiente colectivo. Pero también pueden castigarse con penas de prisión otras expresiones, especialmente cuando no contri-

<sup>14</sup> Ver CARDENAL MONTRAVETA, 2020a, *passim*; ÍDEM, 2020b, *passim*; BARQUÍN SANZ, 2020, pp. 1241-1251.

<sup>15</sup> Ver, p. ej., RODRÍGUEZ YAGÜE, 2021, *passim*.

<sup>16</sup> En este sentido, ver CARDENAL MONTRAVETA, 2015, pp. 19 y ss. Sobre la generosidad con la que nuestros jueces y tribunales conceden la suspensión de la ejecución de la pena, ver VARONA GÓMEZ, 2019a, pp. 229-258; ÍDEM, 2019b, pp. 1-37.

buyen al debate público sobre cuestiones de interés general ni neutralizan una amenaza y/o son innecesarias para que el autor manifieste su opinión personal y lesionan gravemente bienes jurídicos personales o incitan a la violencia. Me parece que, en definitiva, la pena de prisión deberá reservarse para (a) las modalidades más graves de discurso del odio, aunque puedan considerarse necesarias para contribuir al debate público sobre cuestiones de interés general, lo cual es aquí insuficiente para justificar tales expresiones; (b) las expresiones de cierta gravedad que no contribuyen al debate político ni se utilizan para neutralizar la amenaza de bienes jurídicos; y (c) sólo excepcionalmente, para las expresiones que sí contribuyen a ese debate, no se incluyen entre las modalidades más graves del discurso del odio pero tienen una peligrosidad o lesividad significativa y son innecesarias. Aquí conviene partir de la idea de que las expresiones delictivas que no generen aquel riesgo inminente y grave al que acabamos de referirnos y estén relacionadas con el debate público sobre cuestiones de interés general, sólo podrán castigarse con penas alternativas a la pena de prisión, como la pena de multa<sup>17</sup>.

Además de una valoración de las expresiones que no sobrevalore la peligrosidad o lesividad de su contenido y sepa situarlas en el contexto en el que se pronuncian, el principio de proporcionalidad exigirá a menudo una interpretación restrictiva de los tipos penales que, junto con la peligrosidad o lesividad de la expresión, tome también en consideración el posible efecto desaliento derivado de otorgar relevancia penal a expresiones de escasa gravedad cuando son innecesarias para contribuir al debate público sobre cuestiones de interés general. Otras veces la infracción de aquel principio deberá evitarse mediante una adecuada determinación de la pena. Esto podrá articularse a través de la estimación como *incompleta* de la eximente de ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, cuando la consideración del efecto desaliento sea insuficiente para fundamentar la exclusión de la tipicidad y el hecho de contribuir al debate público sobre cuestiones de interés general no permita considerar lícitas las expresiones típicas que suponen una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos innecesaria para participar en ese debate, pero sí que justifica una rebaja de la pena que impida que su gravedad pueda considerarse desproporcionada<sup>18</sup>. Naturalmente, la eximente incompleta no tiene sentido cuando las expresiones que el tipo describe siempre contribuyen al debate público sobre cuestiones de

<sup>17</sup> Cfr. la Propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión formulada por el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL en 2019.

<sup>18</sup> Apuntando, en este sentido, que, cuando la relación de la conducta con la libertad de expresión no permite excluir su tipicidad ni su antijuricidad, puede justificar una rebaja de la pena, ver MIR PUIG, 2002, pp. 364-365. Ver también CUERDA ARNAU, 2007, pp. 33 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, 2018, pp. 29 y ss.; MESTRE DELGADO, 2001, pp. 205-220. También en el voto particular de la STC (Pleno) 184/2021, de 28 oct. (ECLI:ES:TC:2021:184), se alude a la posibilidad de apreciar la eximente incompleta de ejercicio de un derecho para ajustar la pena a las exigencias del principio de proporcionalidad y evitar así la infracción del mismo en la que considera que incurre la condena de la recurrente.

interés general y, por lo tanto, el tipo describe, precisamente, expresiones innecesariamente lesivas sobre cuestiones de interés general o expresiones que pueden considerarse necesarias pero son desproporcionadamente graves. En estos casos, el legislador ya ha fijado la pena teniendo en cuenta el fundamento de la libertad de expresión y el efecto desaliento.

### III. Comentario de algunas decisiones judiciales controvertidas

9. Queremos terminar este trabajo comentando algunas decisiones judiciales recientes que invitan a reflexionar sobre la delimitación de las expresiones ilícitas, la de aquellas que deban considerarse penalmente relevantes, y sobre la proporcionalidad de las penas impuestas a sus autores. Algunas de estas decisiones reflejan las diferencias de criterio entre la jurisprudencia española y la del TEDH y, más concretamente, la importancia que en la primera se otorga a la *necesidad* de la expresión que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos para manifestar la correspondiente opinión, mientras que en la segunda (y en los votos particulares de numerosas resoluciones de los tribunales españoles) se pone el acento en la ponderación entre la gravedad de esa lesión o puesta en peligro y el fundamento de la libertad de expresión, y en la proporcionalidad de la reacción del Ordenamiento jurídico. La voluntad de intentar disimular tales diferencias puede explicar que —como apuntábamos antes— la jurisprudencia española exagere a menudo la gravedad de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la expresión comporta e ignore el contexto en el que se produce o aspectos esenciales del mismo que disminuyen la gravedad de aquella.

10. Con motivo de una visita institucional de S.M. el Rey a Girona, tras una manifestación encabezada con una pancarta que decía “300 años de Borbones, 100 años combatiendo la ocupación española”, E. Stern y J. Roura quemaron una fotografía de SS.MM. los Reyes de España tras colocarla boca abajo. El Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional les condenó a una pena de 15 meses de prisión (sustituida por una multa de 2.700 €), por un delito de injurias contra la Corona previsto en el art. 490.3 CP. La mayoría del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmó la condena, por entender que los recurrentes habían sobrepasado los límites de la libertad de expresión. También con algunos votos particulares, la STC (Pleno) 177/2015, de 22 jul. (ECLI:ES:TC:2015:177), desestimó el recurso de amparo. Desvinculando por completo la crítica política amparada por la libertad de expresión del ultraje y la vejación a los representantes de una institución o titulares de un cargo público, que se equiparan a una incitación al odio y a la violencia de carácter antijurídico y que, además, está justificado considerar penalmente relevantes, el Tribunal afirma: “interesa remarcar que, desde la perspectiva del derecho a la

libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público. Sin embargo, esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce *ultraje o vejación*. De ahí, precisamente, la importancia de calibrar el significado de la conducta llevada a cabo por los demandantes, a fin de determinar si dicho comportamiento expresa un pensamiento crítico contra la Monarquía y los Reyes —si bien exteriorizado a través de una puesta en escena caracterizada por la aspereza y la acritud— que merece la protección constitucional que brinda el art. 20.1 a) CE o, por el contrario, se trata de un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca, instrumentado mediante una liturgia truculenta” (FJ 3c). En este sentido, tras indicar que los órganos judiciales consideraron que el episodio de la quema de las fotos “además de ser considerado formalmente injurioso, se reputó innecesario para exteriorizar una posición crítica hacia la Monarquía”, el Tribunal destaca que, desde su perspectiva, le corresponde “dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia. (...) [L]a utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre” (FJ 4). Y así considera la mayoría de magistrados que deben valorarse los hechos sucedidos en Gerona: “La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados. [./.] Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza. [./.] En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio” (FJ 4). En la misma dirección, se destaca luego “el riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y al odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan” (FJ 5).

El TEDH hizo una interpretación muy distinta de la actuación de los recurrentes y consideró que su condena infringía el art. 10 CEDH. En la sentencia de 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera c. España)

(ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815) reitera que “una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el marco del debate político sólo es compatible con la libertad de expresión en unas circunstancias excepcionales y que el elemento esencial que se debe considerar es el hecho de que el discurso incite al uso de la violencia o que constituya discurso del odio” (§ 34). Atendiendo al *contexto* en el que se produjo, el Tribunal considera que la actuación de los recurrentes sí se sitúa en el ámbito de la crítica política, del debate sobre cuestiones de interés público y observa que “se enmarcaba en el ámbito de una de estas puestas en escena provocadoras que se utilizan cada vez más para llamar la atención de los medios de comunicación y que, a sus ojos, no van más allá de un recurso a una cierta dosis de provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico desde la perspectiva de la libertad de expresión” (§ 38). En definitiva, el TEDH consideró que la actuación de los recurrentes “es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución”, que no supuso una incitación a la violencia, ni es posible “considerar los hechos como parte del discurso del odio”, lo cual conllevaría “una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH —lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna “sociedad democrática”, y que la pena de prisión impuesta “constituye una injerencia en la libertad de expresión que no era proporcionada a la finalidad legítima perseguida, ni necesaria en una sociedad democrática” (§§ 41 y 42).

Las injurias descritas en el art. 490.3 CP suponen *siempre* la expresión de una opinión personal sobre un tema de interés general: el papel de la monarquía. Por ello, cuando esta circunstancia no baste para justificar la expresión que se considere típica, tampoco podrá servir para apreciar una eximente incompleta. Ya hemos indicado que ello exige tener en cuenta circunstancias de carácter contingente y que no han sido ya tomadas en consideración al establecer el marco penal en el art. 490.3 CP. Lo que aquí se castiga son, precisamente, las críticas innecesarias y especialmente graves contra la monarquía no justificadas por la libertad de expresión, distinguiendo el legislador entre la pena prevista para las injurias o calumnias graves y la que debe imponerse cuando las injurias y calumnias son leves. En el caso ahora examinado, aunque la forma de expresar el rechazo a la monarquía pueda considerarse innecesariamente injuriosa u ofensiva y, a su vez, ello pueda justificar que se considere ilícita, teniendo en cuenta que —como se reconoce en la STC 177/2015, de 22 jul. (ECLI:ES:TC:2015:177)— el delito previsto en el art. 490.3 CP no protege sólo el honor y la dignidad del monarca, ni siquiera cuando la ofensa tenga que ver con el ejercicio de sus funciones o se produzca con ocasión de dicho ejercicio, y considerando, así mismo, que no estamos ante un supuesto de discurso del odio ni de incitación a la violencia, me parece que no puede afirmarse que aquel exceso en la lesividad de la crítica a la monarquía tenga la gravedad suficiente para considerarlo

penalmente relevante y justificar la imposición de las penas allí previstas. La crítica a la monarquía podía expresarse de otra forma más elegante y menos ambigua, pero la elegida no supone una incitación relevante a la exclusión de la monarquía del sistema político por cauces distintos de los que contempla la legislación, no puede valorarse ignorando el contexto en el que se produce y no incrementa la gravedad del ataque a la figura del Rey hasta el punto de que pueda llegar a afirmarse que se trata de una expresión antijurídica y penalmente relevante<sup>19</sup>.

11. Considero que la misma valoración puede hacerse de los hechos analizados en la STC 190/2020, de 15 dic. (ECLI:ES:TC:2020:190), si bien tampoco me parece descabellado sostener que la libertad de expresión y la prevención del efecto desaliento amparan la crítica del recurrente a la actuación del ejército ante la situación laboral que estaban viviendo aquel y sus compañeros. También cuando esa crítica se manifiesta mediante el rechazo a la imagen de España que se asocia con la actuación criticada, aunque ello pueda considerarse innecesariamente ofensivo<sup>20</sup>.

Los antecedentes de aquella sentencia son los siguientes: El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol condenó a P. Fragoso como autor de un delito de ultrajes a España (art. 543 CP) y le impuso la pena de 7 meses de multa con una cuota diaria de 6 euros. Se consideró probado que, sobre las 8:00 horas del día 30 de octubre de 2014, en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, el recurrente en amparo, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y con intención de menospreciarla, gritó: “aquí tedes o silencio da puta bandeira” y “hai que prenderlle lume a puta bandeira” (esto es, en castellano, “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera”). La SAP A Coruña (sec. 1) 77/2018, de 8 feb. (ECLI:ES:APC:2018:208) confirmó la condena impuesta. Posteriormente, la STC 190/2020, de 15 dic. (ECLI:ES:TC:2020:190), desestimó el recurso de amparo, que contaba con el apoyo del Ministerio Fiscal.

<sup>19</sup> En un sentido similar se pronuncia CUERDA ARNAU (2013) en relación con los hechos enjuiciados en la STEDH de 15 de marzo de 2011 (Otegi Mondragón c. España) (ECLI:CE:ECHR:2011:0315JUD000203407): “Podía cuestionarse que las declaraciones del demandante pertenezcan al contenido intangible de la libertad de expresión. (...) [E]s cierto que la frontera donde comienza la injuria «absoluta» no es una suerte de verdad —si es que las hay— clara y distinta. Con todo, aún dando entrada en el concepto a las declaraciones en cuestión, seguiría siendo difícil negar que recurrir a la pena en un caso de esas características resulta manifiestamente desproporcionado”. Sobre la STEDH de 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera c. España) (ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815), ver PRESNO LINERA, 2018, pp. 539-549; BILBAO UBILLOS, 2018, pp. 1-29; CORRAL MARAVER, 2020, pp. 1-21.

<sup>20</sup> Ver PRESNO LINERA, 2021; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2021, pp. 45 y ss., que se manifiesta a favor de la abolición del art. 543 CP y teme que la sentencia que comentamos aboca a una nueva condena de España ante el TEDH. Sobre el delito de ultrajes a España, ver también MOLINA FERNÁNDEZ, 2021, n.m. 18071; CARPIO BRIZ, 2015, pp. 1663-1664; REBOLLO VARGAS, 2014, pp. 81-126; SANTANA VEGA, 2009, pp. 35-66; VÁZQUEZ POTOMEÑE SEIJAS, 2001-2002, pp. 217-252; CASTIÑEIRA PALOU, 1992, pp. 1127-1138.

El máximo intérprete de la Constitución sostiene que aquel delito “protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a la función de representación que los símbolos y emblemas identificadores de España y sus comunidades autónomas desempeñan” (FJ 2). Y destaca el contenido de las expresiones y el hecho de que se pronunciaran en el momento en el que tenía lugar “la ceremonia más solemne de todas las que tienen lugar en un acuartelamiento militar”, así como la “innecesariedad de las dos expresiones proferidas para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los concentrados”, la “falta de vínculo o relación de las expresiones utilizadas con la reivindicación laboral que estaban llevando a efecto las personas concentradas”, y que “el artículo 20.1.a) CE no ampara las expresiones ofensivas, que no guarden relación con las ideas u opiniones que se manifiestan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas” (FJ 5). A continuación se añade: “Cuando, como ocurre en el caso de autos, la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión. [./.] No obstante lo anterior, este tribunal debe hacer una última valoración para determinar que, excluido aquel ejercicio regular del derecho fundamental, es posible entender que, al menos, lo haya sido en un ejercicio excesivo de aquella libertad, que, sin embargo, no haya alcanzado a desnaturalizarlo o desfigurarlos, porque, en tales casos, “la gravedad que representa la sanción penal supondría [también] una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio” (STC 62/2019, de 7 de mayo, FJ 7). (...) [H]emos de adelantar que la conducta del recurrente queda fuera del ámbito protector de los derechos a la libertad de expresión e ideológica invocados por aquel y que no es posible apreciar, siquiera, una mera extralimitación en los medios empleados en el contexto de un ejercicio, en principio legítimo, de aquel derecho. (...) En consecuencia, ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, pues su conducta, por las razones expresadas, no puede quedar amparada por este derecho, dado que no contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre”. Tras recordar que se impuso la pena mínima de multa y esta fue abonada por el recurrente, el Tribunal niega que la respuesta penal pueda considerarse desproporcionada.

Como afirma en su voto particular la Magistrada E. Roca Trías, tras recordar lo dicho en la STEDH de 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera c.

España) (ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815), si bien es cierto que en el caso ahora examinado se utilizó “un lenguaje “duro y agresivo”, “innecesario” o incluso “ultrajante” (...) las frases proferidas lo fueron contra un símbolo del Estado, por un representante sindical, en un acto de reivindicación laboral en el que se reprochaba a los miembros de las fuerzas armadas su pasividad ante el impago de salarios por parte de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones militares, y sin incitar a la violencia ni provocar alteraciones del orden público”. Y más adelante señala aquella Magistrada: “La palabra “puta”, que calificaba a la “bandeira” y la petición de que se prendiera fuego a la misma, se encontraban desprovistas, a mi juicio, de la gravedad suficiente para justificar la necesidad de la injerencia en la libertad de expresión. Eran expresiones innecesarias, ofensivas e irrespetuosas, pero, a mi juicio, dichas palabras reflejaban el descontento por la pasividad del personal allí presente ante la situación laboral existente y debieron entenderse como una provocación en la transmisión de un mensaje reivindicativo, acorde con la orientación ideológica nacionalista del sindicato al que pertenece el recurrente, y no, como considera la sentencia, un “mensaje de beligerancia [...] hacia los principios y valores que aquella representa” [fundamento jurídico 5 d)]. Se trataba de presionar a la Administración de Defensa delante de sus instalaciones, con la finalidad de que interviniera en la resolución del conflicto laboral existente. [./.] En cualquier caso, el mensaje de una insatisfacción y protesta no fue acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público. De hecho, la capacidad de influencia de las palabras del condenado fue reducida, como así lo pone de manifiesto que personas allí congregadas mostraran su disgusto ante dichas expresiones. (...) [E]ntiendo que la conducta del recurrente se desarrolló dentro de los márgenes permitidos del legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 a) CE, en conexión con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), y que la imposición de una sanción penal constituyó una reacción penal innecesaria en una sociedad democrática, que puede producir un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Su consideración como un ultraje constitutivo de delito no está de acuerdo con la necesaria proporcionalidad”.

Parece oportuno reproducir aquí también las siguientes palabras del voto particular formulado por el Magistrado J. A. Xiol Rius: “La única y eventual limitación oponible al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica por parte del recurrente no podría venir derivada de la idea u opinión que se manifestaba, sino solo de la forma en que se hizo. No habiendo existido en este caso peligro alguno para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, ni riesgo de generar respuestas violentas, ni eventual riesgo de daños para personas o bienes —y nos remitimos de nuevo a los hechos declarados probados en la instancia, así como al propio razonamiento de la sentencia a la que se opone este voto—, la actuación del recurrente en amparo debería haber sido calificada como ejercicio legítimo

de sus derechos fundamentales, y la limitación de esos derechos actuada a través de la ley penal, debería haber sido declarada contraria a la Constitución”. En la misma dirección, entiende el Magistrado C. Conde-Pumpido que “la pretensión de amparo debía haber sido estimada pues la conducta que ha dado lugar a la sanción forma parte indudable del ámbito de protección de las libertades ideológica y de expresión cuyo ejercicio, en este caso, se halla íntimamente relacionado y en conexión con el de los derechos de libertad sindical y huelga. De otro lado, las palabras puestas en cuestión no produjeron alteración alguna de la paz pública, ni eran aptas para producir, por lo que la condena penal debió ser anulada como consecuencia de estimar la vulneración de derechos fundamentales alegada”.

12. Me parece que sí están claramente amparadas por el derecho a la libertad de expresión las manifestaciones que analiza la STEDH de 20 de noviembre de 2018 (Toranzo Gómez c. España) (ECLI:CE:ECHR:2018:1120JUD002692214) porque, para criticar la actuación policial, era necesario describirla, y calificarla como una tortura no agrava de forma innecesaria y significativa la lesividad de una crítica legítima sobre la actuación de los funcionarios policiales que desalojaron al recurrente de un centro social.

Resumidamente, los hechos que dieron lugar a aquella sentencia son los siguientes: A. Toranzo formaba parte de un grupo activista que ocupó el Centro Social Casas Viejas de Sevilla. El Juzgado ordenó el desalojo forzoso de los ocupantes. Como parte de la protesta en contra del desalojo, A. Toranzo y otro manifestante (R.D.P.) indicaron que se habían anclado al suelo del habitáculo de manera que no podían liberarse voluntariamente. De hecho, habían introducido un brazo en un tubo anclado al suelo de hormigón y tenían la muñeca inmovilizada. Las autoridades no podían saber si esto era cierto o no y durante todo el día se mantuvieron negociaciones que no prosperaron. La policía y los bomberos consideraron la posibilidad de sacarlos, pero esta idea fue rechazada, debido al riesgo de derrumbe, lo cual se comunicó a los protagonistas de la protesta. El día siguiente, a la vista del tiempo transcurrido y del riesgo de que A. Toranzo derribase a patadas alguno de los inseguros postes de madera que los bomberos habían instalado de forma provisional, dos policías les inmovilizaron con cuerdas. Alrededor de las 19 horas, como consecuencia del grave daño causado por los sistemas de retención, R.D.P. comunicó a la policía y a los bomberos su intención de liberarse voluntariamente y solicitó que le desatasen. Sobre las 20:30 horas A. Toranzo también decidió finalizar su protesta. Ambos fueron inmediatamente detenidos, conducidos ante el juez y trasladados a un centro médico para someterse a un reconocimiento. Posteriormente, A. Toranzo informó en una rueda de prensa del desalojo y de las técnicas utilizadas por la policía y los bomberos durante la reclusión. Describió los hechos calificándolos como torturas físicas y psicológicas. Estas declaraciones dieron lugar a una condena por un delito de calumnias, impo-

niéndose una pena de 20 meses de multa con una cuota diaria de 10 euros, la obligación de indemnizar a los dos policías con la cantidad de 1.200 euros y la obligación de publicar la sentencia en los medios de comunicación que se hicieron eco de aquellas declaraciones. La sentencia declaró que las autoridades actuaron de manera proporcionada y, posteriormente, la Audiencia Provincial mantuvo la condena. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo porque no se había acreditado la relevancia constitucional del recurso. Por su parte, el TEDH estimó que se había vulnerado el art. 10 CEDH. Admite que, al quejarse del trato recibido durante su encierro, el demandante “utilizó un estilo que pudo haber implicado cierto grado de exageración” (§ 56) pero, debido a la minuciosa descripción de los métodos empleados, “no dejó margen para que la opinión pública imaginara algo diferente a lo que ocurrió” (§ 58) y el comportamiento de los agentes es una cuestión de interés público (§ 57). Añade que “el demandante utilizó la palabra “tortura” de forma coloquial con el objetivo de denunciar los métodos policiales y lo que consideró un uso excesivo y desproporcionado de la fuerza por parte de la policía” (§ 59), y que la pena impuesta “puede provocar un “efecto desaliento” (§ 64), concluyendo que “restringir el derecho del demandante a criticar la actuación de los poderes públicos imponiendo la obligación de respetar escrupulosamente la definición legal de tortura establecida en el Código Penal supondría imponerle una pesada carga (y también a un ciudadano medio) que socaba desproporcionadamente su derecho a la libertad de expresión y a expresar públicamente sus críticas a lo que considera una actuación desproporcionada de la policía y un maltrato por parte de los bomberos” (§ 65).

13. Me parece que, en cambio, sí es antijurídica la actuación enjuiciada en la STC 192/2020, de 17 dic. (ECLI:ES:TC:2020:192), consistente en una breve interrupción de la misa (durante 2 o 3 minutos), innecesaria para expresar el rechazo a la posición de la Iglesia Católica sobre el aborto. Más discutible resulta la afirmación de que esa lesión innecesaria del derecho a la libertad religiosa de los feligreses presenta la gravedad suficiente para considerarla penalmente relevante. Pero, incluso aceptando tal cosa, creo que la pena impuesta (6 meses de prisión) es desproporcionadamente grave y, por ello, debió de considerarse infringido el derecho a la libertad de expresión. Teniendo en cuenta que la realización de las conductas descritas en el art. 523 CP no siempre supone expresar públicamente la opinión acerca de la que, a su vez, mantienen (los dirigentes de) determinadas confesiones religiosas sobre un tema de interés general y, por ello, la pena allí prevista no tiene en cuenta tal posibilidad, cuando —como sucede en este caso— la realización de la conducta típica sí tiene esa dimensión institucional pero no llega a estar justificada, tal circunstancia debe llevar a apreciar una eximente incompleta de ejercicio del derecho a la libertad de expresión y rebajar la pena en uno o dos grados. Esto habría permitido imponer una pena de multa y evitar así la desproporción de la respuesta y, en definitiva, la infracción del derecho a la libertad de expresión.

Expuestos resumidamente, los antecedentes de aquella sentencia son los siguientes: J. Roura y otras personas penetraron en la Iglesia parroquial de Sant Pere de Banyoles, se sentaron en los bancos y, una vez que comenzó la misa, se levantaron y, de manera concertada, arrojaron pasquines y gritaron la consigna “avortament, lliure i gratuït” (aborto libre y gratuito), en contra del proyecto de reforma de la ley del aborto, al tiempo que se exhibía en la zona del altar una pancarta en la que se leía «Fora rosaris dels nostres ovaris» (fuera rosarios de nuestros ovarios), paralizando de este modo la celebración de la misa durante dos o tres minutos, tras lo cual abandonaron la iglesia. La SAP Girona (sec. 4) 201/2017, de 28 abr. (ECLI:ES:APGI:2017:1609), condenó a J. Roura por la comisión del delito previsto en el art. 523 CP a una pena de 6 meses de prisión. La STS 620/2018, de 4 dic. (ECLI:ES:TS:2018:4045), confirmó la condena. Consideró que, atendiendo al modo, tiempo y lugar en los que el recurrente manifestó su opinión crítica, se extralimitó en el ejercicio de la libertad de expresión, vulnerando “sin ninguna necesidad social imperiosa” el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto<sup>21</sup>. La STC 192/2020, de 17 dic. (ECLI:ES:TC:2020:192), que cuenta con dos votos particulares firmados por tres magistrados, desestimó el recurso de amparo, que apoyaba el Ministerio Fiscal y denunciaba la vulneración de los derechos a la libertad ideológica, de expresión, información y a la legalidad penal.

El Tribunal reitera que la imposición de una sanción penal solo será constitucionalmente posible “cuando estemos frente a un «aparente ejercicio» del derecho fundamental, siempre que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturalice o desfigure el derecho y se sitúe objetivamente al margen de su contenido esencial, quedando por ello en el ámbito de lo potencialmente punible” (FJ 2). En la misma dirección, se dice que las limitaciones “siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado” (FJ 3a) y que “sólo si esta libertad se ejerció sin exceso, teniendo en cuenta que también se ve concernido, en lo que ahora importa, el derecho de libertad religiosa y de culto, sería reconocible y procedería la estimación de este motivo del recurso de amparo” (FJ 4). Pero el Tribunal considera que “cuando un grupo de fieles celebra un acto religioso en una iglesia, su lugar de reunión sólo es accesible para esta finalidad, relacionada con el culto (...) Además, el recurrente tenía medios alternativos para comunicar su mensaje sin necesidad de perturbar a los fieles (...) y dado que existían otros escenarios abiertos a la posibilidad de un razonable intercambio de ideas, tratar de justificar la conducta con el dato de que la interrupción se prolongó «dos o tres minutos» constituye un

<sup>21</sup> La STS 835/2017, de 10 dic. (ECLI:ES:TS:2017:4537), se ocupa de unos hechos muy similares. Analizando el delito previsto en el art. 523 CP y las decisiones judiciales mencionadas en el texto, ver FERNÁNDEZ BAUTISTA, 2021, pp. 143-156.

argumento muy débil, pues el lugar y el modo en que se ejerce la libertad de expresión no son irrelevantes, cuando, como en el caso, ese ejercicio entra en conflicto con la libertad religiosa y de culto. (...) En suma (...) la conducta enjuiciada, atendiendo al momento y al lugar en que se materializó, no se encuentra dentro del ámbito objetivo de protección de dichas libertad” (FJ 4).

En el voto particular formulado por los Magistrados J. A. Xiol Ríos y M. L. Balaguer Callejón, se afirma que la evolución en las conquistas del derecho a la libertad de expresión “ha sido notable en muchos terrenos. En algunos sectores –como, por ejemplo, los relativos a los profesionales de la información o al debate político– se ha consolidado una doctrina que concede a la libertad de expresión un ejercicio razonablemente inmune al efecto disuasorio que puede suponer la larga lista de delitos de expresión que figura en nuestra normativa penal. En estas situaciones se ha asumido en grado suficiente el deber de tolerancia hacia las expresiones críticas, incluso las más ácidas, insultantes y ofensivas, y en sus formas más incisivas o llamativas. [./.] En otros contextos, sin embargo, se arrastran serias reticencias a cualquier expresión crítica de fondo o a maneras de manifestarlas menos convencionales y más efectistas. El magistrado y la magistrada firmantes de este voto particular opinan, sin embargo, que en la sociedad de la comunicación una expresividad contundente o impactante puede resultar justificada para la expresión de una idea u opinión en un contexto de economía de la atención. Como dijera el juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos, lo que es grosería para unos es poesía para otros. La contundencia en el mensaje puede ser irremplazable para el emisor modesto que no cuenta con medios o potencia suficiente para la dura competencia instalada en las sociedades globalizadas y altamente tecnológicas. La construcción del derecho a la libertad de expresión y su protección jurisdiccional no puede permanecer ajena a estas nuevas realidades. (...). La opinión mayoritaria entendemos que se ha limitado a un enjuiciamiento de la eventual colisión que se planteaba entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad religiosa. No ha profundizado, sin embargo, en un problema que, en el caso examinado, estimamos nuclear desde la perspectiva constitucional: la eventual desproporcionalidad de la respuesta estatal al conflicto mediante la imposición de una pena privativa de libertad. (...) La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permiten afirmar que no basta con la constatación de que la conducta enjuiciada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida. 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 (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3, o 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). [./.] En última instancia, atendiendo al carácter especialmente aflictivo de una sanción penal, no cabe concebir un

sistema en que, como parece entender la mayoría del tribunal, sean estrictamente colindantes el terreno de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible penalmente (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6). Es preciso, en aras a una debida ponderación de todos los intereses en conflicto, valorar también en los casos de ejercicio extralimitado de la libertad de expresión la procedencia de acudir a subsistemas jurídicos de resarcimiento de daños que no sean los estrictamente sancionatorios –por ejemplo, indemnizaciones civiles– y, en su caso, dentro de los sancionatorios, optar por aquellos que resulten los menos aflictivos –por ejemplo, las sanciones administrativas–, atendiendo, además, a la naturaleza de *ultima ratio* propia de una rama del ordenamiento jurídico como es el derecho penal, que tiene como consecuencia jurídica nuclear la privación de derechos esenciales, entre ellos, la libertad. (...) En el presente caso, la opinión mayoritaria entendemos que no considera este aspecto esencial de la proporcionalidad en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la sanción penal impuesta al recurrente. (...) Hay elementos en los hechos probados de las resoluciones judiciales impugnadas que ponen de manifiesto que la conducta del recurrente se movía en el contexto de los fines y objetivos constitucionalmente vinculados con la libertad de expresión. De ser así, resultaba improcedente no haberlo considerado, al menos, un ejercicio extralimitado de este derecho a los efectos de valorar la proporcionalidad de la respuesta punitiva. (...) A nuestro juicio no pueden obviarse elementos nucleares de la conducta como son los siguientes: (i) El contexto social de debate sobre las políticas públicas en materia de derechos a la salud sexual y reproductiva y la relevante intervención e influencia que en dicho debate estaba teniendo la confesión religiosa afectada (...) (ii) El contenido de las expresiones utilizadas y su línea de coherencia con ese debate público (...) (iii) La forma no violenta como se desarrollaron los actos de expresión y la nula alteración del orden público general provocado (...) Consideramos, por tanto, que, a partir de estas circunstancias, solo podía concluirse que la conducta que estaba siendo objeto de enjuiciamiento penal por las resoluciones impugnadas en amparo no era ajena, en contra de lo que sostiene la opinión mayoritaria, al ámbito protector que en una sociedad democrática debe aportar el derecho a la libertad de expresión. Si esto es cierto, hubiera sido necesario proyectar un juicio de proporcionalidad sobre la reacción punitiva del Estado en la sanción de esa eventual extralimitación. (...) La eventual extralimitación que en el ejercicio de este derecho fundamental pudiera haberse producido cifrada en la interrupción de un acto de una confesión religiosa no justifica la reacción penal adoptada por las resoluciones judiciales impugnadas, que, por consiguiente, entendemos que debe considerarse desproporcionada”.

En la misma dirección, el voto particular que formula el Magistrado C. Conde-Pumpido señala: “el método de análisis seguido en la sentencia es incompleto porque se afirma de forma incorrecta que «solo si la libertad de expresión se ejerció sin exceso alguno sería reconocible y procedería la estimación del motivo de amparo»

(FJ 4). Como se señaló en la STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6, «nuestra doctrina no se detiene en esta primera conclusión básica y previsible, aunque imprescindible, sino que cuestiona asimismo la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, éstos no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlos. Con ello no nos referimos, como es obvio, a los supuestos en los que la invocación del derecho fundamental se convierte en un mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos, sino a aquellos casos en los que, a pesar de que el comportamiento no resulte plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del derecho fundamental, se aprecie inequívocamente que el acto se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional. En este último escenario, sin perjuicio de otras consecuencias que el exceso en que se incurrió pudiera eventualmente comportar, la gravedad que representa la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio (STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8). (...) En definitiva, atendiendo a la finalidad de participar en el debate político que animaba la conducta enjuiciada, a su carácter pacífico, a que no fue gravemente ofensiva para los sentimientos religiosos, a que no pretendía impedir el desarrollo de un acto de culto –por más que asumiera su momentánea perturbación para obtener mayor visibilidad–, a que no fue irrespetuosa con los objetos de culto, ni amenazó a los participantes por sus ideas, ni pretendió que cesaran o renunciaran a la manifestación pública de sus creencias, cabe concluir que la sanción penal privativa de libertad cuestionada no era tan siquiera necesaria para proteger los legítimos sentimientos religiosos de quienes asistían a la ceremonia religiosa momentáneamente interrumpida, ni tampoco proporcionada a tal fin; por lo que el recurso de amparo debió ser estimado en los términos pretendidos. (...) La libertad de expresión sobre asuntos de interés general es la esencia de la democracia. Por lo que la utilización de sanciones penales privativas de libertad frente al ejercicio de este derecho constitucional no resulta proporcionada ni necesaria en una sociedad democrática para la protección exclusiva de unos sentimientos íntimos supuestamente ofendidos, cuando dicha libertad se ejercita pacíficamente, y sin incitación al odio ni a la violencia”.

#### IV. Conclusiones

El derecho a la libertad de expresión permite manifestar pensamientos, ideas y opiniones que contribuyan al debate público sobre temas de interés general, cuando no lesionan o ponen en peligro otros bienes jurídicos de forma innecesaria o desproporcionadamente grave. La prohibición de expresiones necesarias para manifestar la

opinión personal sobre temas de interés general sólo estará justificada cuando generen un peligro claro de la comisión inminente de conductas violentas o de otro modo amenacen gravemente la seguridad de los miembros de los colectivos cuya discriminación se fomenta.

El principio de proporcionalidad también exige que la prohibición, la relevancia penal y, en su caso, la gravedad de las penas de las expresiones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de forma innecesaria dependa, así mismo, del interés en evitar el efecto desaliento, pudiendo aceptarse una cierta dosis de exageración o provocación cuando incrementa la difusión de expresiones de escasa gravedad que contribuyen al debate público sobre temas de interés general.

Aquel principio no impide la previsión e imposición de penas de prisión por la comisión de los delitos de expresión más graves. Pero debe partirse de la idea de que las expresiones que no generen el riesgo antes mencionado deberán castigarse con penas alternativas. Sólo excepcionalmente podrá considerarse proporcionada la imposición de penas de prisión por la expresión de opiniones innecesariamente peligrosas o lesivas que, sin embargo, contribuyen al debate público sobre temas de interés general y no incitan a la violencia ni pueden considerarse delitos de odio. Y entonces también será excepcional la ejecución de las penas de prisión cuya duración no sea superior a 1 año.

Estas ideas permiten considerar lícitas algunas expresiones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos pero son necesarias para manifestar una opinión que contribuye al debate público sobre temas de interés general (como sucede en el caso que analiza la STEDH de 20 de septiembre de 2018, Toranzo Gómez c. España [ECLI:CE:ECHR:2018:1120JUD002692214]); también permiten considerar lícitas expresiones innecesariamente lesivas de escasa gravedad, (como puede entenderse que sucedía en el caso que analiza la STC 190/2020, de 15 dic. [ECLI:ES:TC:2020:190]). Cuando el derecho a la libertad de expresión no permita considerar lícita la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, la voluntad de evitar el efecto desaliento podrá justificar una interpretación restrictiva de los tipos penales que excluya sólo la relevancia penal de expresiones innecesariamente lesivas (como considero que debería de haber sucedido en el caso que analiza la STEDH de 13 de marzo de 2018, Stern Taulats y Roura Capellera c. España [ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815]). El hecho de que la expresión innecesariamente lesiva contribuya al debate público sobre temas de interés general también puede justificar que se aprecie como incompleta la eximente de ejercicio de un derecho (como entiendo que debería de haber ocurrido en el caso que analiza la STC 192/2020, de 17 dic. [ECLI:ES:TC:2020:192]), si bien otras veces sólo podrá tenerse en cuenta al determinar la pena, sin que pueda apreciarse ninguna de las atenuantes previstas en el art. 21 CP.

## Bibliografía

- ALCÁCER GUIRARO, R. (2012), “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 14, pp. 1-32.
- ALCÁCER GUIRARO, R. (2015), “Víctimas y disidentes. El «discurso del odio» en EE.UU. y Europa”, *Revista Electrónica de Derecho Constitucional*, n. 103, pp. 1-42.
- ALCÁCER GUIRARO, R. (2016), “Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18, pp. 1-55.
- ALCÁCER GUIRARO, R. (2018), “Opiniones constitucionales”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 1/2018, pp. 1-39.
- ALCÁCER GUIRARO, R. (2019), “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 18, pp. 1-32.
- ALCÁCER GUIRARO, R. (2020), *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Madrid.
- BARQUÍN SANZ, J. (2020), “La pena de días multa en la práctica judicial española”, en de Vicente Remesal, J. y otros (dirs.): *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. 2, Madrid, pp. 1241-1251.
- BILBAO UBILLOS, J. M. (2018), “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: la crónica de una condena anunciada”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 28, pp. 1-29.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. (2020), “Libertad de expresión y límites penales: Una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, *Revista catalana de dret públic*, n. 61, pp. 30-49.
- CANCIO MELIÁ, M.; DÍAZ LÓPEZ, ¿*Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, Pamplona, 2019.
- CARDENAL MONTRAVETA, S. (2015), “Función de la pena y suspensión de su ejecución”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 4/2015, pp. 1-33.
- CARDENAL MONTRAVETA, S. (2020a), *La pena de multa. Estudio sobre su justificación y la determinación de su cuantía*, Madrid.
- CARDENAL MONTRAVETA, S. (2020b), *Ejecución y prescripción de la pena de multa*, Valencia, 2020.
- CARPIO BRIZ D. I. (2015), “Comentario al art. 543 CP”, en Mir Puig, S. / Corcoy Bidasolo, M. (dirs.): *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Valencia, pp. 1663-1665.
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (1992), “La protección penal de las banderas de las Comunidades Autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 3, pp. 1127-1138.
- COLOMER BEA, D. (2019), “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 41, pp. 97-116.
- CORRAL MARAVER, N. (2020), “Sentencia del TEDH en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Reflexiones sobre el delito de injurias a la Corona y el derecho a la libertad de expresión política en España”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 34, 2020, pp. 1-21.
- CORRECHER MIRA, J. (2021), “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 2/2021; pp. 1-64.

- CUERDA ARNAU, M. L. (2007), “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: La función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 8, pp. 1-43.
- CUERDA ARNAU, M. L. (2013), “Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 13, pp. 215-232.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2021), “Aproximación a los límites de la libertad de expresión desde la teoría general de la antijuridicidad penal. Los delitos “de odio” y los ultrajes a España”, en Queralt Jiménez, J. J. / Cardenal Montraveta, S. (dirs.): *Derecho penal y libertad de expresión*, Barcelona, pp. 37-55.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (2012), “Criterios del TC (y del TEDH) en la protección del honor frente al ejercicio de la libertad de expresión e información”, en Mir Puig, S. / Corcoy Bidasolo, M. (dirs.): *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Valencia, pp. 151-186.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. (2021), “Libertad de expresión, libertad religiosa y Derecho penal: una extraña combinación”, en Queralt Jiménez, J. J. / Cardenal Montraveta, S. (dirs.): *Derecho penal y libertad de expresión*, Barcelona, pp. 143-156.
- FUENTES OSORIO, J. L. (2017), “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19, pp. 1-52.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2018), “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 38, pp. 245-304.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2019a), *Delitos de discriminación y discurso del odio punible*, Porto.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2019b), “Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n. 20, pp. 411-449.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2019), *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Valencia.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2018), *Los delitos del odio*, Valencia.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. (2020), “Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 22, pp. 1-34.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2010), “La libertad de expresión tenía un precio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, pp. 69-78.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2017), “Todo a la vez: La limitación de la expresión y la desprotección del honor”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 36, pp. 119-134.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2021), “Cinco tesis sobre la libertad de expresión”, en Queralt Jiménez, J. J. / Cardenal Montraveta, S. (dirs.): *Derecho penal y libertad de expresión*, Barcelona, pp. 15-28.
- MESTRE DELGADO, E. (2021), *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, Madrid.
- MIR PUIG, S. (2002), “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho Penal”, en Echano Basaldua (coord.): *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, pp. 349-366.
- MIRÓ LLINARES, F. (2018), “Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos

- “Cesar Strawberry” y “Cassandra Vera”, en de la Cuesta Aguado y otros (coords.): *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, pp. 1433-1445.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2021), “Ultrajes a España”, en Molina Fernández, F. (coord.): *Memento práctico Penal*, Madrid.
- PRESNO LINERA, M. A. (2018), “Crónica de una condena anunciada: El asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Sobre la quema de fotos del Rey”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, pp. 539-549.
- PRESNO LINERA, M. A. (2021), “Hay que prenderle fuego a la puta bandera”: breve comentario a la STC 190/2020”, *PostC: La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19*.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. L. (2019), “Apologías débiles y libertad de expresión; hitos de la jurisprudencia más reciente y algunos parámetros interpretativos-aplicativos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 53, pp. 165-226.
- REBOLLO VARGAS, R. (2014), “Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 34, pp. 81-126.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C. (2021), *La pena de prisión en medio abierto: Un recorrido por el régimen abierto, las salidas treatmentales y el principio de flexibilidad*, Madrid.
- ROIG TORRES, M. (2020), *Delimitación entre libertad de expresión y “discurso del odio”*, Valencia.
- SANTANA VEGA, D. M. (2009), “El delito de ultrajes a España y sus Comunidades Autónomas: ¿Protege algún bien jurídico-penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 99, pp. 35-66.
- TERUEL LOZANO, G. M. (2017), “Discursos extremos y libertad de expresión: Un análisis jurisprudencial”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 17, pp. 1-20
- TERUEL LOZANO, G. M. (2021), “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: Comentario a la STC 35/2020 y más allá”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 47, pp. 411-424.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. (2017), “La libertad de odiar. Delimitando la libertad de expresión”, en Alonso Sanz, L / Vázquez Alonso, V. J. (dirs.): *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Sevilla, pp. 39-67.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. (2021), “Insultos en el Tribunal Constitucional (sobre un requisito para el ejercicio de las libertades de expresión e información)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 121, pp. 271-301.
- VARONA GÓMEZ, D. (2019a), “Fundamentación y aplicación práctica de la suspensión de la pena de prisión”, *Cuadernos penales José María Lidón*, n. 15, pp. 229-258.
- VARONA GÓMEZ, D. (2019b), “La suspensión de la ejecución de prisión: razones de una historia de éxito”, *Revista española de investigación criminológica*, n. 17, pp. 1-37.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (2001-2002), “Algunas consideraciones sobre la naturaleza del delito de ultrajes a la bandera (art 543 del Código Penal)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 23, pp. 217-252.