

## LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DELITOS DE OPINIÓN

Por Álvaro Naveros Barranco

El derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 20.1 de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado de Derecho. Tal y como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, la libertad de expresión garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre, lo cual resulta de especial trascendencia por constituir una premisa básica para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, convirtiéndose así en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática.

Los recientes casos de los tuits de Zapata, en que el autor escribió unos mensajes que contenían chistes bastante incisivos sobre una víctima de la banda terrorista ETA y las víctimas del Holocausto, así como el caso de los titiriteros, en el que los autores representaron una obra en la que uno de los personajes portaba una pancarta con la leyenda "Gora Alka-ETA", plantean un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y una serie de preceptos que restringen su ejercicio en favor de una serie de bienes jurídicos que, en determinados casos, pueden prevalecer sobre la libertad de expresión.

En los dos casos anteriores, el límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión viene establecido por el artículo 578 del Código Penal, que tipifica el enaltecimiento o justificación del terrorismo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 224/2010, de 3 de marzo, establece que el artículo 578 contiene dos conductas diferentes, pues por un lado, tipifica el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores, y por otro, la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. En ambos casos, de acuerdo con esta sentencia, el bien jurídico protegido por la norma penal no es otro que el honor y la dignidad de las víctimas, la cual resulta menoscabada por los citados actos.

A la hora de analizar la posible restricción del derecho a la libertad de expresión, es necesario tener presente que la Constitución carece de una cláusula general que señale cuándo procede la restricción de los derechos fundamentales. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que todos los derechos fundamentales son susceptibles de restricción sobre la base de los límites implícitos en la Constitución, que son concretados por el legislador [1]. Así, es preciso recurrir al criterio establecido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio, en virtud del cual la restricción de un determinado derecho fundamental, como sucede en el presente caso con la libertad de expresión, ha de reunir dos requisitos: por un lado, los derechos fundamentales sólo pueden ceder ante los límites fijados expresamente en la Constitución para cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos; por otro lado, las

limitaciones no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable, esto es, la limitación del derecho ha de ser necesaria y proporcional para lograr el fin perseguido por la norma que establece dicha limitación.

Este juicio de proporcionalidad, que trata de evitar en la medida de lo posible toda limitación superflua de la libertad de expresión, se encuentra asimismo presente en el ámbito Convenio Europeo de Derechos Humano, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Sürek v. Turkey, señala que toda limitación del derecho a la libertad de expresión, recogido en el artículo 10 del citado Convenio, debe ser previamente establecida e interpretarse de forma restrictiva, así como constituir una medida necesaria, entendiéndose por necesidad una acuciante necesidad social.

En lo que respecta al primer requisito del citado juicio de proporcionalidad, el artículo 20 de la Constitución establece unos límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, entre los que se encuentran los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, los preceptos de las leyes que los desarrollen y el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Puesto que el bien jurídico protegido por el artículo 578 del Código Penal es el honor y la dignidad de las víctimas, y teniendo en cuenta que ambos se encuentran recogidos en los artículos 18.1 y 10.1 de la Constitución, esto es, en el Título I, la restricción parece conforme con el artículo 20.

La valoración del segundo requisito, es decir, la necesidad y proporcionalidad de la restricción, plantea mayores problemas, pues debe existir un motivo fundado para justificar una limitación de un derecho de tan extraordinaria relevancia como la que reviste el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, la primera observación que cabe realizar es que el delito de enaltecimiento del terrorismo guarda una cierta semejanza con los delitos contra el honor, es decir, las injurias y calumnias, ya que en ambos se protege el derecho al honor como bien jurídico, entendido como derecho a la reputación social y al buen nombre, con la diferencia de que el delito de enaltecimiento del terrorismo añade al citado bien jurídico la dignidad de la víctima, lo cual se explica por la indignación que la justificación del terrorismo provoca en la sociedad.

Este mayor reproche penal que merece el delito de enaltecimiento del terrorismo con respecto a los delitos contra el honor lo convierten en un delito público, lo que conlleva que puede perseguirse de oficio, a diferencia de los delitos de injurias y calumnias, que son delitos privados y por tanto solo perseguibles a instancia de parte. Como consecuencia, la libertad de expresión queda aún más constreñida en el delito de enaltecimiento del terrorismo que en los delitos contra el honor, pues su carácter de delito público puede dar lugar a abusos en la persecución de oficio de aquellas opiniones que puedan interpretarse como una justificación más o menos soterrada del terrorismo o como un acto de desprecio a las víctimas del terrorismo. Tales abusos pueden darse fácilmente, por ejemplo, en el contexto de un ácido humor negro, donde los límites que separan las severas expresiones jocosas de la humillación y descrédito de las víctimas pueden resultar bastante difusos, lo que requiere un análisis pormenorizado de cada caso con el fin de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 812/2011, de 21 de julio de 2011. Esta falta de concreción sobre los supuestos en que tiene lugar el enaltecimiento del terrorismo o la humillación de las víctimas, por depender de las circunstancias en que tales acciones son realizadas, pueden conllevar que

todo aquel que simplemente quiere manifestar una opinión se vea desalentado a hacerlo por el temor a ser perseguido por dicho delito.

Por ello, cabe preguntarse si resulta necesaria la existencia de un tipo penal que restringe sobremanera el derecho a la libertad de expresión, distinto de los delitos contra el honor, fundamentado en un bien jurídico de carácter tan etéreo como es la dignidad de la víctima, y que puede resultar en su persecución de oficio a pesar de que las víctimas del terrorismo puedan no sentirse ofendidas por las expresiones que constituyen el delito, al tratarse de un delito de mera actividad.

No obstante, aun siendo la dignidad de las víctimas el bien jurídico protegido, la figura penal del enaltecimiento del terrorismo parece más bien reflejar la voluntad del legislador de reafirmar su lucha contra el terrorismo. La creciente expansión del Derecho penal, motivada por la complejidad de las relaciones sociales y por la asunción por parte del legislador de un papel sobreprotector de los intereses sociales frente a conductas que hipotéticamente pueden ponerlos en riesgo, tiene su correlato en la criminalización de las expresiones de apoyo o justificación del terrorismo [2]. Según se desprende de esta nueva concepción del Derecho penal, estas expresiones deben ser perseguibles no solo por constituir un ataque a la dignidad de las víctimas y ser por tanto moralmente censurables, sino porque reflejan una adhesión, siquiera parcial, a la causa de una banda terrorista, lo cual es percibido con recelo por la amenaza que, teóricamente, supone para el orden político y constitucional que una o varias personas se solidaricen con dicha banda, a pesar de que tales expresiones no suponen un ataque a ningún bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo, como la vida, la integridad física o la seguridad colectiva.

Esta tipificación de nuevas conductas obvia el principio de intervención mínima del Derecho penal, es decir, su finalidad no es la protección de valores de carácter metafísico, como la dignidad de las víctimas del terrorismo, ni la de perfilarse como un recurrente mecanismo de control social contra conductas que puedan parecer moralmente reprobables, como la justificación del terrorismo [3]. Por el contrario, el Derecho penal debe entenderse como un mecanismo que trata de garantizar un nivel aceptable de convivencia, a través de la tipificación de determinados comportamientos que atentan efectivamente contra aquellos bienes jurídicos sin los cuales dicha convivencia resulta imposible.

Por todo ello, resulta más acorde con la tradicional concepción del Derecho penal como último mecanismo de represión despenalizar ciertas conductas que pueden ser reguladas mediante mecanismos de control social menos severos, evitando crear nuevas figuras penales como el enaltecimiento o justificación del terrorismo, cuyo bien jurídico puede ser protegido por tipos penales menos represivos como los delitos contra el honor, y que limitan un derecho tan esencial como la libertad de expresión.

#### Referencias

[1] Agustín Ruíz Robledo: Compendio de Derecho Constitucional Español, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág.284

[2] Pariona Arana, Raúl: El Derecho penal "moderno". En Revista Penal, nº 20, 2007

[3] Lorenzo Morillas Cueva: Derecho Penal Parte General: Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal, Madrid, Dykinson, S.L., 2010, pág. 102