



¿Determina la sociedad el contenido de los derechos? Un experimento de verificación de sesgos en los conflictos entre honor (en sentido amplio) y libertad de expresión

por Guillermo Escobar Roca

La Ley Orgánica 1/1982, de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (LODH), fue aprobada durante el último gobierno de la Unión de Centro Democrático (siendo Pío Cabanillas ministro de Justicia), por 251 votos a favor, uno en contra y 18 abstenciones (estas últimas del Partido Comunista, cuyo portavoz en esta ley fue Jordi Solé Tura, entonces había buen nivel), en la votación final del Pleno del Congreso (donde al parecer hubo muchos diputados ausentes). Hubo acuerdo entre la UCD y el PSOE, algo frecuente en aquella época en las grandes leyes reguladoras de los derechos fundamentales y que se ha perdido hoy: una prolongación del consenso constitucional, ahora roto, a juicio de algunos de los protagonistas de entonces, y al menos en esto tienen razón: las últimas leyes reguladoras de estos derechos, o que se han considerado como tales (aborto, eutanasia, LGTBI, memoria democrática y vivienda, entre otros "nuevos derechos") no solo han sido aprobadas por exigua mayoría, sino que han sido recurridas (¡todas las citadas!) al Tribunal Constitucional, que en los tres asuntos resueltos hasta ahora han dividido bastante al Tribunal.

La ya venerable LODH fue reformada en tres ocasiones: a) por Ley Orgánica 3/1985, para ampliar la inmunidad de los diputados y senadores, declarada inconstitucional por la STC 9/1990 (unánime, también en aquella época el Tribunal era independiente y se enfrentaba a los privilegios que la clase política quería imponer a la ciudadanía); b) por el Código Penal (LO 10/1995), acentuando sutilmente (y resulta significativo para esta modesta contribución mía) un cambio de signo: donde antes el art. 7.7 decía “La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”, ahora dice “La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones [aquí aparece el discurso simbólico, luego volveré sobre ello] o expresiones que de cualquier modo [nótese ya la disminución de la libertad de expresión y la posibilidad de conductas lesivas del honor no expresivas, que podrían ser variadísimas] lesionen la dignidad de otra persona [es correcta la entrada en juego del principio del art. 10.1 CE], menoscaben su fama o atenten contra su propia estimación”: antes lo relevante era la consideración ajena, una cierta objetivación de lo que es deshonroso y lo que no; ahora parece que es el propio afectado quien decide cuándo algo le molesta, un cierto libertarismo frente a la más razonable concepción objetivista anterior; c) Por la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal, que realiza una reforma más profunda (se añade un párrafo a los arts. 4 y 7 y redacción nueva del art. 9), en la línea de proteger a las víctimas de los delitos, abriendo aquí la legitimación al Ministerio Fiscal, con un cierto paternalismo (antes, en Derecho civil, era el afectado el único que podía iniciar la acción) y para proteger, en apariencia, una situación nueva y muy concreta

(legislador coyuntural): según el Preámbulo, “en los últimos tiempos han accedido a [...] los medios de comunicación autores [...] condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable. Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esa invasión pública de su honor e intimidad. Dadas las limitaciones que caracterizan al Derecho penal, se ha considerado que la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que [...] permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima”. La música suena bien, pues se invoca implícitamente el principio de intervención mínima del Derecho penal...aunque parece adelantar la idea de los ”delitos sin víctima” o, al menos, de lo que podríamos llamar la “victima abstracta”.

La “victima abstracta” había aparecido nada menos que diez años antes, en la curiosa [STC 214/1991](#), en la que se concedió el amparo a una persona judía contra las manifestaciones negacionistas de un exnazi. La demandante no había sido aludida, luego se trastocó totalmente el significado hasta entonces tradicional de lo que el honor significaba. Un “honor colectivo” no existía antes, y más bien lo que a mi juicio el exnazi había vulnerado era la dignidad (esta sí puede ser colectiva), pero entonces el Tribunal no habría podido entrar, al estar el art. 10.1 CE fuera de los derechos susceptibles de amparo; si acaso, como bien razona el voto particular, lo que debió declararse vulnerado era el art. 24.1, no el 18.1.

De la LODH me interesa aquí destacar sobre todo el art. 2.1 (que no se ha tocado en 43 años), que dice lo siguiente: “La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”, que contradice en parte el art. 7.7 introducido en 1995, y es que los parches del legislador tienen su coste. ¿Cuándo algo es deshonroso? ¿cuando cualquiera lo sienta como tal? La cuestión no es baladí, pues en el fondo se encuentra nada menos que la polémica entre concepciones liberales “puras” o subjetivistas (cada uno define su libertad -en este caso, más que su libertad, su dignidad- a su manera) y concepciones más republicanas, teleológicas u objetivistas (en el sentido del reino de los fines, adelantado por Aristóteles, continuado por Kant y hoy defendido, entre otros, por el mediático profesor de la Universidad de Harvard [Michael Sandel](#)), en cuya virtud el Derecho no puede desentenderse de una cierta concepción del bien común o de la vida buena: lisa y llanamente, para el Derecho no cualquier acción o bien vale lo mismo... o no debería. Esta segunda línea me resulta más atractiva y coherente: si el poder constituyente enumeró un catálogo de derechos es porque en 1978 los consideró más importantes, es decir, hay cosas más valiosas que otras, y la definición de lo valioso no es neutral ni totalmente abierta. El problema que a partir de aquí se abre, como bien detectó (aunque en el contexto de la guerra fría, la idea nos sirve) el profesor de Oxford [Isaiah Berlin](#), es el siguiente: ¿quién nos dice entonces qué es lo bueno? El poder constituyente (el pueblo), aunque no ha muerto, está en hibernación, y no es previsible que se le convoque...no sea que lo que diga le venga mal a la clase política dominante. Entonces será el Estado (en realidad, el partido dominante, y en estos tiempos de polarización, seguramente sin consenso constitucional) quien nos diga en qué consiste lo bueno, y esto tampoco puede ser.

Sabiamente, la LODH intentó un punto medio: no únicamente el Estado (que también, “delimitada por las leyes”), sino junto a los ciudadanos: “la realidad social” del art. 3 del Código Civil, hoy denominada por el Tribunal Constitucional (que copia aquí a otros, y en especial al Tribunal Europeo de Derechos Humanos) “interpretación evolutiva”, aunque haciendo trampa, pues solo la ha utilizado propiamente, y con buen criterio, en el asunto del [matrimonio entre personas del mismo](#)

sexo. Antes aludí al debate filosófico; en términos de teoría constitucional, el mismo debate se traslada a la pregunta de quién determina el contenido de los derechos fundamentales, y que ya me preocupó en mi tesis doctoral publicada en 1993, donde vine a afirmar que no se puede dejar en manos de cada persona determinar cuándo existe un conflicto de conciencia, es decir, que esto tiene que objetivarse de algún modo. Es claro que el legislador no puede precisar los últimos detalles en los casos concretos... ¿solo pueden hacerlo entonces los jueces? Al final, tienen la última palabra, pero una concepción democrática de la Constitución (art. 117.1 CE: “La justicia emana del pueblo”) exige tener en cuenta la opinión de la ciudadanía, no necesariamente de los afectados (que obviamente no son neutrales), una cierta objetividad, en suma, y de ahí los “usos sociales”, que hay que comprobar empíricamente.

Vayamos ya a mi experimento docente, que tiene que ver con el famoso discurso del odio, sobre el cual ya hay ríos de tinta, y solo en castellano y en el campo de los derechos fundamentales. Me llama la atención, de entrada, una cierta esquizofrenia de la izquierda sobre el tema: de entrada, parece liberal, en contra de castigar el discurso del odio; veamos los casos más significativos de los últimos veinte años; de paso, observamos la creciente división del Tribunal en bloques:

- a) En la STC 235/2007 (librería neonazi Europa) los progresistas declaran inconstitucional el castigo penal del negacionismo (creo que es la única ocasión en que un precepto del Código Penal ha sido declarado inconstitucional), con el voto en contra (esto es, favorable a la ley), curiosamente (la ley venía de un gobierno del PSOE) de los conservadores García-Calvo, Rodríguez-Zapata y Rodríguez Arribas, a los que se suma el considerado progresista Pascual Sala: como se ve, los “bloques” no eran entonces tan monolíticos y había quien pensaba distinto al partido que lo propuso.
- b) En la STC 177/2015 (quema de fotos del Rey por independentistas catalanes), después corregida en Estrasburgo, la mayoría avala la condena penal, pero con los votos en contra de los magistrados progresistas Xiol, Valdés y Asua, a los que se suma la magistrada Roca, una de las pocas que entonces quedaban que no era simpatizante ni del PSOE ni del PP.
- c) En la STC 112/2016 (homenaje al exetarra Argala), el Pleno no avoca el amparo, la Sala es conservadora, y solo el progresista Xiol (uno de los mejores magistrados que ha tenido el Tribunal) formula un muy razonado y extensísimo voto particular.
- d) En la STC 35/2020 (tuit “Carrero Blanco debería volar” y similares), el Tribunal anula la condena, con el solo voto particular del conservador Montoya. Aunque entonces había mayoría conservadora, está claro que los magistrados no querían ser llamados al orden por Estrasburgo.
- e) En la STC 190/2020 (“me cago en la puta bandera”) se confirma la sanción penal, con el voto en contra de los magistrados Roca (independiente), Ollero (del PP, pero independiente, como él mismo ha demostrado), Xiol, Balaguer y Conde-Pumpido, quienes ya advirtieron que iba a ser anulada en Estrasburgo, como finalmente sucedió.
- f) En la STC 192/2020 (consignas proabortistas en la iglesia parroquial) se confirma la sanción penal, con el voto en contra, nuevamente, de Xiol, Balaguer y Conde-Pumpido. No me consta que haya sido recurrida en Estrasburgo.

Con la actual mayoría progresista (dentro de ella quedan los ya citados Balaguer y Conde-Pumpido, y hay cinco más, dos de ellos ex altos cargos del PSOE) no encuentro ningún caso claro de discurso del odio ante el Tribunal Constitucional: seguramente no quieren meterse en líos por el momento (recordemos que en la práctica el Tribunal admite los amparos que le apeten, no hay ningún criterio objetivo de admisión). Por lo que hemos visto hasta ahora, el sector progresista (Xiol, Valdés, Balaguer y Conde-Pumpido) del Tribunal es aparentemente liberal, con una concepción expansiva de la libertad de expresión, más bien neutral. Pero tengo mis dudas: salvo en la ya lejana STC 235/2007, todas las expresiones controvertidas venían de la extrema izquierda

(independentistas, exterroristas, antimilitaristas, anticatólicos), y cuando, en un caso que no es de expresión, pero similar, llega la libertad desde la derecha, resulta que los magistrados “progresistas” ya no son tan liberales ([como ya demostré en otra ocasión](#)), luego los sesgos son evidentes: “libertad sí, pero cuando las ideas coinciden con las mías”.

No sabemos qué sucederá a partir de ahora, pero me temo que hoy todos los partidos son más punitivos (lejos queda el principio de intervención mínima de 2010: la [reforma del Código Penal de 2015](#), que amplía notablemente el castigo a los delitos de odio, con crítica casi unánime de la doctrina, fue iniciativa del gobierno Rajoy, pero el PSOE no la ha recurrido ni modificado y creo que se encuentra cómodo con ella); a la izquierda le viene bien, ya que las protestas llegan ahora más bien desde la derecha. “La rebeldía se volvió de derechas”, como se revela en un reciente [ensayo](#). Véanse por ejemplo los aplausos de la izquierda ante el procesamiento por delito de odio del presidente del Parlamento balear por [romper las fotos de fusilados por el franquismo](#), un claro delito con “víctima abstracta” o de “honor colectivo”.

Me interesa conocer las percepciones sociales del tema, por eso de los “usos sociales”, pensados para la vía civil, pero aplicables también a la penal, un campo especialmente sensible para verificar la sinceridad (o neutralidad) del liberalismo moral (las críticas al subjetivismo en la ponderación de derechos son bien conocidos), y es que los sesgos son muy peligrosos aquí: si ampliamos mucho los derechos (colectivos) de las víctimas (¿de todas?), es claro que la libertad (individual) disminuye. Como no tengo medios (la Universidad es pobre y por eso no se hace en España sociología del Derecho), hice una encuesta a mis alumnos, preguntándoles si debía castigarse o no la expresión en determinados casos controvertidos. He aquí los resultados, ordenados según la (presunta) víctima, y sin mención en clase al resultado, en su caso, del proceso, para que los estudiantes razonaran por sí mismos (los cuatro primeros casos son reales y el último ficticio):

- a) Ataque directo a la Iglesia: [juicio contra la hoy concejala Rita Maestre](#) por sus manifestaciones, siendo estudiante, en la capilla de la Universidad Complutense, contra la Iglesia Católica, con frases como “contra el Vaticano, poder clitoriano”, “vamos a quemar la Conferencia Episcopal”, “El Papa no nos deja comernos las almejas” y otras.
- b) Ataque directo a un representante de la Iglesia: al final de la película [El escándalo de Larry Flynt](#) (Milos Forman, 1996) se recrea el juicio ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos por un [anuncio satírico](#), publicado en la revista Hustler, de una entrevista ficticia a un predicador muy conocido entonces en el país donde este narraba su primera experiencia sexual con su madre.
- c) Ataque directo a la Corona: la canción de los Sex Pistols [God Save the Queen](#) (1977), con críticas evidentes a la institución monárquica en general y a la reina Isabel II en particular.
- d) Ataque directo a la Corona y a otras instituciones tradicionales: [canción del rapero Hasél](#) contra la institución monárquica en general y contra el rey Juan Carlos I en particular, y contra otros personajes públicos de tendencia conservadora.
- e) Ataque indirecto a la comunidad musulmana en Francia: al comienzo de la película [Una razón brillante](#) (Yvan Attal, 2017), el primer día de clase en la Universidad, el profesor de Derecho romano recrimina a una alumna de apariencia musulmana por llegar tarde y hace comentarios irónicos y muy indirectos sobre los derechos de los inmigrantes en Francia.

La pregunta era: ¿se debe castigar a los autores de las expresiones citadas? ¿qué creen que opinaron mis alumnos? En los supuestos a, b, c y d (con alguna opinión disidente en el supuesto b), que no debía castigarse. En el supuesto e), que sí debía castigarse. Parece entonces que los estudiantes de segundo de Derecho de Alcalá de Henares son bastante liberales... cuando se trata de criticar a las instituciones tradicionales, no tanto cuando se ataca, aunque muy indirectamente, a los hoy llamados colectivos vulnerables (que cada vez son más), en cierto modo, en la línea de la doctrina

(aunque algo cambiante y contradictoria) del TEDH [sobre la materia](#). ¡Cuidado, profesores, con lo que decís en clase! ¡Podéis atacar a las instituciones, pero medid vuestras palabras cuando hagáis referencia a tales colectivos!

Guillermo Escobar Roca

Catedrático de la Universidad Alcalá de Henares