

Sentencia del Tribunal Constitucional STC 35/2020 (BOE n.º 83, de 26 de marzo de 2020)

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO Y HUMILLACIÓN DE LAS VÍCTIMAS: EL CASO CÉSAR STRAWBERRY

El Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante TC) mediante la STC 35/2020 (BOE n.º 83, de 26 de marzo de 2020), en el caso César Strawberry, parece que ha querido superar las recientes condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) a España (vid. entre otras la STEDH Caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España de 13 de marzo de 2018) por su recalcitrante interpretación restrictiva de la libertad de expresión en los supuestos de crítica política y social.

Esta decisión estima parcialmente el recurso de amparo interpuesto por César Augusto Montaña Lehman (más conocido como César Strawberry) contra el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2017, que desestimaba el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la sentencia núm. 4-2017, de 18 de enero, por la que se estima el recurso de casación núm. 1619-2016 interpuesto contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 20-2016, de 18 de julio —que absolvió al recurrente de amparo del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas de terrorismo del art. 578 CP—, condenando al demandante como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas de terrorismo a una pena de 1 año de prisión y 6 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.

César Strawberry es un conocido cantante, escritor, productor y contertulio de distintos medios de comunicación, cuyas obras y manifestaciones se caracterizan por un tono crítico de la realidad social y política y un estilo irónico y provocador, aunque no violento.

El objeto de la controversia son seis comentarios que el cantante publica en su red de Twitter —donde tiene 8000 seguidores— entre noviembre de 2013 y enero de 2014 del siguiente tenor: «El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar a los GRAPO»; «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Street Fighter, edición Post-ETA: Ortega Lara vs Eduardo Madina»; «Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado»; «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco»; «Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Qué emoción!». Otro usuario le dice: «Ya tendrás el regalo preparado no? Qué le vas a regalar?». A lo que le contesta: «Un roscón-bomba».

El recurrente interpone el recurso de amparo constitucional alegando la vulneración del art. 24.2 CE y del art. 20 CE. En primer lugar, considera que la decisión del Tribunal Supremo (en adelante TS) implica una lesión del derecho a un proceso con

todas las garantías y del derecho de presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por haber sido condenado en segunda instancia, revalorando el TS la declaración de hechos probados sobre la consideración que merece el tenor literal de los tuits, pero sin haber respetado las garantías de inmediación, publicidad y contradicción en la práctica y valoración de las pruebas personales que los sustentan, y porque se ha hecho una nueva subsunción del aspecto subjetivo intencional del delito del art. 578 CP a partir de la declaración de hechos probados sin dar trámite de audiencia al acusado. Por otra parte, el demandante también argumenta la violación de su derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE) pues la Sala de lo Penal del TS ha deducido el aspecto subjetivo del injusto solo del análisis de la literalidad de los 6 tuits cuando es necesario valorar el contexto y las circunstancias; además de que los tuits no constituyen discurso de odio ni incitan a la violencia ni tiene el recurrente conexión con el terrorismo, y se aparta así el Alto Tribunal de la jurisprudencia del TC y del TEDH (Antecedente n. 3).

El TC no tiene problemas en la resolución de la alegación de la vulneración del art. 24.2 CE pues considera (Fundamento Jurídico 3) que «la controversia trae causa de una estricta cuestión jurídica sobre el contenido y configuración del elemento subjetivo del delito, cuya resolución por parte del órgano judicial de segunda instancia no comprometía las garantías que disciplinan la valoración probatoria ni el derecho de audiencia». Así, en los casos de condena en la segunda instancia penal, revocando una previa absolución, la jurisprudencia constitucional considera que no hay reproche constitucional si no hay vista pública ni audiencia cuando no se comprometen los principios del proceso porque está presente el letrado —como así sucedió—. Por otro lado, la Sala del TS no solo tuvo en cuenta la expresión literal de los tuits, sino también el contexto, las circunstancias concomitantes, la intención... , además de analizar individualmente cada tuit.

Los grandes problemas constitucionales para el TC se plantean con el derecho a la libertad de expresión (Fundamentos Jurídicos 4 y 5). En el Fundamento Jurídico 4 el TC expone su doctrina general de la libertad de expresión: su carácter privilegiado, su trascendente dimensión institucional, así como también su carácter limitado, singularmente ante manifestaciones que alientan la violencia. También es interesante en estas consideraciones generales el necesario redimensionamiento que destaca el TC sobre el papel del derecho penal en la represión de la libertad de expresión, con una llamada a la proporcionalidad del ámbito penal y a evitar el efecto desaliento en su intervención.

Por otro lado, el TC expone la doctrina del TEDH sobre la limitación de la libertad de expresión en los casos de terrorismo, haciendo hincapié en los parámetros que emplea el juez europeo a la hora de aplicar el test de convencionalidad: el mayor o menor impacto de la difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada, STEDH As. Geger c. Turquía de 8 de julio de 1999; las circunstancias personales de quien realiza la conducta, STEDH Castells c. España, 23 de abril de 1992; que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos terroristas, STEDH Zana c. Turquía, 25 de noviembre de 1997; que se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia, STEDH as. Öztürk c. Turquía

de 28 de septiembre de 1999, o el contenido de las concretas manifestaciones, pero teniendo en cuenta que, aunque las expresiones fueran hostiles o contrarias al orden legal o constitucional, no puedan ser identificadas como defensa de actitudes violentas en la consecución de esos objetivos, STEDH Karakoyun y Taran c. Turquía de 11 de diciembre de 2007.

Finalmente, el TC advierte que, según su jurisprudencia sobre el control de constitucionalidad que debe desarrollarse en el juicio de proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad de expresión en los supuestos de aplicación de los delitos de enaltecimiento del terrorismo (vid. por todas la STC 112/2016 FJ 2), el juez penal tiene como carga o deber previo al estudio de la aplicación del tipo penal realizar un análisis de constitucionalidad en el sentido de valorar si la conducta enjuiciada constituye o no un ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión. Con ello, el juez ordinario actúa en un primer momento como juez constitucional, como garante de la libertad de expresión. El TC considera que, si el juez penal no realiza este juicio de constitucionalidad o esta valoración en términos de derechos fundamentales, se produce una vulneración de la libertad de expresión, susceptible de ser recurrida en amparo constitucional. El TC asimila este supuesto con un caso en que la ponderación resultara manifiestamente carente de fundamento. Además, y como segundo paso, el juez penal tampoco puede reaccionar de forma desproporcionada «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» (STC 110/2000, FJ 5, de 5 de mayo).

De todos los aspectos de su doctrina sobre la libertad de expresión el TC da una importancia especial a la aplicación del control de constitucionalidad por el juez penal y considera que este ha violado la libertad de expresión de César Strawberry pues «no se ha dado ampliamente con la suficiencia requerida a la exigencia de valoración previa de si la conducta enjuiciada era una legítima manifestación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión» (Fundamento Jurídico 5). Considera que el TS realiza un examen insuficiente ya que «no pondera con la intensidad exigida por la jurisprudencia constitucional las circunstancias concurrentes del caso» como el contenido, la emisión y los efectos de los mensajes. En opinión del TC faltan la valoración (que está ausente) de la dimensión institucional de la libertad de expresión desde la perspectiva de la «formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas en consonancia con el pluralismo propio de la sociedad democrática» y la ponderación de si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas, el efecto desaliento de la sanción penal o la desnaturalización del derecho a la libertad de expresión por parte de quienes se encuentren en esta misma situación o el estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, su autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y sus destinatarios son equiparables a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional.

Además, el TC (Fundamento jurídico 5) considera que se trata de manifestaciones de crítica política y social hacia determinados personajes públicos.

Sobre la cuestión debatida en la jurisdicción ordinaria en relación a si la intención perseguida por los mensajes se integra como elemento del tipo, si bien el TC considera que no procede pronunciarse sobre este aspecto, que es de legalidad ordinaria, a continuación se pronuncia y sí considera que en el juicio de constitucionalidad de los derechos fundamentales afectados la intención, en ausencia de otros factores, es uno de los aspectos indispensables de análisis.

No cabe duda de que en los últimos años el TC había acordado decisiones en materia del ejercicio de la libertad de expresión en supuestos de crítica política y social como las injurias al Rey que habían sido muy criticadas por la doctrina constitucionalista española y que fueron objeto de reproche por el TEDH. En esta Sentencia 35/2020 el TC ha sentido la necesidad de desquitarse (y no sin argumentos de fondo sobre la necesaria self restraint del juez penal especialmente en discursos de odio y de enaltecimiento del terrorismo y humillación y desprecio de las víctimas), pero lo ha hecho extendiendo sus competencias y asumiendo un papel como juez ordinario de casación que no le corresponde. Tal y como se argumenta en el voto particular del magistrado Melgar, en la valoración que hace el Ministerio Fiscal en el Antecedente n. 6, en las consideraciones que hace el propio TC cuando analiza la lesión del art. 24.2 CE y en lo que se deduce de la lectura de la sentencia del TS, este Alto Tribunal realiza una valoración en términos de constitucionalidad del caso y de afectación de la libertad de expresión. No hay ni ausencia de valoración ni la valoración es insuficiente; otra cuestión muy distinta es que esa valoración fuera la correcta en términos constitucionales (que en mi opinión no lo era, pues tanto la doctrina del TC como la del TEDH exigían que se garantizara el derecho a la libertad de expresión de César Strawberry, tratándose de un artista, con un estilo propio provocador, de unos comentarios de crítica social y política a unos personajes públicos, en ausencia de un contexto de terrorismo, y cuando él mismo se declara alejado de la violencia y del terrorismo). Si la idea es que el recurso de amparo constitucional tenga un carácter eminentemente objetivo, y que los jueces ordinarios sean verdaderamente los garantes naturales de los derechos fundamentales, el TC debería haber respetado este pacto entre la justicia constitucional y ordinaria y no haber forzado la regulación del recurso de amparo constitucional para construir su nueva imagen de garante de la libertad de expresión a costa del Tribunal Supremo.

Mercedes IGLESIAS BÁREZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca
theredero@usal.es