

OPINAR, ENALTECER, HUMILLAR: RESPUESTA PENAL E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA EN EL TIEMPO DE LAS REDES SOCIALES

To express, to exalt, to humiliate: criminal response
and constitutionally adequate interpretation in the time
of social networks

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ

Universidad de Girona
miguel.cabellos@udg.edu

Cómo citar/Citation

Cabellos Espiérrez, M. Á. (2018).

Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación
constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales.

Revista Española de Derecho Constitucional, 112, 45-86.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.02>

Resumen

Cada vez son más frecuentes los casos de condenas por expresiones vertidas en redes sociales. El objeto del trabajo es reflexionar sobre la necesidad de que los tribunales realicen un adecuado análisis de los hechos enjuiciados antes de determinar que se ha cometido un ilícito penal por la publicación de un mensaje en dichas redes. Dicho análisis será el único modo de no reducir el alcance de la libertad de expresión frente a una expansión cada vez más inmoderada de tipos penales como los contenidos en el art. 578 CP. El análisis de la aplicación de este por los tribunales, sin embargo, pone de manifiesto que faltan criterios homogéneos y constantes que permitan una interpretación constitucionalmente adecuada de esta norma penal, respetuosa con la función de la libertad de expresión en nuestro sistema. El trabajo, partiendo de esa jurisprudencia variable y en muchos aspectos contradictoria, pretende avanzar en la búsqueda de tales criterios.

Palabras clave

Libertad de expresión; internet; redes sociales; enaltecimiento; humillación; terrorismo; interpretación.

Abstract

Cases of convictions for expressions spread on social networks are becoming more frequent. The purpose of the paper is to reflect on the need for the courts to conduct an adequate analysis of the facts before determining that a criminal offense has been committed for the publication of a message on those networks. This analysis will be the only way not to reduce the scope of freedom of expression in front of an ever more immoderate expansion of criminal types such as those contained in art. 578 CP. The analysis of the application of this norm by the courts, however, shows that there are not still homogeneous and constant criteria that allow a constitutionally adequate interpretation of this criminal norm, respectful of the function of freedom of expression in our system. The work, starting from this variable and in many ways contradictory jurisprudence, tries to advance in the search of such criteria.

Keywords

Freedom of expression; internet; social networks; exalting; humiliation; terrorism; interpretation.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS CONTENIDOS DE LAS REDES: 1. La ambigüedad de los términos que integran los tipos penales del artículo 578 CP: la necesidad de una interpretación restrictiva. 2. La interpretación de la norma penal y el análisis de los hechos enjuiciados en la jurisprudencia recaída: ¿tiene valor la libertad de expresión?: 2.1. *Introducción*. 2.2. *Supuestos de ausencia de análisis real. El criterio de la evidencia y la valoración en bloque de los mensajes*. 2.3. *Supuestos de valoración más detallada sin tener en cuenta más que la literalidad de los mensajes*. 2.4. *Supuestos de valoración atendiendo a circunstancias que permitan interpretar la conducta desde un punto de vista restrictivo*. III. RECAPITULACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las transformaciones que sobre la libertad de expresión y la de información ha causado internet plantean, entre otros muchos retos, el de adaptar a dicho medio las soluciones que tradicionalmente se daban a los conflictos entre dichas libertades y otros bienes o derechos constitucionales. En relación con esto, es frecuente la afirmación de que una conducta realizada fuera de internet no ve variar su calificación ni su esencia cuando es realizada dentro de este medio, pero no es menos cierto que en determinados ámbitos de internet, como es el caso de las redes sociales, las características de estas y de los mensajes en ellas emitidos pueden ser relevantes a la hora de calificar la conducta.

Y es que, en efecto, la mayor difusión que tienen los contenidos que se vierten en internet (y muy especialmente los compartidos a través de las redes sociales) lleva a que el tratamiento de los mismos en el ámbito penal se haga de un modo que tiende a restringir la efectividad de la libertad de expresión¹. Incluso se registran intentos de abordar el control de estas conductas desde el

¹ Señala Boix Palop (2016: 66) que no hay que suponer que «la respuesta represiva a la expresión realizada en las redes sociales [...] haya de ser siempre la misma que la que se produce cuando nos enfrentamos a contenidos transmitidos empleando medios de comunicación o canales tradicionales» y advierte cómo en el ámbito penal se produce «una rebaja en los umbrales de admisibilidad en la expresión, en ocasiones derivada de reformas legislativas que se producen tras la constatación de que estos nuevos medios de expresión parecen estar generando nuevos riesgos sociales frente a los que

ámbito de la Administración, con el consiguiente intento de desplazamiento de quien debiera ser la única encargada de dictaminar sobre las mismas: la autoridad judicial.

En cuanto a la intervención administrativa en este ámbito, hay un punto de partida que se comparte generalmente en la doctrina pero que parece no haberse asimilado del todo por parte de algunas de las principales fuerzas políticas: la improcedencia de dar a la Administración facultades decisorias y sancionadoras en materias ligadas a la libertad de expresión, por el riesgo potencial de arbitrariedad y de eliminación de garantías², entre otros muchos problemas que en la práctica se plantean³. Son los tribunales los que ofrecen, en principio, mayores garantías a la hora de resolver esos conflictos, que se proyectan, no debe olvidarse, sobre derechos fundamentales⁴.

urgía una respuesta más severa». En un previo trabajo (2002: 146-156) analiza igualmente la cuestión en la experiencia estadounidense.

- ² Como ha indicado Betancor Rodríguez (2007: 60 y 64) al hilo del análisis de la experiencia estadounidense en el ámbito del control administrativo de las emisiones televisivas, la decisión acerca de si en cada caso concreto ha de prevalecer o no la libertad de expresión no es un control mecánico, sino que exige unas labores de fijación de límites y de ponderación que «no pueden mecanizarse» e incorporan «un margen de apreciación, [lo que] incapacita a la Administración» por cuanto «al no poderse mecanizar jurídicamente el control de los contenidos [...] se incrementa el margen de apreciación de la Administración [y con ello esta] pasa a disponer subjetivamente de esos límites [y] a disponer de la libertad misma [con lo que] incurre en un supuesto de censura».
- ³ La penetración administrativa en el ejercicio de la libertad de expresión y, por lo que a este trabajo se refiere, en el ejercicio de esta en el ámbito de internet y las redes sociales, se muestra como una vía de minoración de garantías del ciudadano, que además pone a la Administración en el lugar que corresponde a los ciudadanos ofendidos y lleva a aquella a ejercer una tutela que quizá estos no considerarían necesario llevar a cabo y que, además, en el caso de contenerse en normas autonómicas (como se planteó en la Comunidad de Madrid, tal como se dirá en la nota siguiente), genera no pocos problemas. Por ejemplo, hallar el punto de conexión entre la conducta realizada en las redes sociales y el ámbito territorial autonómico de la norma. También se plantean conflictos con muy diversas previsiones constitucionales: dado que estamos hablando de limitar derechos fundamentales existe reserva de ley orgánica y, además, entramos en ámbitos que exceden del acervo competencial autonómico en la medida en que operará fácilmente la reserva competencial que el art. 149.1.1 CE realiza al Estado en relación con las condiciones básicas referidas a los derechos.
- ⁴ En la misma línea, Boix Palop (2016: 97-105), luego de constatar las vías por las que en España la Administración se está haciendo con mecanismos para controlar directa o indirectamente el ejercicio de la libertad de expresión en internet (ya sea a través de la actuación de la AEPD o los consejos audiovisuales, o bien a través de la creación

Con la intervención judicial, sin embargo, no termina el problema. De hecho, en determinados casos comienza. Nos referimos a aquellas decisiones judiciales en las que el análisis de lo manifestado en una red social, a fin de determinar si es o no penalmente relevante, no se lleva a cabo o bien se reduce a una serie de consideraciones rituales que no pueden considerarse realmente constitutivas de un auténtico análisis. Habida cuenta de que se resuelven procesos penales basados en la aplicación de tipos, por lo demás, potencialmente ambiguos, los riesgos para la libertad de expresión aumentan exponencialmente.

El objeto de este trabajo es, pues, reflexionar sobre la necesidad de que se realice un adecuado análisis de los hechos enjuiciados (y bajo una serie de parámetros que luego se expondrán) antes de determinarse en sede judicial que se ha cometido un ilícito penal por la publicación de un mensaje en las redes sociales, adecuado análisis que será el único modo de no ir reduciendo el alcance de la libertad de expresión frente a una expansión cada vez más inmoderada de determinados tipos penales; nos referiremos, especialmente, al art. 578 CP⁵, por ser el que está sirviendo en la actualidad para fundamentar

de ilícitos administrativos en la Ley Orgánica 4/2015, relacionados con la prohibición de publicar y compartir imágenes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por ejemplo) señala cómo los riesgos para la libertad de expresión son evidentes, frente a lo que había sido el propósito de la regulación constitucional que, en contraste con la situación previa a su promulgación, deja claro en artículos como el 20.2 o el 20.5 (prohibición de censura previa, necesidad de resolución judicial para el secuestro de publicaciones) que el poder judicial toma el relevo a la Administración en este ámbito. Que ahora se esté desandando ese camino por razones de mera eficacia (el proceso judicial es más lento y oneroso) no puede ocultar los «evidentes riesgos para el pluralismo que se derivan de dar cada vez más poderes en estos ámbitos al poder ejecutivo». Riesgos que, podemos añadir, se plasmaban perfectamente en el finalmente retirado proyecto de ley sobre la igualdad de trato y la protección contra las acciones de incitación al odio, la discriminación y la intolerancia en la Comunidad de Madrid (el PSOE presentó al mismo tiempo una proposición de ley en muchos aspectos sustancialmente idéntica al proyecto del Gobierno regional, y con mayor atención incluso al ámbito de las redes sociales. Ambos textos fueron retirados definitivamente a petición de sus promotores por la Mesa de la Asamblea el 13 de febrero de 2017) o en la proposición de ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (BOCG 122-1, de 12 de mayo de 2017).

⁵ En su apdo. 1 indica el precepto que: «El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado

los procesos penales seguidos, en número cada vez más creciente, contra acusados de enaltecer el terrorismo o humillar a las víctimas de actos terroristas en Twitter o en algún caso Facebook.

La lectura de las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en torno a estos casos pone de manifiesto que no siempre se realiza aquel análisis y que, con ello, se corre el riesgo de que los límites a la libertad de expresión sean, cada vez más, trazados de un modo tal que el ámbito de lo penalmente relevante se vaya extendiendo como una mancha de aceite dentro de la cual quedan incluidos comentarios, realizados al amparo de la inmediatez y la concisión propios de esas redes sociales, que si bien pueden ser con frecuencia representativos de inmadurez o de estulticia, no debieran ser constitutivos de delito salvo en casos extremos⁶ si damos a la libertad de expresión el valor que debe tener en un Estado democrático. De lo contrario, además, se convierte progresivamente a la Audiencia Nacional en una especie de controlador penal de las redes sociales, y se extienden los tipos de terrorismo a terrenos cada vez más inabarcables y ello, paradójicamente, en un momento en el que, por fortuna, en España no padecemos como en el pasado la actuación continuada y sistemática de bandas terroristas⁷.

en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57». Los apdos. 2 y 3 agravan la pena en determinadas circunstancias (entre ellas, utilizar internet) o se refieren (apdo. 4) a la destrucción o retirada de contenidos.

⁶ Señala en este sentido Teruel Lozano (2017: 1) que «el legislador, en los últimos tiempos, ha endurecido una serie de delitos como el de enaltecimiento terrorista o el que castiga el discurso del odio (racista, xenófobo...), dando pie a que se terminen sancionando los discursos por como “suenan”. Resulta preocupante la cantidad de condenas de la Audiencia Nacional a jóvenes por mensajes de twitter que “suenan” a provocación terrorista o que “parecen” humillantes, sin que los tribunales enjuicien si los mismos han generado el más mínimo peligro o si verdaderamente han ofendido a una víctima. A mi juicio, estos delitos en su formulación actual presentan graves vicios de constitucionalidad».

⁷ En una entrevista concedida a *eldiario.es* el 4 de marzo de 2017, el magistrado Joaquín Bosch, que fuera portavoz de Jueces para la Democracia, manifestaba a este medio que: «Ahora se condenan discursos con poca capacidad para generar problemas al sistema político. Cuando ETA cometía asesinatos, llegaban a la Audiencia Nacional unos tres casos al año por enaltecimiento del terrorismo. Ahora, que hace años que ETA ha dejado de matar, llegan más de 30. [...] Que el tribunal mejor

II. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS CONTENIDOS DE LAS REDES

1. LA AMBIGÜEDAD DE LOS TÉRMINOS QUE INTEGRAN LOS TIPOS PENALES DEL ARTÍCULO 578 CP: LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Como se dijo antes, se parte aquí de la base de que el control de los límites de la libertad de expresión en las redes sociales debe corresponder a los jueces, lo que en los casos más graves nos llevará al ámbito penal. En torno a ello, son relevantes, en casos concretos, el art. 510 CP pero, especialmente, a los efectos del presente trabajo y debido a la frecuencia con que en los últimos tiempos se viene aplicando en relación con mensajes en las mencionadas redes sociales, el art. 578 CP, al que como se dijo nos referiremos de modo constante en estas páginas, y cuyo principal problema es el de su muy abierta formulación.

En dicho precepto, observamos que el legislador ha realizado una operación de ponderación entre bienes e intereses en conflicto. Por un lado, podemos pensar que ha considerado, al hablar de enaltecimiento o justificación, que la seguridad pública (que entiende pudiera verse afectada por conductas de aquella índole) o incluso la vida y la integridad física de los ciudadanos (potencialmente amenazados en la medida en que aquel enaltecimiento pudiera llevar a otros a atentar contra dichos bienes) priman sobre la libertad de expresión, y anuda una pena a la comisión de dicha conducta enaltecedora o justificativa. Y en segundo lugar, cuando habla de descrédito, menosprecio y humillación de las víctimas, podemos pensar que ha entendido que el derecho al honor de estas (y en último término su dignidad) prima frente a la libertad de expresión, con idéntica consecuencia penal. Es una ponderación, por lo demás, que encuentra acomodo por ejemplo en el art. 10.2 CEDH, que prevé la posibilidad de restricciones o sanciones en el ámbito de la libertad de expresión siempre que estén previstas por la ley y constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la consecución o protección de una serie de bienes jurídicos que el artículo enumera, entre ellos la seguridad nacional, la seguridad pública o la protección de la reputación de las personas.

Esta es la ponderación que el legislador ha realizado, y sobre la que ha basado la creación del precepto, que ha recibido críticas mayoritarias de la

dotado de instrumentos, el que debe juzgar casos de una enorme relevancia, dedique un porcentaje tan importante [de su tiempo] a perseguir tuiteros, expresiones de mal gusto o chistes más o menos desafortunados, dice bastante del tiempo de retroceso de libertades que estamos viviendo. En un Estado de Derecho, en una democracia avanzada, nunca está justificado castigar opiniones. Solo está justificado cuando son incitaciones directas y claras a cometer actos violentos».

doctrina penal⁸. El problema es que el legislador la ha llevado a cabo enunciando conceptos muy genéricos, en los que pudiera haber cualquier cosa. No es imaginable, sin embargo, que el legislador haya querido penar «cualquier cosa», pues ello llevaría fácilmente a un uso desmedido y excesivo del derecho penal que chocaría con los principios propios de un derecho penal ajustado a la Constitución del Estado social y democrático de derecho, entre ellos los de taxatividad e intervención mínima. Queda, por tanto, en manos del juez realizar una interpretación restrictiva del tipo penal y un análisis muy cuidadoso de los hechos enjuiciados para cerrar el círculo de esa ponderación un tanto vaga o genérica que ha hecho el legislador⁹. Una labor, pues, de subsunción del hecho en la norma penal¹⁰, labor compleja y de resultados potencialmente muy variables por las razones ya indicadas y que concurren en este caso.

El problema de partida, pues, es la vaguedad de la norma penal existente. Incluso en un ámbito como el europeo, en el que la libertad de expresión no tiene un alcance tan amplio como el que posee en Estados Unidos¹¹, no puede

⁸ Sobre las mismas véase Ramos Vázquez (2008: 781 y ss.).

⁹ Como recuerda Ferreres Comella (2002: 153 y ss.), la jurisprudencia tiene un papel a la hora de concretar las normas penales y sancionadoras (hasta el punto, señala el autor, de que se puede sostener el valor normativo de aquella) si bien es un papel con límites: por ejemplo, sería muy discutible, señala el autor, que dicho papel pueda consistir en la práctica en la reescritura de una norma penal o sancionadora que por sí misma no satisfaga suficientemente las exigencias de taxatividad. El juez, pues, se halla en el centro de un necesario equilibrio: concretar, precisar, sin alterar sustancialmente. A ello se refiere implícitamente la STC 151/1997 (FJ 3) que establece que: «Atendiendo a las exigencias que del principio de legalidad derivan respecto del aplicador y, en especial, respecto del juez, la presencia de cláusulas normativas necesitadas de valoración judicial obliga a éste a indagar los cánones objetivos que han de regir dicha valoración, atendiendo, en casos como el presente, a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente, depurados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución». También es relevante en este ámbito la obra de Lascuráin Sánchez (2002: *passim*).

¹⁰ Y en la que en algunas sentencias late también una cierta ponderación (ya sea explicitada por el juzgador o realizada de modo implícito). Sobre la ponderación, ciertamente, el número de estudios es muy elevado, pero es de utilidad citar por su interés a nuestros efectos el reciente (y muy crítico) trabajo de García Amado (2016: *passim*). Igualmente con anterioridad y en similar sentido el de Sánchez González (2003: *passim*).

¹¹ Sobre las diferencias entre el modelo de libertad de expresión en el ámbito del CEDH y el propio de Estados Unidos, véase Tenorio Sánchez (2013: *passim*). El autor subraya la trascendencia de la jurisprudencia del TS de EE.UU. en el ensanchamiento de la libertad de expresión, al tiempo que en el caso del TEDH las posibilidades de

admitirse una regulación tan vaga que acabe acogiéndolo todo, y sin embargo este peligro, el de la excesiva vaguedad, que es el que se nos aparece en el caso estudiado, no es, en cualquier caso, un peligro nuevo o desconocido; a este respecto, ha señalado Silva Sánchez (2015: 2) cómo en las últimas décadas los tribunales constitucionales «han reconocido la inevitable vaguedad del lenguaje ordinario así como la legitimidad del recurso del legislador penal a términos porosos, con la finalidad de lograr la adaptación de las leyes formales a circunstancias cambiantes o a las exigencias de justicia del caso concreto. La protección de la garantía de seguridad jurídica no vendría entonces, por la ley penal en sí misma, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales», en última instancia garantizada por el TC. Nuestro propio Tribunal Constitucional ha reconocido el inevitable recurso a formulaciones abiertas en diversas sentencias¹² y ha señalado expresamente, en la misma línea que indicaba Silva, que es el juez quien ha de acabar de llenar la indeterminación que pueda haber en la norma¹³.

Ese inevitable desplazamiento de la seguridad jurídica de la ley a los tribunales conlleva, ciertamente, evidentes riesgos: donde la ley penal es ambigua, donde utiliza términos que pueden dar cobijo a múltiples realidades e interpretaciones, esperar una unificación por parte de los tribunales es tarea que lleva tiempo, y que solo parcialmente se conseguirá¹⁴. Aun cuando el Tri-

restricción del art. 10.2 CEDH han tenido su relevancia y por ejemplo el TEDH ha opuesto en ocasiones la libertad religiosa como derecho prevalente a la libertad de expresión, si bien es cierto que ha sido más infrecuente que hiciera pasar por delante de estos otros derechos como el derecho a la intimidad o al honor (*op. cit.*, 295). También es de interés Sánchez González (1992: 25-52). Sobre la relación entre libertad religiosa y libertad de expresión teniendo en cuenta la jurisprudencia del CEDH véase también Cabellos Espiérrez (2017a: *passim*). En torno a la jurisprudencia estadounidense sobre libertad de expresión véase Salvador Coderch (1990: 26-47) y Sánchez González (1992: 35-98).

¹² Así, por ejemplo, las SSTC 62/1982, 69/1989, 137/1997 o 151/1997, entre otras. Exige el Tribunal la determinabilidad de los conceptos usados a través de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y exige igualmente justificar la necesidad de emplear tales conceptos. Sobre ello, véase Alcácer Guirao (2010: 19 y ss.).

¹³ Véase STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3. Subraya Alcácer Guirao (2010: 25) cómo ello «conlleva atribuir una enorme trascendencia a la motivación judicial — tanto a su existencia como a su “calidad”, que devendrá un requisito constitucional de la [...] garantía de previsibilidad normativa».

¹⁴ Solo parcialmente porque, en primer lugar, si de derechos fundamentales hablamos, no todo llega al Tribunal Constitucional, especialmente desde la reforma del recurso de amparo en 2007, que ha expulsado de esta vía de examen ante el TC multitud de

bunal Constitucional hable, eso no siempre significará que todos los problemas queden automáticamente resueltos¹⁵, y mientras tanto, en cualquier caso, los tribunales ordinarios pueden deparar una heterogénea interpretación y aplicación de la norma penal que poco satisfará a la seguridad jurídica, a la que escaso servicio hace una norma imprecisa y que pudiera pensarse que pretende, con su vaguedad, castigarlo todo para que nada quede fuera de lo punible¹⁶.

Esto es lo que viene ocurriendo con la aplicación del art. 578 CP a los casos que hasta ahora se han juzgado en la Audiencia Nacional, y en algunos

casos que antes llegaban; y obviamente en lo referido al recurso de inconstitucionalidad dependemos de que alguno de los legitimados para interponerlo recurra la norma legal, así como en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad y de la autocuestión formulada por el propio TC dependemos de que se den los presupuestos bajo los que la LOTC las permite.

¹⁵ Primero, porque el Tribunal se ha de regir por el principio de congruencia, y solo ha de pronunciarse sobre los aspectos que sean objeto del litigio (el art. 39.1 LOTC lo ilustra de modo preciso); no todos los problemas que una norma plantee potencialmente van a poder ser objeto de análisis. Segundo, porque el Tribunal no es un legislador positivo, y va a ser (y debe ser) lógicamente reacio a cualquier actuación que suponga escribir él mismo el texto de la norma, manteniéndose en todo momento dentro de los cauces que, como máximo, le permita la técnica de las sentencias interpretativas. En tercer lugar, porque incluso cuando hable por esta vía, no siempre los tribunales ordinarios aplican después real y adecuadamente la línea por él marcada: es un ejemplo de ello, como se verá, las dificultades que está teniendo para imponerse en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios la lectura que el TC realizó en su STC 112/2016 del tipo de enaltecimiento del terrorismo. Quiere decirse con ello, en definitiva, que las imprecisiones del legislador solo parcialmente las pueden reconducir los tribunales constitucionales.

¹⁶ El propio TC ha advertido contra la vaguedad de las normas penales en sentencias como la 104/2009 (FJ 2), en que ha señalado que el principio (y derecho fundamental) del art. 25.1 CE «implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador». Dado que sabemos que la precisión absoluta es imposible, porque las normas se construyen con palabras, y estas y las combinaciones que de ellas resultan pueden dar lugar a ambigüedad, y dado que es imposible prever en la norma todos los supuestos que la realidad deparará, el Tribunal admite el uso de conceptos jurídicos indeterminados, pero siempre que «su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia». En esta razonabilidad radicará la clave en cada caso.

supuestos luego en casación ante el Tribunal Supremo, en relación con usuarios de la red social Twitter (y en algún caso de Facebook), que han llevado al extremo una aplicación judicial del precepto que, ya antes de entrar en este nuevo ámbito de las redes sociales, había venido siendo criticada por la doctrina en su aplicación a otros ámbitos más tradicionales (manifestaciones, mítines, etc.). Ocurre ahora, sin embargo, que los efectos disfuncionales del precepto se magnifican, pues si manifestaciones o mítines son episódicos en el tiempo, mensajes en las redes sociales se vierten en cantidad ingente a cada minuto; de ahí el interés, a mi juicio, de poner el foco en este concreto ámbito y de las sentencias que están recayendo en él sobre todo en estos dos últimos años, como manifestación de un fenómeno que parece que no hace sino aumentar.

De la lectura de las sentencias se deduce que la amplitud de los términos del precepto mencionado en relación con mensajes vertidos en las redes sociales ha llevado a interpretaciones de muy diverso tipo, que alternan, en ambos tribunales, casos de ausencia de análisis real de los hechos y de su significación y características con otros en que se analiza pero de una manera mecánica, y otros, finalmente, en que sí que se entra a considerar criterios relevantes para una aplicación constitucionalmente adecuada de la norma penal y del balance o ponderación de bienes que en ella ha plasmado el legislador. Por tanto, la divergencia en el modo de resolver es patente, depende en muchos casos de la composición concreta de la sala juzgadora, y deja al acusado en manos de una especie de azar judicial que debiera ser sustituido por criterios constantes y precisos que actualmente se echan en falta.

La expansión de la norma penal se produce, ciertamente, si se parte de una interpretación de los términos del art. 578 CP que se base en su mera literalidad añadiéndole toda una serie de sinónimos que la amplíen. Es lo que hizo la STS 656/2007, de 17 de julio, de un modo en el que es fácil constatar hasta qué punto son vagos los conceptos que en ella se manejan, y que reaparecerán en muchas de las sentencias recientes que analizaremos en relación con la aplicación del art. 578 CP al uso de las redes sociales, y que se remiten a aquella. Así, refiriéndose a la parte del art. 578 que nos habla de descrédito, menosprecio o humillación, señala el TS que por descrédito se entiende «disminución o pérdida de la reputación de las personas»; menosprecio es «poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén»; y por humillación se entiende «herir el amor propio o dignidad de alguien» de modo que dicha dignidad sufra «algún menoscabo». La pregunta subsiguiente ha de ser si toda afirmación que suponga «poco aprecio», «poca estimación», «disminución de la reputación» o «algún menoscabo» en la dignidad ha de entenderse como suficiente para integrar el tipo penal del art. 578 CP.

La respuesta negativa parece clara, salvo que se quiera ampliar la frontera penal de manera desmesurada; el propio TS, tras aquellas definiciones tan vaporosas, añade en la sentencia citada (tomando el texto de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2000) que a través del art. 578 CP «se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas, al tiempo que incrementan el horror de sus familiares». Aun cuando se aprecia una cierta contradicción entre lo vago de las iniciales definiciones y la acotación que se hace en relación con el hecho de que las conductas han de ser especialmente perversas, o que han de calumniar, humillar o incrementar el horror (lo que no sucederá siempre que se dé un caso de «poco aprecio», «poca estimación», etc.), lo cierto es que esta reflexión o acotación ulterior cae en el olvido cuando la propia sentencia resuelve el caso en ella enjuiciado.

Si nos centramos ahora en el enaltecimiento o justificación del terrorismo, que es la otra parte del art. 578 CP junto con el mencionado descrédito, humillación o menosprecio, de nuevo en la STS 846/2015 se parte en su FJ 1 (junto con la cita de la ya mencionada STS 656/2007) de presupuestos vagos a la hora de determinar cuándo deberá limitarse la libertad de expresión: se habla de que se prohíben «conductas de alabanza de actividades terroristas que propicie[n] un clima favorable a su reproducción o se constituya[n] en germen remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza, acciones que cuartejan los pilares del Estado de derecho». Pero ni propiciar un «clima favorable» a la reproducción de conductas ni, menos aún, ser «germen remoto pero real» de nuevas acciones, son baremos que contribuyan en nada a la seguridad jurídica y suponen en cambio un adelantamiento desproporcionado de la respuesta penal¹⁷.

En realidad, de las dos clases de conductas que componen el art. 578 CP en su apdo. primero, una restricción de las mismas constitucionalmente coherente con el papel de la libertad de expresión puede llegar a ser posible bajo

¹⁷ Subraya Elósegui Itxaso (2017: 327), en un estudio dedicado a la negación o justificación del genocidio pero en el que, lógicamente, se suscita también el problema de determinar hasta dónde puede llegar y hasta dónde no la libertad de expresión, que deben evitarse a la hora de establecer los límites de esta «conceptos abstractos, como la creación de clima hostil o la lesión del orden público o la paz social», lo que es perfectamente trasladable, a mi juicio, al caso del art. 578 CP y de la justificación o enaltecimiento del terrorismo. Véase también Alonso Irímo (2010: 55 y ss.) refiriéndose a los «delitos de clima» y mostrando cómo la STC 235/2007 incurre de hecho en este problemático concepto al referirse a la justificación del genocidio. En su opinión, además, la referencia a la «incitación indirecta» al delito vendría también a entrar en ese ámbito, razón por la que el autor se muestra crítico con la misma.

determinadas exigencias en el caso del primer grupo (enaltecimiento y justificación) pero resulta más compleja en relación con el segundo (descrédito, menosprecio, humillación). Y es que en cuanto al primero el propio Tribunal Constitucional, partiendo de la jurisprudencia del TEDH y de diferentes normas internacionales, ha señalado en su STC 112/2016 (basándose en su previa STC 235/2007¹⁸), que en el tipo penal de enaltecimiento y justificación del terrorismo del art. 578 CP el hecho de castigarlo «supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que [las conductas realizadas] puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (FJ 4)¹⁹. Esta referencia a la necesidad de propiciar, directa o indirectamente, una situación de riesgo no siempre ha sido después tenida en cuenta, como veremos, en la jurisprudencia ordinaria, pero marca el camino a seguir para acotar la respuesta penal en esos casos y evitar el riesgo, puesto de manifiesto por el propio TC, de que se produzca progresivamente un efecto de desaliento en el ejercicio de la libertad de expresión, razón por la cual el alto tribunal insiste en la importancia de la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio de dicha libertad, y en «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejer-

¹⁸ En ella consideró el TC permisible «excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito [difusión de ideas que justifiquen el genocidio], siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio». Quedan excluidas aquellas conductas que no produzcan dicho efecto, y entre ellas «la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE» (FJ 9).

¹⁹ La jurisprudencia del TEDH que permite fundamentar limitaciones a la libertad de expresión en casos de discurso del odio es ya muy prolongada (véanse, por ejemplo, las sentencias *Zana c. Turquía*, de 25 de noviembre de 1997; *Sürek c. Turquía*, de 8 de julio de 1999; *Öztürk c. Turquía*, de 28 de septiembre de 1999; *Müslüm c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003; *Hogefeld c. Alemania*, de 20 de enero de 2000; *Özgür Gündem c. Turquía*, de 16 de marzo de 2000; *Halis Dogan c. Turquía*, de 7 de febrero de 2006; *Hocaogullari c. Turquía*, de 7 de marzo de 2006; *Kutlular c. Turquía*, de 29 de abril 2008; *Leroy c. Francia*, 2 de octubre de 2008; o *Feret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009). Lo que está sobre la mesa, pues, no es si es admisible o no limitar en esos casos la libertad de expresión, sino cómo hacerlo para no acabar con ella si se adopta un concepto extensivo de discurso del odio, enaltecimiento, etc.

cicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (FJ 2d, con cita de jurisprudencia anterior)²⁰.

La clave estará en determinar en cada caso, lógicamente, si el tribunal que enjuicie un caso de enaltecimiento y justificación ha realizado un análisis adecuado de las circunstancias del caso para determinar si concurre, cuando menos, esa incitación indirecta²¹ que genera peligro para personas o para el propio sistema (lo que llevaría a la aplicación del tipo penal del art. 578 CP, como precepto en el que el legislador habría considerado que la seguridad pública²² o la vida e integridad de las personas se imponen a la libertad de expresión), o si, por el contrario, atendidas la naturaleza de las actuaciones, el contexto espacial y temporal en que las mismas se realizaron, su difusión, su idoneidad para causar efectos, etc., no procede su incardinación en el tipo penal y prevalecerá la libertad de expresión²³.

Pero mucho más complejo es (y no contamos de momento con un expreso pronunciamiento del TC) delimitar el segundo bloque de conductas

²⁰ Sobre el efecto desaliento, su origen y contenido, específicamente en lo relativo a la libertad de expresión y las normas penales, véase Cuerda Arnau (2007: 18 y ss.). Para la autora, «la utilidad que reporta la doctrina que se comenta [el efecto desaliento] es, según creo, la de operar como exigencia adicional de justificación frente a tipos que, pese a su relativa indeterminación, superan el filtro de la legalidad». Sería el caso, indica la autora, del art. 578 CP. A su juicio, «la relación de la conducta típica con el derecho fundamental, le obliga [al legislador] a justificar el desaliento que toda sanción conlleva y [...] la indeterminación [del tipo penal] le compele a extremar las precauciones para conseguirlo».

²¹ Crítica no obstante Ramos Vázquez (2009: 791) que, frente a la previsión general del art. 18 CP, que al hablar de la apología exige «incitación directa», en el 578 CP baste la indirecta, que con carácter general el legislador había eliminado en 1995, y que en este precepto (y en el relativo a la justificación del genocidio) reaparece.

²² Que, por lo demás, como bien jurídico penalmente protegible recibe notable crítica desde la doctrina penal, por su carácter genérico y por dar lugar a resultados no menos problemáticos, como recuerda Teruel Lozano (2015b: 340 y 457-460).

²³ Si no se atiende a tales circunstancias, entonces, como señala Sáez Valcárcel (2016: 47-48), «una vez que la norma no pide a la acción comunicativa idoneidad o capacidad para incitar al delito o a la violencia, se abre un inmenso campo para la intervención penal. Prohibir el enaltecimiento del delincuente y la justificación del crimen es un programa que abandona en manos del intérprete la definición de los límites, si los hay [...]. Los verbos enaltecer y justificar, sin otra referencia, han demostrado su potencial criminalizador de conductas [...] abren la puerta a las convicciones personales del intérprete, hacen muy complicado [...] elaborar un pronóstico sobre los límites de la ley penal, cuando la previsibilidad sobre las consecuencias punitivas de la acción es un requerimiento básico en el estado de derecho».

del art. 578 CP: las que conllevan descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lo habitual en las sentencias de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo ha sido aplicar un entendimiento muy extensivo de tales conceptos, prescindiéndose incluso del hecho de que la víctima haya manifestado en algunos casos no haberse sentido afectada por los comentarios enjuiciados; a ello se hará referencia en el próximo apartado. En algún voto particular, como el del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la STS 4/2017, se intenta una delimitación, afirmándose por ejemplo que «debería tratarse de formulaciones capaces de hacer que una víctima hipotética pudiera considerarse directamente concernida y sentirse vilipendiada por ellas» y que dicha incidencia «no se daría en ninguno de los casos en que los aludidos son personajes históricos o sujetos políticos». Pero, como se verá, estamos ante un supuesto en que el legislador ha decidido la persecución penal de oficio de expresiones que de otro modo hubieran ido (si no pudieran ser vehiculadas a través del delito de injurias) por la vía civil a instancia de parte, y la amplitud del tipo penal lleva a que todo, desde un insulto claramente dirigido a menospreciar a una persona hasta la mera reproducción de un chiste conocido desde hace décadas y relativo a un hecho criminal no menos viejo, integren por igual el tipo penal de este inciso del art. 578 CP. Solo una labor de determinación de cuándo hay realmente voluntad de humillar (por la entidad de los mensajes, por la finalidad con que se emitieron y el contexto en que se insertaban, por la reiteración de los mismos en relación con una persona, por el tono —no siempre es lo mismo un chiste, por burdo que sea, que un insulto— etc.) puede ayudar a delimitar de modo razonable el contorno de la respuesta penal en estos casos.

Así pues, un adecuado análisis de los hechos enjuiciados que tenga en cuenta la posición de la libertad de expresión en nuestro sistema debiera llevar a evitar que la respuesta penal se adelante tanto y baste, en el primer caso (enaltecimiento y justificación), con una alabanza genérica sin que sea necesaria intención de incitar a la comisión de delitos con la consiguiente causación de peligro o, en el segundo caso (descrédito, menosprecio o humillación), que baste cualquier expresión irrespetuosa (que incluso a su destinatario, si la conoce, le puede parecer irrelevante).

De no evitarse, ello llevaría (*rectius*: ya está llevando en muchas ocasiones en estos últimos años) a una expansión de la respuesta penal cuyos efectos sobre la libertad de expresión pueden ser cada vez más intensos, y más si, como está ocurriendo, el Ministerio del Interior dedica a través de las Fuerzas de Seguridad esfuerzos específicos a la averiguación de mensajes en Twitter o Facebook que, de otro modo, no tendrían ninguna difusión ni efecto reales. Paradójicamente, se produce con ello el resultado de sacar a la luz comentarios u ocurrencias que por lamentables, banales, criticables, etc., que pudieran ser,

hubieran quedado sepultados bajo el marasmo de mensajes que cada día inundan las redes sociales, y hubieran carecido de cualquier efecto sobre la realidad, si no hubiera sido porque reciben una atención mediática más que notable cada vez que son elevados a la categoría de delito, previo recorrido policial mediante búsqueda orientada a localizar términos concretos en las redes.

En definitiva, debe propugnarse la necesidad de hallar esos elementos calificadores que vayan más allá de una concepción meramente literal del enaltecimiento (elementos tales como la incitación al delito, que aun cuando según el TC pueda admitirse como «indirecta» debe ser idónea para la causación de un peligro concreto) o, en el caso del descrédito, menosprecio y humillación, ha de afirmarse la necesidad de evitar igualmente una interpretación literalista de la misma índole y exigir, como elemento distintivo de la conducta, una intención clara y directa de humillar a una persona, examinándose (frente a lo que en no pocas sentencias se sostiene) la intencionalidad del autor, el contexto, el efecto, etc.

Con un cuidadoso examen de las circunstancias que envuelven a la acción se podría, pues, determinar si concurren los elementos calificadores indicados y con ello se evitaría tratar por igual, por un lado, el enaltecimiento consciente o la humillación directamente buscada y, por otro, la expresión de posicionamientos ideológicos, el humor negro, la ironía o la crítica política, o simplemente, en otros casos, las manifestaciones de estulticia o inmadurez, con el consiguiente avance desmesurado del tipo penal del 578 CP²⁴. Con ello, además, se daría algún sentido a la ponderación realizada por el legisla-

²⁴ Puede recordarse en este punto de nuevo el voto particular del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la STS 4/2017, en el que en primer lugar se valora la relevancia del entorno cultural en que se ubican las manifestaciones artísticas del acusado, y especialmente se apunta al hecho de que enaltecer requiere una cierta elaboración, «un mínimo de textura argumental, de elaboración discursiva y de alguna capacidad de convencer, por tanto». Y que las conductas realizadas «guarden una mínima relación contextual y de efectiva funcionalidad con [las conductas de los arts. 571 a 577 CP] de manera que quienes ejecutan actos de terrorismo puedan beneficiarse de ellas o rentabilizarlas en términos de apoyo, generación de consenso o de prestigio social. Y en el caso de las relativas a las víctimas, debería tratarse de formulaciones capaces de hacer que una víctima hipotética pudiera considerarse directamente concernida y sentirse vilipendiada por ellas». En la misma línea véase Sáez Valcárcel (2016: 46). Por lo demás, ha de recordarse que la libertad de expresión no abarca solo lo juicioso o lo formativo (como pretendían concepciones tradicionales que la limitaban solo a lo que fuera capaz de contribuir a la formación de la opinión pública) sino también, como recuerda Aparicio Pérez (1997: 492) «actividades que nada tienen que ver con la repetida formación de una opinión pública libre sino, más bien, de una opinión

dor al redactarlo, y se evitaría que su aplicación entrara en colisión con la libertad de expresión como derecho fundamental. Como se verá más adelante, la jurisprudencia ha avanzado lentamente hacia esos objetivos, alternando avances y retrocesos y, con ello, contradicciones, aunque algunas de las últimas resoluciones recaídas permitan albergar cierta esperanza de evolución hacia una aplicación debidamente restrictiva del art. 578 CP, al menos en el caso de la vertiente del precepto relativa al enaltecimiento.

Esta es, de todos modos, una solución para mientras exista el precepto. Como se insistirá más adelante después de observar la panorámica de las sentencias que en los últimos tiempos se han dictado en el ámbito de las redes sociales, el precepto, desde el punto de vista de la libertad de expresión y de los caracteres que debe tener el derecho penal en el Estado democrático, causa muchas más disfunciones que problemas resuelve. Puede argumentarse su existencia en concretos casos, pero son muchos más aquellos en los que se acaba condenando acciones que no debieran ir por la vía penal, con el riesgo cierto de que esta se acabe deslizando hacia el derecho penal del enemigo²⁵, hacia la punición de meros «delitos de clima»²⁶, y en definitiva hacia el empobrecimiento de la libertad de expresión. *De lege ferenda*, pues, lo idóneo sería reescribir a fondo el precepto para precisarlo y para restringirlo a casos muy graves, o bien directamente eliminarlo. Mientras eso llegue, al menos, su aplicación judicial debiera variar y salir, como se verá, de la actual situación de

pública “estúpida” [...] Y ello viene derivado del hecho de que la intercomunicación se desarrolla sobre la totalidad de los espectros de la vida política y social».

²⁵ Es de tal opinión Cancio Meliá (2010: 285) para quien «desde la perspectiva de la noción de “derecho penal” del enemigo, parece claro que la vertiente simbólica dominante en el discurso consiste aquí en proclamar un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones, como si de esta manera desaparecieran de las cabezas de quienes piensan de esa manera. No es una infracción de terrorismo y, además, no es conveniente su tipificación».

²⁶ Sobre ello, y en relación con el delito de negación del genocidio, pero de modo extrapolable al ámbito que aquí tratamos, son de interés las reflexiones de Teruel Lozano (2015b: 502-505) en torno a los delitos que acaban castigando la idoneidad de una conducta para generar un peligro, sin que sea relevante si finalmente se ha generado o no, de modo que en «estos delitos de peligro potencial o hipotético [...] se terminaría por castigar aquellos discursos que “pudieran sonar” como una instigación susceptible de que se cree un “clima” de odio o violencia entre un público potencialmente receptivo, pero sin una verificación de que efectivamente se hubiera creado ese peligro o, ni siquiera, de la virtualidad amenazante o coactiva del discurso». Por otra parte, critica el autor que se adelante la barrera punitiva y el bien jurídico se sitúa en la protección de bienes supra-individuales de contenido difuso.

imprevisibilidad en la que constatamos su aplicación frecuente a casos carentes de toda gravedad real. A todo ello volveremos al final del trabajo con más detalle, pero antes es preciso, como se ha dicho, analizar cuál está siendo la citada aplicación judicial del precepto.

2. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PENAL Y EL ANÁLISIS DE LOS HECHOS ENJUICIADOS EN LA JURISPRUDENCIA RECAÍDA: ¿TIENE VALOR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

2.1. *Introducción*

La mencionada búsqueda de elementos que califiquen las conductas del art. 578 CP en una interpretación restrictiva y constitucionalmente adecuada del mismo, como se verá a continuación en un repaso breve a los principales pronunciamientos de estos últimos años, arroja resultados muy variables. En unos casos ni se intenta un examen detenido de los mensajes que se han de juzgar, que se consideran en bloque en una valoración desprovista de todo matiz, basada en una especie de criterio de la evidencia (es «evidente», a veces se dice sin mayor argumentación, que tal mensaje enaltece, justifica, humilla...). La condena, en tales casos, es automática. Ocurrirá lo mismo si se hace un estudio de cada mensaje pero no se exige ningún elemento calificador de la conducta, esto es, basta para condenar el hecho de haber enviado un mensaje cuyo texto pueda encuadrarse en los amplios confines de las definiciones literales (y ricas en sinónimos) de enaltecimiento, menosprecio, etc. En todos estos supuestos, la libertad de expresión no juega, en realidad, ningún papel en la decisión del tribunal.

En otros casos, finalmente, se analizan y valoran los hechos adecuadamente y se tienen en cuenta las circunstancias que antes hemos dicho que debieran considerarse en todo análisis que tenga en cuenta el papel de la libertad de expresión. A partir de ahí, lógicamente, se absolverá o condenará, porque pedir que se atienda a aquellas circunstancias no equivale a sostener que nada de lo que se diga en las redes sociales será penalmente relevante: equivale simplemente a afirmar que la frontera entre lo punible y lo que no lo es debe ponerse en un punto que permita separar lo objetivamente grave de lo que importuna o molesta pero no debiera entrar en el ámbito penal.

A continuación, pues, se abordará la presencia de todas estas líneas en la jurisprudencia reciente de la AN y del TS²⁷, líneas que no muestran una evo-

²⁷ Pero debe recordarse que cada vez son más los casos en que, previendo el resultado, el acusado acepta la petición del fiscal y se dicta sentencia de conformidad. Estos

lución en el tiempo en el sentido de constituir fases sucesivas sino que se entremezclan continuamente, lo que pone de relieve que, en este ámbito, faltan pautas claras y criterios objetivos.

2.2. *Supuestos de ausencia de análisis real. El criterio de la evidencia y la valoración en bloque de los mensajes*

En este primer grupo no hay propiamente un análisis detallado de los hechos, porque ni siquiera se halla un examen caso por caso de los mensajes objeto de juicio, y menos aún de la concurrencia o no de elementos que permitan relacionarlos con los tipos penales del art. 578 CP desde una concepción mínimamente restrictiva de este. Bien al contrario: nos hallamos ante valoraciones conjuntas de grupos de mensajes, de los que se aprecia que es «evidente», o que «cualquiera podría ver», que son delictivos²⁸.

La mayor parte de estos supuestos se dan en la Audiencia Nacional. Aunque en ocasiones se recuerda la necesidad de realizar un análisis riguroso, este luego no se lleva a cabo, y se hace una valoración breve y conjunta de todos los mensajes, como si fueran uno solo²⁹. Asimismo, no solo no se valora mensaje

supuestos no serán aquí tratados. Por lo demás, el análisis de casos abarca hasta mayo de 2017, con la excepción de algunas sentencias relevantes del TS dictadas con posterioridad a la finalización de este trabajo, durante su proceso de publicación, y a las que por esta razón se hace puntual mención en diversos lugares del mismo.

²⁸ Esta orientación no es solo privativa de nuestros tribunales: Bilbao Ubbillo (2008: 20) señala, en un estudio sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad de expresión en relación con la negación del Holocausto, que la jurisprudencia de aquel «no destaca precisamente por su solidez. No convencen sus apelaciones genéricas y apodícticas a los valores que subyacen al Convenio o a su espíritu. Se rehúye el terreno del artículo 10, de la ponderación y los refinados tests de proporcionalidad y se recurre a la artillería (conceptual) de grueso calibre: la cláusula del abuso de derecho del art. 17 CEDH. Una desmesura, porque no estamos ante situaciones excepcionales de crisis o peligro para la estabilidad de las democracias europeas que podrían justificar una drástica limitación de la libertad de expresión».

²⁹ Es el caso de la SAN 14/2015, de 25 de mayo (secc. 2ª), en la que en poco más de cuatro párrafos se hace una valoración conjunta de siete mensajes de Facebook, mensajes de diversa intensidad y naturaleza, pero que sin embargo la Audiencia valora como si fuesen uno solo. Los fundamentos jurídicos de esta sentencia son en buena parte copiados (pero sin citar su origen) en la SAN 4/2016, práctica esta que, más allá de la falta de cita (que obviamente hubiera sido exigible) denota un escaso esfuerzo por adecuar al caso concreto la fundamentación de la sentencia. Difícilmente

por mensaje, sino que tampoco se utiliza un instrumental conceptual mínimamente elaborado para concluir por qué la libertad de expresión no sería aquí invocable. En el caso del enaltecimiento, no se atiende a si se incita cuando menos indirectamente al delito, y a si con ello se crea algún peligro real (al contrario: se parte expresamente de que basta una «alabanza/justificación genérica» sin que sea preciso nada más) o, en el caso de la humillación, se prescinde de si existe una voluntad conscientemente dirigida a humillar a la víctima, con un mensaje objetivamente capaz de hacerlo³⁰. La ausencia de todo análisis real

podemos encontrar una ponderación adecuada de los bienes y derechos en conflicto y una valoración cuidadosa de los hechos enjuiciados si, para empezar, encontramos una traslación mimética de buena parte de otra sentencia. Y en efecto, la valoración se ventila en cuatro líneas, no obstante tratarse de trece mensajes en Twitter de diverso contenido y alcance: «En nuestro caso, en todas las frases, sin equívoco o ambigüedad, existen con claridad e intensidad ingredientes laudatorios y justificativos de la actividad terrorista de ETA/Kale Borroka en general y de uno de sus autores en particular, así como claras manifestaciones de menosprecio para dos concretas víctimas de actos terroristas y de manera más amplia hacia concejales del marco político español. La idoneidad tanto objetiva como subjetiva en la conducta desplegada por el acusado se hace evidente» (FJ 2). Se echa en falta, pues, un análisis y una valoración mensaje por mensaje (no todos son iguales ni tienen la misma naturaleza) que se sustituye por el criterio de la «evidencia». Menos de un año después, la SAN 6/2016, de 29 de enero (secc. 4ª), es igualmente significativa porque examina el caso de una acusada que publicó en Twitter, entre 2012 y 2014, veintidós mensajes que alternaban alabanzas a ETA o a alguno de sus integrantes, chistes de humor negro sobre varias víctimas del terrorismo, y fotos o vídeos con diversos lemas de tipo político. Una pluralidad de mensajes, pues, emitidos a lo largo de casi tres años y con alcance, como se dijo, muy diverso, que requeriría de un análisis pormenorizado para ver cuáles pueden entrar dentro de las conductas del art. 578 CP y cuáles deben quedar fuera por su carácter penalmente irrelevante. Posiblemente no le hubiera resultado a la Audiencia reconducir, con la debida argumentación, algunos de ellos al tipo penal, pero el problema está de nuevo en la valoración: se atiende a algunos de los mensajes de los que se afirma (pero como algo evidente que no precisa de mayor explicación) su carácter enaltecedor del terrorismo o su finalidad de humillar a las víctimas, y se descuida directamente examinar los demás mensajes. Un año después, igualmente en la Audiencia, la SAN 2/2017, de 26 de enero (secc. 4ª), reproduce el anterior patrón y procede en cambio a un examen genérico y global de los ocho mensajes enjuiciados. La sentencia se limita a decir que los mensajes constituyen «alabanza a las masacres causadas por el terrorismo», sin más. Pero falta la valoración cuidadosa que lleve a esta conclusión, y la fundamentación es, pues, débil.

³⁰ Esta interpretación meramente literalista del art. 578 CP, sin exigencia de ningún otro elemento calificador, y que se repetirá en el apdo. 2.4.3, no es desde luego nueva

se hace manifiesta en el hecho de que el mismo se sustituya por una especie de criterio de la evidencia: los mensajes son delictivos porque ello, se dice, aparece como evidente para cualquiera³¹. Y ello se hace, incluso, cuando por la naturaleza de algunos de los mensajes no hubiera resultado complejo para el tribunal argumentar, luego de un correcto examen, su tipicidad penal³².

de estos casos vinculados a redes sociales sino que ha acompañado a la aplicación jurisprudencial del art. 578 CP desde el principio, y de modo constante. Véase sobre ello Alonso Irimo (2010: 38 y ss.).

³¹ Por ejemplo, en la SAN 14/2015, de 25 de mayo (secc. 2^a) se dice que «cualquier persona [...] puede verificar que [...] se está alabando a terroristas, menospreciando a víctimas, etc. (FJ 2). Pero no se trata de lo que hipotéticamente «cualquier persona» pueda entender, sino de lo que entienda el tribunal tras un análisis pormenorizado. Como se ha dicho *supra*, exactamente lo mismo pasa en la SAN 4/2016, de 1 de marzo (también de la secc. 2^a), en que la Audiencia aplica en bloque a trece mensajes de Twitter el mismo criterio, prácticamente en términos literales respecto de la sentencia de 2015, sin realizar mayor consideración ni análisis específico o detallado (véase FJ 2).

³² Es el caso de la SAN 24/2016, de 19 de julio (secc. 3^a), que analiza una treintena de mensajes, respecto de los que globalmente se dice que «el contenido de los comentarios es naturalmente ofensivo para cualquier sensibilidad, pues constituye un menosprecio para la memoria de las víctimas y sus familiares, cuyas identidades se reflejan en los mensajes del relato histórico. En cuanto a las glosas a ETA tienen por objeto la loa de sus acciones delictivas, lo que llena los requisitos de tipicidad». Esa es toda la valoración que se realiza: que al tribunal le parezca palmaria la tipicidad penal de los mensajes, sea por su tono, reiteración, etc., que le parezcan «naturalmente ofensivos» para cualquiera, no debiera excusar en ningún caso del análisis minucioso que permita llegar a dicha conclusión. Lo mismo puede decirse de la SAN 28/2016, de 21 de septiembre, nuevamente de la sección 3^a, en que ésta prosigue en su línea y ventila la valoración de una veintena de mensajes de apoyo al terrorismo islámico diciendo que «la totalidad de los requisitos antedichos [del tipo penal del art. 578 CP] *se cumplen sin duda* en el caso de autos, debido a las alabanzas del terrorismo islamista contenidas en los mensajes y en las publicaciones, así como de humillación a las víctimas del terrorismo». De nuevo falta una valoración detallada que tampoco en este caso hubiera planteado a la sala problemas para llegar luego al fallo condenatorio, habida cuenta además de que la vigencia actual del terrorismo islámico hacía a esos mensajes particularmente idóneos para promover la comisión de actos delictivos. También de la misma sección puede verse la SAN 29/2016, de 21 de septiembre, cuyo análisis de trece mensajes es simplemente: «la simple lectura de los comentarios (tweets) difundidos [...] pone de relieve la existencia del indicado ilícito penal. *Indudablemente* el contenido de los tweets cumple el requisito objetivo del enaltecimiento o justificación de delitos de carácter terrorista» (FJ 1). La cursiva en todos los casos es mía, resaltando el elemento de lo evidente, lo indudable, etc., que sustituye a la valoración detallada.

Dentro de este grupo, además, se encuadra uno de los casos que más polémica han suscitado, el resuelto en la SAN 9/2017, de 29 de marzo (secc. 4ª), que condena a una usuaria de Twitter por haber colgado once mensajes conteniendo chistes alusivos al asesinato por ETA del expresidente del Gobierno de la dictadura Luis Carrero Blanco³³. El fallo se fundamenta en la mera exigencia de dolo simple³⁴, de modo que se excluye la consideración de cualquier otro elemento ligado a la intención del mensaje, sus efectos o, incluso, en la única mención que se hace al contexto, este se valora de un modo cuando menos llamativo³⁵. Por lo demás, el examen de los mensajes no se lleva a cabo realmente de modo individualizado y detenido (y en la medida en que el tenor literal de los mismos dificulta realmente que se les pueda incluir, a mi juicio, en los tipos del art. 578 CP, la falta de examen detallado coadyuva eficazmente a alcanzar el posterior fallo condenatorio) y como mucho se dice, en sorprendente argumentación, que «llama la atención que en cuatro de los doce tweets examinados [la acusada] haga referencia expresa a ETA sin denigrarla [y] en otro menciona al terrorismo». Sorprende porque «hacer referencia sin denigrar» o «mencionar» nada tienen que ver con jalear, apoyar o promover. Como puede verse, con tales parámetros, la libertad de expresión pasa a ser un lejano recuerdo³⁶.

³³ Como se verá, sin embargo, ocho días antes otra de las secciones de la Audiencia Nacional había dictado una sentencia (12/2017) en que, tras detallada valoración (que en la SAN 9/2017 es casi inexistente) se consideraba penalmente atípicos dos chistes sobre el mismo hecho porque «no constituye[n] enaltecimiento porque no incita[n], ni siquiera indirectamente, a la violencia terrorista ni genera[n] peligro alguno para personas o bienes. Una crítica que toma como referencia un hecho histórico, con motivo de la aprobación de políticas públicas de memoria. Además, en uno de ellos se utiliza la ironía que es una forma de distanciamiento o de abordaje del asunto» (FJ 2.2). Por semejantes razones, la STS 95/2018, de 26 de febrero, ha anulado finalmente la condena dictada por la SAN 9/2017.

³⁴ Como enuncia la STS 4/2017, a la que nos referiremos *infra*.

³⁵ En cuanto al contexto y a la capacidad que pudieran tener tales chistes de causar efecto alguno, llama la atención que la sentencia, en 2017, esto es, más de seis años después de la última acción terrorista de ETA y justo quince días después del anuncio de entrega de las armas de la banda, diga que «la lacra del terrorismo de ETA persiste, aunque con menor intensidad», lo que haría necesaria la condena de estos chistes; parece una interpretación ciertamente forzada. El propio TS, en un auto de 17 de enero de 2017, manifestaba meses antes que «la organización terrorista ha abandonado desde hace más de cinco años la realización de actividades armadas, y se encuentra en fase de liquidación» (FJ 2). Y la SAN 12/2017, pocos días previa a la 9/2017 (no obstante la numeración) recuerda precisamente esta cita, llegando a conclusiones opuestas a las de esta, como se verá *infra*.

³⁶ El tribunal señala que dichas indicaciones las hace «no para incriminar indebidamente al acusado, sino para contextualizar sus opiniones y mensajes en el marco de

Por su parte, el Tribunal Supremo ha incurrido poco en esta carencia casi total de análisis real en los supuestos de aplicación del art. 578 CP a las redes sociales, pero hay muestras de ello en un caso, el de su STS 820/2016, de 2 de noviembre (secc. 1ª), que examinaba en apelación la SAN 4/2016, antes citada. En esta sentencia el TS reproduce literalmente gran parte de la STC 112/2016, pero curiosamente, luego de reproducirla en casi siete páginas, se desentiende de aplicarla correctamente. Así, si en la STC 112/2016 el TC argumentaba por qué consideraba que las manifestaciones allí enjuiciadas no cabían dentro de la libertad de expresión³⁷, el TS no toma ejemplo de ello y se limita a hacer un examen genérico y global de los trece mensajes enjuiciados y a decir que «encierran esa carga ofensiva para algunas víctimas y laudatoria y estimuladora del terrorismo que a nadie escapa» (FJ 4). De nuevo, pues, ese criterio de la «evidencia», de lo que «a nadie escapa», que excusa de tener que valorar caso a caso, mostrar la incitación siquiera indirecta a la comisión de actos delictivos, el peligro que ello cause, la objetiva y concreta voluntad de humillar y las características del mensaje, etc³⁸.

Por tanto, vemos que todos estos casos tienen en común que no se realiza una valoración pormenorizada de los mensajes, que se sustituye por una valoración global, como si todos fueran uno, basada además, bajo diferentes formulaciones, en el criterio de la evidencia, que permite despachar con rapidez una conclusión dispensando de mayores explicaciones, pues, podríamos decir, lo que es evidente no lo necesita. No se entra realmente a analizar, desde luego, los elementos ya citados de si la conducta enaltecedora es idónea para

este procedimiento». Pero aun siendo esto así, se trata de un enfoque de contextualización en que se halla ausente la valoración sobre el papel de la libertad de expresión y los efectos e idoneidad para humillar de los mensajes analizados.

³⁷ Si bien de modo debatible, como puede verse por ejemplo en el voto particular del magistrado Xiol Ríos.

³⁸ En cuanto a esto último, la sentencia cita la un tanto contradictoria STS 846/2015, que indica que «no es exigible una especie de *animus* singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar a esas dos víctimas como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio [...] La teoría del *animus iniuriandi* en los delitos de injuria y calumnia ya se abandonó. Basta un dolo genérico. Cosa distinta es que el contexto, el momento, el tono, las circunstancias hayan de tenerse en cuenta al evaluar la idoneidad del texto para evidenciar humillación o desprecio». Pero, evidentemente, el examen de todas estas circunstancias, que con frecuencia no se hace, podría llevar a descartar la relevancia penal por ausencia de voluntad real de injuriar o de falta de idoneidad de las manifestaciones para conseguirlo.

incitar a la comisión de ulteriores actos, si entraña o no algún peligro por ello, si los mensajes categorizados como de humillación responden a esa finalidad y son aptos para alcanzarla o bien consisten en la reproducción de chistes de nulo gusto, etc.

2.3. *Supuestos de valoración más detallada sin tener en cuenta más que la literalidad de los mensajes*

En este segundo grupo las sentencias, yendo más allá de aquella consideración en bloque realizada bajo el criterio de la evidencia, estudian mensaje por mensaje, para establecer en cada caso si estos son incardinables en los tipos penales del art. 578 CP, pero al considerar tales mensajes desde un punto de vista meramente literal, al no analizar sus circunstancias y con ello no requerir ningún otro elemento calificador en la conducta del autor y en sus acciones, la consecuencia no puede ser sino la misma que la propia de las sentencias del primer grupo: la condena del acusado, que por el hecho de haber colgado un mensaje que pueda por su texto considerarse relacionado con los amplios conceptos utilizados en los mencionados tipos penales, debe ser condenado. Aquí, circunstancias como contexto, finalidad, capacidad para incitar a la comisión de delitos, peligro creado, idoneidad para humillar, etc., son también irrelevantes.

Es el caso de la SAN 8/2016, de 11 de marzo (secc. 1ª)³⁹, en la que se aprecia una efectiva tarea de selección que en otras ocasiones la Audiencia no había realizado, bajo el criterio de ser mensajes que justifican la violencia, pero con una muy breve referencia al papel de la libertad de expresión y un instrumental teórico escaso (y desde luego ninguna mención a los mencionados elementos calificadores de la conducta). Muy semejante a este es el caso de la SAN 30/2015 (secc. 3ª) en relación con diecisiete mensajes en Twitter, de carácter e intensidad muy dispar, de los que se selecciona los que mejor

³⁹ La sentencia examina una serie de mensajes o imágenes colgados en Facebook por un usuario de esta red entre 2010 y 2014, en hasta veintisiete ocasiones. Hay entre ellos imágenes de etarras, anagramas de bandas terroristas, mensajes de apoyo a aquellos o estas, imágenes de agentes de policía rodeados de llamas o de banderas siendo quemadas, etc. De toda esta amalgama de mensajes, la Audiencia realiza, en esta ocasión, una labor de distinción entre aquellas proclamas de naturaleza más política y aquellas que, en cambio, pueden entrañar apoyo a la violencia, que son nueve de las veinticinco, y comprenden alabanzas a grupos terroristas o a sus miembros, alabanzas a la comisión de atentados o imágenes de agentes en llamas, si bien sin ir más allá en el examen del peligro que pudieran entrañar dichos mensajes.

encajan en los tipos del art. 578 CP por su literalidad pero sin analizar realmente ningún otro elemento⁴⁰, más allá de su potencial difusión en atención al número de seguidores de la cuenta (unos trescientos) a efectos de constatar la publicidad que menciona el tipo penal. En alguna ocasión, por último, el análisis pormenorizado se hace en los términos meramente literales descritos, pero se combina igualmente, como en las sentencias del apartado anterior, con alguna referencia a su «evidente» condición delictiva⁴¹.

En ocasiones, asimismo, se producen «retrocesos», y una sentencia de la AN que, conforme veremos en el próximo apartado, sí que había realizado una valoración adecuada, es casada por otra en que el TS no la hace. Así, la STS 4/2017, de 18 de enero (secc. 1ª), conoció en casación de la SAN 20/2016, de 18 de julio (a la que nos referiremos *infra*), que valoró la concurrencia de los mencionados elementos calificadores de la conducta. En cambio, el TS prescinde de ello y cambia la absolución previa por condena, al considerarse que basta el mero dolo, sin que deba concurrir nada más⁴².

En los casos anteriores, pues, la expansión del art. 578 CP es indudable. Hay una valoración realizada desde una perspectiva meramente literalista,

⁴⁰ La única mención que se hace es al hecho de que «la tipicidad de la conducta ha de afirmarse si, como es el caso, los mensajes tienen los caracteres de reiteración, persistencia y mantenimiento en el tiempo, y ausencia de contexto literario, artístico o humorístico, tratándose de mero discurso de odio, por lo que los mismos no pueden estar nunca amparados por el derecho a la libertad de expresión», pero no se argumenta lo anterior, y si bien hay mensajes que encajan con esta afirmación, en otros no es tan incontrovertible. Un mayor análisis hubiera permitido no solo fundar mejor la condena decidida por el tribunal sino delimitar mejor la pena a imponer.

⁴¹ SAN 37/2016, de 16 de noviembre (secc. 3ª). Se dice en ella que: «Objetivamente las frases encierran esa carga ofensiva para algunas víctimas y laudatoria y estimuladora del terrorismo que a nadie escapa». Pero una parte de los mensajes eran meros chistes, fotos de personas con el puño levantado o expresiones más o menos burdas en condicional, o fotos con la quema de una bandera. Casos todos ellos que en sentencias de otras secciones de la propia AN no han sido considerados punibles. Como se ve, pues, el criterio de la evidencia, de lo que «a nadie escapa» es de nuevo poco evidente.

⁴² Así, la sentencia establece que el art. 578 «solo exige el dolo, esto es [...] tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista» sin que sea relevante la finalidad del mensaje, su naturaleza, su contexto o el del propio autor, que era a lo que había atendido la sentencia de la AN para negar que se estuviera enaltecendo. Al prescindirse de todo ello, la condena lógicamente es automática. El TS es claro cuando dice que «tampoco la ironía, la provocación o el sarcasmo [...] hacen viable una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad».

esto es, una valoración sumamente pobre, en cierto modo una apariencia de valoración. No hace falta nada más que el dolo simple, y toda otra circunstancia es desechada. Tanto en estos como en los supuestos analizados en el apdo. 2.2 resulta difícil, como señala Alonso Irímo, «determinar qué fundamento se puede atribuir en este delito al castigo penal» de modo que se parte de una interpretación del art. 578 CP que «no se compadece bien con el principio de ofensividad ni, sobre todo, con el carácter fragmentario que debe informar el Derecho Penal» (Alonso Irímo, 2010: 44-45)⁴³.

2.4. *Supuestos de valoración atendiendo a circunstancias que permitan interpretar la conducta desde un punto de vista restrictivo*

En este tercer grupo, por último, sí que se tienen en cuenta las circunstancias calificadoras que antes hemos enunciado, ya sea de modo más o menos detallado. Es en estos casos donde sí que podemos considerar que se ha realizado una valoración suficiente, que permite que la ponderación hecha en la norma por el legislador sea constitucionalmente sostenible y que la condena o la absolución por parte del juez (pues aquí sí que es posible la absolución; en los otros dos grupos de sentencias era inviable) esté adecuadamente fundamentada. Se examinan, así, una serie de circunstancias para ver si de ellas se deriva la idoneidad de la conducta para enaltecer realmente el terrorismo de manera tal que se genere riesgo de realización de acciones terroristas, o bien para causar una efectiva humillación a las víctimas, según sea el caso, o por el contrario se puede afirmar que no concurriendo tales circunstancias y efectos la conducta no debe ser penalmente relevante.

A) En unos casos se atiende al tono irónico o sarcástico de los mensajes, que pudiera excluir el propósito delictivo. Es por ejemplo el caso de la SAN 20/2016, de 18 de julio (secc. 1ª)⁴⁴ que, siguiendo a la STS 846/2015, parte de

⁴³ Recuerda igualmente el autor que el derecho penal debe combatir no todas sino solo las conductas que se consideren más dañosas para la sociedad, las que ataquen de modo más intolerable a los bienes jurídicos más importantes, en atención a los principios de proporcionalidad del Derecho penal y a su naturaleza fragmentaria, exigencias de raíz constitucional (*op. cit.*: 48).

⁴⁴ La sentencia toma claramente en consideración las circunstancias personales del autor, músico, cuyas canciones «tienen un marcado tono provocador, irónico y sarcástico» y un «tono crítico con la realidad social y política, tratando que el público comprenda el sentido metafórico y ficticio que envuelve sus obras, respecto al concepto de fondo siempre pacífico y exclusivamente cultural» (apartado de hechos

la necesidad de hacer un análisis muy riguroso de las concretas circunstancias del acto enjuiciado, de su ocasión y escenario, y de considerar no solo el tenor literal de las palabras, sino el sentido e intención y el contexto. Por ello, se separa, como se ha dicho, la intención irónica y crítica de la intención de enaltecer el terrorismo o la de humillar a las víctimas. Se hace un análisis, además, mensaje a mensaje⁴⁵.

En particular, en lo relativo al enaltecimiento, se examina si verdaderamente concurriría «un llamamiento claro a actividades violentas», una «llamada a la violencia contra alguna persona» o se justificaba que una concreta persona «pueda ser objeto de un ataque terrorista». Con ello, pues, se está analizando realmente si hay incitación a la comisión de delitos y peligro para las personas o el sistema⁴⁶. Y en lo relativo a la humillación, se distingue entre lo desaceratado de un comentario y la intención real de humillar a alguien como situaciones diferentes, y se incide en la separación entre el humor negro y la vejación o humillación que el tipo penal exige, partiéndose de que aquel no siempre supondrá esto último, así como se atiende a la distinción entre el uso de dicho humor negro y la intención directa de ofender o vejar a alguien. Son distinciones todas ellas que efectivamente permiten acotar el tipo penal del art. 578 CP y valorar la libertad de expresión desde su función constitucional.

En la misma línea hallamos la SAN 35/2016, de 15 de noviembre (secc. 3ª), que examina los tres mensajes objeto de juicio y que la Audiencia encuadra en un debate sobre humor y libertad de expresión que mantuvo el acusado en su cuenta de Twitter, y en el marco del cual propagó en dichos mensajes chistes alusivos a víctimas pertenecientes a diversos períodos históricos, no apreciándose un ánimo

probados). El litigio versaba no obstante no sobre sus canciones, sino sobre seis mensajes en Twitter, entre 2013 y 2014, alusivos en tono irónico a diversas víctimas del terrorismo, al rey o con referencias a bandas terroristas.

⁴⁵ Así, por ejemplo, respecto del mensaje «El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta a los Grapo» se dice que pretende comparar pensamientos, a juicio del autor, extremos, pero no desear atentados ni elogiar a la banda terrorista; respecto del mensaje «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora» se valora el uso del tiempo verbal condicional, o que se diga cuando ya no hay actividad terrorista vigente sobre la que se pudiera incidir; tampoco se encuentra finalidad vejatoria. Lo propio ocurre con otros mensajes que se encuadran dentro de la categoría del humor negro, incluso aquel en el que el acusado manifiesta en tono jocoso que le regalaría al rey un «roscón bomba», lo que el tribunal considera propio de una referencia humorística, no de un propósito cierto.

⁴⁶ También véase en la misma línea la SAN 29/2016, de 11 de octubre (secc. 2ª), en relación con un acusado de enaltecer el terrorismo islámico.

de ofender a la dignidad de las víctimas⁴⁷. Con el mismo criterio, el Tribunal Supremo ha podido concluir en otras ocasiones que no había auténtica voluntad de ejercer la ironía sino de humillar a las víctimas, pero lo ha hecho tras un análisis razonado de cada mensaje y una justificación del por qué había mensajes que excedían con mucho la separación entre ambos campos⁴⁸.

B) En otros casos de este grupo la Audiencia ha valorado la presencia de otras finalidades distintas de las delictivas, y que se encuadrarían en la crítica política en torno a personajes o hechos lejanos en el tiempo: es indicativa de ello la SAN 12/2017, de 21 de marzo (secc. 1ª), en la que se hace un especial esfuerzo por atender a las circunstancias calificadoras que debieran concurrir en las conductas del art. 578 CP. La sentencia menciona cómo este se ha vinculado «al concepto del discurso del odio, cuyo campo semántico se ha expandido convenientemente para integrar en su seno la alabanza y la justificación de acciones terroristas», al tiempo que la jurisprudencia ha afirmado en diversas ocasiones que «el tipo anticipa las barreras de protección porque solo pide la mera alabanza o justificación genérica» (como hemos visto, esto es lo propio sobre todo de las sentencias incluidas en el primer grupo analizado *supra*). Pero hace notar la sentencia cómo el precepto ha de ser interpretado de una manera que resulte compatible con la presencia en la Constitución de derechos fundamentales como la libertad ideológica y de expresión, es

⁴⁷ Se indica sobre un mensaje que «no se percibe el ánimo injurioso, o maltratador, ante la falta de continuidad, que nos situaría en el marco de un debate, que elimina el enfoque renovado de agravio que exige el tipo penal»; de otro se concluye que «es objetivamente una derivación de humor macabro» o en cuanto a un tercero que «se podría incluir en clave de una crítica sobre un debate de actualidad política». Hay, pues, un esfuerzo por delimitar cuándo se está ante una conducta deliberada de hostigamiento y humillación de una víctima a través de mensajes dirigidos a ello y capaces de lograr tal fin, y cuándo nos hallamos ante otro tipo de finalidades, ciertamente desafortunadas o criticables pero no integrables en el tipo de humillación del art. 578 CP. En la misma línea de separar humor macabro y humillación, véase la ya citada STS 95/2018, de 26 de febrero, secc. 1.

⁴⁸ Es el caso de la STS 623/2016, de 13 de julio, secc. 1ª, que indica que no se trata de «penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla, que no está recreada en nuestro caso con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto [...] No se penaliza aquí el chiste negro, se penaliza la humillación que está inserta en el discurso del odio» (FJ 3). Consecuencia de todo ello, dice el Tribunal, es que el juez deba entrar en la determinación de «si los hechos exceden los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales que en ellos se protegen» y efectivamente a continuación se enumeran cinco mensajes que por su contenido se estima que resultan objetivamente humillantes para las víctimas.

decir, que debe realizarse una interpretación estricta que lleve a condenar no expresiones ideológicas sino la aprobación y promoción de comportamientos delictivos. Vincula ello a lo establecido por el TC en su ya citada STC 112/2016 en relación con el hecho de que la condena por enaltecimiento exige que nos hallemos ante «conductas que propicien o alienten, aunque sea de manera indirecta, a la violencia terrorista, poniendo en una situación de riesgo a las personas, a los derechos de terceros o al propio sistema político democrático» (FJ 2.2)⁴⁹. Un detallado análisis de los mensajes lleva a la Audiencia a concluir que no concurre tal circunstancia, ya sea, como se dijo antes, porque se trata de comentarios sobre hechos históricos respecto de los que se aporta un enfoque de crítica política sin que se dé incitación alguna a la violencia o peligro derivado de la misma⁵⁰, o porque en otros casos se recuerda o alude con aquella finalidad a diversas personas en contextos ya

⁴⁹ En aplicación del anterior criterio, concluye que «objetivamente esos micromensajes no enaltecen ni justifican porque no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera existir. Son expresión de opiniones o deseos, actos de comunicación no seguidos de incitación a la acción, porque no contienen llamamiento a la violencia terrorista ni han generado riesgo alguno para las personas, ni los derechos de terceros ni para el orden jurídico». Y pone de manifiesto algo que es una constante en casi todos estos casos de enjuiciamiento de mensajes de las redes sociales: «La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública» (FJ 2.2).

⁵⁰ Así, en un caso el mensaje se dirige a recordar «la pena de muerte impuesta a dos personas por tribunales ilegítimos en sentencias injustas, que fue ejecutada» sin que de ello se siga, dice el tribunal, «exaltación del terrorismo en el mensaje escrito, porque no se incita, ni siquiera indirectamente, a la violencia terrorista. Como ocurre al examinar el contenido de otros mensajes, ha de tenerse en cuenta que los tuits manejan como referencia hechos del pasado que son objeto del conocimiento histórico, que pertenecen a una situación jurídico-política superada, la dictadura, como antecedente del estado constitucional que es España». Otros dos tenían por objeto criticar la decisión del Ayuntamiento de Madrid de homenajear a quien fuera presidente del Gobierno franquista, Luis Carrero Blanco, lo que «no constituye enaltecimiento porque no incita, ni siquiera indirectamente, a la violencia terrorista ni genera peligro alguno para personas o bienes. Una crítica que toma como referencia un hecho histórico, con motivo de la aprobación de políticas públicas de memoria. Además, en uno de ellos se utiliza la ironía». También véase en parecido sentido la SAN 29/2016, de 11 de octubre (secc. 2ª).

lejanos en el tiempo⁵¹. La STS 52/2018, de 31 de enero, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra esta sentencia, viene a acoger completamente la tesis de ésta y confirma la absolución.

C) En otros supuestos se valora la vigencia o no de las actividades de la organización terrorista a la que se vinculan los mensajes, pues ello sería indicativo de la existencia o no de riesgo de incitar a la comisión de nuevos delitos. Así, por una parte, la citada SAN 12/2017, de 21 de marzo (secc. 1^a), valora el tiempo que hace que cesaron las actividades delictivas de la banda terrorista aludida en los mensajes, en ese caso ETA, como elemento que ayuda a calibrar la incapacidad de un determinado mensaje para animar o incitar actividades terroristas⁵². Y por otra, la SAN 40/2016, de 22 de diciembre (secc. 1^a), valora la vigencia actual del terrorismo yihadista para fundamentar la peligrosidad de la conducta del acusado, que había propagado durante más de dos años, hasta ser detenido, una cantidad desmesurada de mensajes de apoyo expreso en las redes sociales al terrorismo yihadista, de evidente incidencia actual, con causación real de peligro, lo que lleva a condenar por enaltecimiento. En lo relativo al Tribunal Supremo, su STS 318/2017, de 25 de mayo, valora para

⁵¹ Otro de los mensajes «es la despedida a una persona muerta en prisión mientras cumplía condena, por delito terrorista. No se trata de un homenaje, como demuestra la fórmula empleada, de despedida en euskera. Es una expresión clásica [...]. El hecho que ETA y su entorno, como sostiene la acusación pública, hayan utilizado esta fórmula no significa que integre su patrimonio ni que su empleo signifique solidaridad con la organización terrorista». Otro mensaje se refiere al asesinato de una persona «junto a la constatación de un dato admitido por la opinión común, que este intervino en el atentado que mató al presidente del gobierno, aserto respecto a cuya correspondencia con la realidad el tribunal no puede pronunciarse. Lo importante es que a nuestro juicio, carece de relevancia jurídico penal, no hay incitación a la acción ni se genera riesgo alguno de generar violencia». Por último, otro mensaje se refiere al «aniversario de las últimas penas de muerte administradas en España, al final de la dictadura» y las etiquetas añadidas al mismo «permiten clasificar los mensajes de la misma temática, pero no añaden ni quitan al mensaje. Tampoco hay alabanza del terrorismo, porque se refiere a un conflicto armado del pasado». También en algunos mensajes se valora el tono irónico que se usa para vehicular la crítica política, elemento al que nos hemos referido en el anterior apartado.

⁵² Valora la Audiencia el hecho de que el propio Tribunal Supremo ha indicado que la banda terrorista ETA «ha abandonado desde hace más de cinco años la realización de actividades armadas, y se encuentra en fase de liquidación (Auto del Tribunal Supremo de 17/1/2017). Este es un dato que ha empleado el Tribunal Europeo de derechos humanos para juzgar la idoneidad de expresiones de incitación a la violencia terrorista».

absolver al acusado, entre otros factores, la inexistencia de actividad terrorista de los Grapo en el momento de publicar aquel una serie de tuits elogiosos con esta banda.

D) En otros casos se distingue entre mera sintonía ideológica y enaltecimiento o humillación. Es el caso de la STS 846/2015, de 30 de diciembre (secc. 1ª), que entra en el examen individualizado de los mensajes, y distingue entre una serie de afirmaciones, vertidas en cinco mensajes, que se limitan a expresar «sintonía ideológica» con presos de ETA⁵³, con lo que no nos movemos, señala el Tribunal, en el terreno del enaltecimiento de los terroristas ni en el de la humillación de las víctimas, y aquellos otros mensajes, en concreto dos, que el Tribunal estima en cambio que tendrían relevancia penal⁵⁴. Tam-

⁵³ «En el sentido de coincidencia de objetivos políticos —que no necesariamente de medios—, así como solidaridad con su situación de privación de libertad o camaradería nacida de vínculos ideológicos» (FJ 3). Por ello «no se patentiza en ninguna de ellas [las frases], con la intensidad y claridad exigibles, capaz de desterrar todo equívoco o ambigüedad, un prevalente ingrediente laudatorio, sino más bien sintonía ideológica».

⁵⁴ En el primer caso por enaltecer a ETA y manifestar que una víctima de ETA estaría «mejor muerta» y en el segundo caso por burlarse de las dimensiones del zulo donde estuvo secuestrado largo tiempo una víctima de ETA. Aunque el tribunal no lo dice de modo expreso, cabe entender que llega a esa conclusión porque en el primer caso se estaría deseando o promoviendo indirectamente la comisión de actos delictivos contra una persona, y en el segundo porque la expresión utilizada, con cierta elaboración pese a la brevedad del mensaje, se dirige directamente a burlarse del padecimiento de una concreta víctima, en términos objetivamente suficientes para humillarla. En la misma línea que esta sentencia encontramos la SAN 3/2016, de 23 de febrero (secc. 2ª), que distingue entre mensajes que solo muestran sintonía ideológica con otros que hablan expresamente de lucha armada, soldados, «golpear y quemar», cócteles molotov, etc., y en los que por tanto sí se aprecia de modo motivado ensalzamiento de métodos terroristas. Estas sentencias marcan un claro contraste con otras como la previa SAN 39/2015, de 14 de octubre, (secc. 3ª), que precisamente equipara en la práctica la sintonía ideológica al enaltecimiento, en un análisis de la intencionalidad del autor de los mensajes que en ocasiones resulta difícilmente compatible con el principio *favor libertatis*. Así, se considera enaltecedor el uso en alguno de estos mensajes del «Arrano Beltza (águila negra o de sable), [que] es un símbolo utilizado por la corona de Navarra en el siglo XIII» y que sería delictivo porque lo ha utilizado también ETA. Lo mismo «sucede con la estrella roja de cinco puntas, símbolo que representa a los cinco dedos de la mano del proletario, sobre un fondo de color rojo, adoptado por el movimiento obrero para sus reivindicaciones, y que al igual que el anterior ha sido adoptado por la banda terrorista ETA como parte de su simbología. En la misma línea, la expresión “Agur eta ohore/Adiós y honor”. Y

bién la SAN 29/2016, de 8 de noviembre (secc. 1ª)⁵⁵, realiza un análisis por separado de los nueve mensajes publicados en Facebook por el acusado, deslindando los tres que (a juicio de la sala) son idóneos para enaltecer y los siete que se encuadran en la categoría de mensajes que simplemente muestran símbolos, acompañados en alguna ocasión de expresiones hostiles o hirientes pero no delictivas⁵⁶.

también se considera enaltecedor publicar un mensaje «con varias imágenes de miembros de ETA saliendo de prisión [...] apareciendo la totalidad de las imágenes acompañadas del comentario “Ongi Etorri/Bienvenido”, [pues] ello no tiene otra interpretación sino la de celebrar la puesta en libertad de los mencionados sujetos, en clara alusión a las conductas por las que cumplieron condena, a las que en definitiva ensalza». También son considerados enaltecedores «una imagen [del condenado] portando una banderola con el lema “Presos Vascos a Euskal Herria” con el comentario “A favor de la amnistía, a favor de los condenados. No seremos libres sin ellos. Hoy tenemos una lucha y mañana un desarrollo” por seguir una campaña lanzada por las ilegalizadas “Gestoras pro Amnistía”». O bien mensajes como «Si sacar pancartas a favor de los presos en la tamborrada dicen que es enaltecimiento del terrorismo, condéneme ya», o «Lo conseguiremos! Ha llegado el día y al final conseguiremos todos dormir en Euskal Herria». Como se ve, se realizan juicios de intenciones que llevan a convertir en enaltecimiento mensajes que más bien expresan sintonía ideológica.

⁵⁵ Téngase en cuenta, a efectos de evitar posibles confusiones, que a lo largo del texto se hará referencia a tres sentencias de la AN de idéntica numeración pero diferente fecha y sección de la mencionada Audiencia: SAN 29/2016, de 21 de septiembre (secc. 3ª); SAN 29/2016, de 11 de octubre (secc. 2ª); SAN 29/2016, de 8 de noviembre (secc. 1ª).

⁵⁶ Los siete mensajes que no son considerados delictivos consisten en imágenes con el anagrama de ETA o GRAPO, fotos de presos, la imagen de la quema de una bandera española durante un acto con la lectura «esto es lo que hago con la puta bandera burguesa española» o en otro la frase «Feliz día del país Vasco Euskadi Ta Askatasuma» (sic). Los tres que se consideran delictivos son: «Viva los GRAPO»; «Llámame terrorista si grito VIVA LOS GRAPO!!!» y (junto a una imagen de varios empresarios): «¡Ojalá vuelvan los GRAPO, y os pongan de rodillas!»; resulta difícil calibrar qué tipo de peligro entrañan estos mensajes, y por ello en un voto particular a la sentencia, el magistrado Sáez Varcárcel critica la decisión de la mayoría dado que no consta que los mensajes tuvieran difusión real (no hay reenvíos ni respuestas a los mensajes, ni seguidores de su cuenta de Facebook), que la banda terrorista GRAPO (a la que aludían los mensajes por los que se condena) hacía años que no operaba, y que los tres mensajes señalados como delictivos no eran realmente idóneos para crear peligro de atentados, esto es, para propiciar o incitar siquiera de forma indirecta una situación de riesgo, requisito que cabe entender exigible desde la STC 112/2016. La orientación del voto será expresamente acogida en la ya citada STS 318/2017, de 25 de mayo, que precisamente resuelve la apelación relativa a esa sentencia.

III. RECAPITULACIÓN

Existe una notable divergencia en los pronunciamientos recaídos tanto en la Audiencia Nacional como en el Tribunal Supremo en estos últimos años. De manera entrecruzada en el tiempo, se suceden (a) sentencias que no valoran realmente la conducta enjuiciada y se limitan a dar por evidente la existencia de un delito con base en una consideración genérica y superficial de los mensajes enjuiciados; (b) otras que entran a analizar los hechos de manera más singularizada pero sobre una consideración meramente literalista del art. 578 CP, y (c) otras que finalmente, y en contraste con las anteriores, analizan una serie de elementos para determinar si concurre en la conducta una peligrosidad real apta para llevar a la comisión de nuevos delitos, o una capacidad objetiva y grave de humillar, como única vía de lograr una aplicación constitucionalmente adecuada del art. 578 CP que no anule la libertad de expresión y que permita, en ciertos casos graves, entender la decisión del legislador de preferir esta ante otros derechos o bienes que aquel pudiera considerar en el caso concreto superiores: la aplicación de tal decisión al caso concreto solo puede ser excepcional y muy argumentada, pues el valor de la libertad de expresión en nuestro sistema constitucional⁵⁷ no admite otra cosa, dada su posición derivada del hecho de que «significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (STC 12/1982, FJ 3)⁵⁸.

La persona juzgada, pues, queda claramente al albur de qué concreta composición posea la sección del tribunal que le toque en suerte, y de si sus miembros se adscriben a una u otra corriente (llama por ejemplo la atención la apreciable tendencia de la sección 4ª de la sala penal de la Audiencia Nacional de prescindir de un examen individualizado y minucioso de los mensajes,

⁵⁷ Recuerda de modo preciso esta posición Revenga Sánchez (2015: 16), para quien «la libertad de expresión se encuentra en una relación tan simbiótica con la democracia constitucional que cualquier debate sobre su contenido o sobre la razón de ser de las limitaciones a la libertad de expresarse acaba por convertirse en una discusión sobre los fundamentos y la justificación de la democracia misma. Si procedemos por elevación, a igual resultado podemos llegar a propósito de cualesquiera de los derechos constitucionales, pero en el caso de la libertad de expresión parece como si el punto hasta el que estemos dispuestos a llegar en su defensa diera la medida de nuestra concepción de la democracia».

⁵⁸ En torno a la jurisprudencia del TC sobre libertad de expresión véase Barceló Serramalera (2013: 31-37).

dando por obvio o evidente su carácter delictivo, lo que unido a la concepción del dolo simple de la que se parte conduce al resultado de condena). También la imposición de penas, en los casos de condena, se sujeta a criterios normalmente desconocidos, que muchas veces se contradicen si se comparan casos y sentencias⁵⁹.

Los elementos calificadores de la conducta enjuiciada que debieran examinarse detenidamente deberían ser, como se ha dicho *supra*, en el caso del enaltecimiento, la existencia argumentable y constatable de riesgo de incitar a la comisión de delitos de índole terrorista, con la consiguiente generación de peligro para las personas, atendiendo para determinar esto a factores como la naturaleza de los mensajes enjuiciados, el contexto espacial y temporal en que los mismos se realizaron, su difusión, su idoneidad para causar efectos en el citado contexto, etc., línea que parece que lentamente va abriéndose paso en la última jurisprudencia⁶⁰. En cuanto a la humillación, debiera ponerse de manifiesto una

⁵⁹ La falta de valoración (o la valoración sin subrayar suficientemente los elementos que han de estar presentes en la misma) que se produce en muchos casos se traduce también en una imposición de penas que no siempre responde a parámetros mínimamente cognoscibles. Casos con un número mayor de mensajes considerados delictivos reciben menos pena que otros con menor número, que reciben más. En varias ocasiones el TS ha tenido que corregir esto. Véase por ejemplo la SAN 14/2015 y compárese con la SAN 4/2016 (cuya penalidad hubo de reducir después el TS). También tuvo que hacer lo propio el TS con la pena impuesta por la SAN 6/2016; el TS llega a afirmar que la Audiencia se limitó a «asumir acríticamente la petición del Ministerio Fiscal, que era la máxima penalidad imponible» ignorando «la personalidad y en este caso juventud de la autora» al publicar los mensajes. En la SAN 8/2016, como se han considerado punibles nueve de veinticinco mensajes, se impone un año de prisión (y nueve de inhabilitación absoluta). La duda que surge es: si solo hubiese escrito el autor precisamente esos nueve mensajes, ¿le hubiesen impuesto la pena máxima? (dos años en el momento de comisión de los hechos). Cabe suponer que sí, si la pena la determina el porcentaje de mensajes delictivos sobre el total de los enjuiciados, y no las circunstancias ligadas a mensajes y autor.

⁶⁰ En esta línea se sitúa la STS 378/2017, de 25 de mayo, que exige no solo la intención del sujeto activo de exaltar y justificar sino además «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» apoyándose a tal efecto en la Directiva UE/2017/541 que insiste también en que la conducta enaltecedora «preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos». Durante la fase de publicación de este trabajo se han registrado igualmente sentencias de interés que deben ser citadas siquiera sea brevemente. Así, la STS 600/2017, de 25 de julio, recoge íntegramente esta doctrina de la de mayo. Con todo, esta línea jurisprudencial ha sido después ignorada por el

intención clara y directa de humillar a una persona y una capacidad objetiva del mensaje de lograrlo, examinándose la intencionalidad del autor, de nuevo el contexto, el efecto que razonablemente pueden causar los mensajes dado su contenido, etc.⁶¹ Solo en las sentencias reseñadas en el apdo. 2.4, como se ha visto, se ha hecho un esfuerzo en este sentido, a través de un análisis cuidadoso de todas las circunstancias concurrentes en el hecho enjuiciado.

Se trata, en fin, y como también se subrayó, de centrar el art. 578 CP en casos realmente graves de enaltecimiento o justificación consciente y relevante o de humillación directamente deseada, dejando fuera de la aplicación del art. 578 CP el humor negro, la ironía, la crítica política, o simplemente la estulticia sin mayor recorrido. Se debe, en definitiva, reservar la respuesta penal para los casos verdaderamente peligrosos evitando que el precepto se convierta en una amenaza para la libertad de expresión⁶², frente a la que se oponga una respuesta penal de contornos tan vagos que acabe por coartar no solo lo

propio TS en la sentencia 706/2017, de 27 de octubre, que prescinde de la intención última del autor y de aquella idoneidad para generar una situación real de riesgo, volviendo en definitiva a la visión más restrictiva de sentencias previas, como por ejemplo la 4/2017, de 18 de enero (sobre la STS 706/2017, véase Cabellos Espiérrez, 2017b); y de nuevo se vuelve a la línea de la 378/2017 en la más reciente STS 52/2018, de 31 de enero, mientras que en la STS 79/2018, de 15 de febrero, se vuelve a descuidar la necesidad de analizar con detenimiento si concurre aquel riesgo, y en las SSTS 72/2018, de 9 de febrero, y 95/2018, de 26 de febrero, en cambio, sí que se realiza, de modo que de estos avances y retrocesos se deduce que el asentamiento de aquella línea jurisprudencial que exige dicha situación de riesgo está todavía por confirmar del todo, aunque vaya ciertamente avanzando. Iguales avances y retrocesos se alternan en la Audiencia Nacional, como lo prueba el hecho de que la doctrina de la STS 378/2017 haya sido aplicada en la SAN 3/2018, de 2 de febrero (secc. 2ª), que absuelve por no constatarse la generación de riesgo, habida cuenta además de que ETA cesó en su actividad armada en 2011, mientras que la SAN 1/2018, de 22 de enero (secc. 1ª), condena en cambio por considerar que los tuits que ensalzaban a ETA eran aptos para «contribuir a perpetuar una situación de violencia» (hay un voto particular discrepante) sin realizar un análisis suficiente, como tampoco lo hace la SAN 3/2018, de 2 de marzo (secc.1).

⁶¹ Y evitando en cualquier caso, por otra parte, perseguir conductas que acaban refiriéndose no a personas concretamente identificadas y que pueden sentirse humilladas, sino al colectivo genérico de víctimas en lo que en ocasiones se ha dado en llamar «difamaciones de grupo». Sobre ello, e igualmente en sentido crítico hacia esta figura, véase Teruel Lozano (2015a: 18).

⁶² Como señala Alcácer Guirao (2012: 20), «el aplicador del Derecho puede remediar, en el caso concreto, los déficits constitucionales del precepto [que deba aplicar] a través de una interpretación restrictiva y conforme a la Constitución del mismo, que evite ya una injerencia en el contenido esencial del Derecho, ya una sanción desproporcionada».

realmente peligroso sino todo aquello que moleste, perturbe o se aparte de determinados discursos o marcos ideológicos⁶³.

No se trata, pues, de basarse en meras hipótesis, o de partir de inferencias de consecuencias hipotéticas extraídas de determinadas preconcepciones: ha de percibirse de un modo claramente argumentable la certeza del peligro y del daño subsiguiente⁶⁴. Y, en cualquier caso, aplicar el tipo penal de la manera más deferente posible para con el ejercicio de la libertad de expresión, optando por esta siempre en caso de duda⁶⁵.

⁶³ Frente a ello, recuerda Alcácer Guirao (2012: 29-21) que «una sociedad democrática estable debe poder tolerar tal grado de desestabilización social [que pueda causar la libre expresión] y [...] debe disponer de otros métodos de reestabilización que no sean el *ius puniendi* [...]. Otras vías —civiles, administrativas, económicas— que los grupos minoritarios, potenciales víctimas del odio o la discriminación, o quienes hablen con ellos dispongan de posibilidades expresivas de respuesta [...] y restringir el uso de la sanción penal a los supuestos de provocación directa e inminente a una conducta lesiva de la seguridad de los individuos o grupos». El autor propone limitar la respuesta penal solo para casos de sociedades «en situación estructural de crisis» en las que las minorías y los individuos «no tengan ninguna posibilidad de acceder en condiciones de igualdad al ejercicio de la libertad de expresión pública», quedando como «última ratio» en las sociedades estables. Más allá de la duda acerca de qué sea estable y qué no (véase en tal sentido Martín Herrera, 2014: 35), estimo que la idea de la última ratio del derecho penal es en este ámbito particularmente relevante. También a favor de la vía civil (previa reforma de la actual LO 1/1982 para adaptarla a las necesidades actuales) como sustitutivo en la mayoría de casos de la penal puede verse Boix Palop (2016: 96-97). Igualmente puede verse Teruel Lozano (2015b: 315-137), que sintetiza las críticas que el art. 578 CP, en su vertiente de enaltecimiento, ha recibido desde la doctrina penal.

⁶⁴ En tal sentido son particularmente ilustrativas y desde luego a mi juicio acertadas las consideraciones de la magistrada Asúa Batarrita en su voto particular a la ya citada STC 177/2015, al reflexionar acerca de cómo actúa como límite externo a la libertad de expresión la existencia de violencia, entendida esta en los términos que lo hiciera el juez Holmes en su voto particular a *Abrams vs. U.S.* (1919) como un peligro claro e inminente («clear and present danger»). Como dice la magistrada, «para afirmar la presencia de una provocación a la violencia es ineludible verificar seriamente el eventual riesgo de la escalada violenta, en cuanto a su claridad y a su conexión de inmediatez». Véase sobre la doctrina del «clear and present danger» Salvador Coderch (1990: 26 y ss.), y Sánchez González (1992: 42 y ss.), quien explica asimismo cómo posteriormente el TS elaboró una versión corregida de la misma que podría denominarse test de la incitación, por el que se exige, para poder limitar la libertad de expresión, que con su ejercicio se esté incitando a producir un acto ilegal inminente.

⁶⁵ En tal sentido, Cuerda Arnau (2007: 30) señala que «hay que interpretar el tipo de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, así como aprovechar

Solo una valoración adecuada y minuciosa⁶⁶ que tenga en cuenta esos factores permitirá circunscribir la respuesta penal a casos de extrema gravedad⁶⁷: la libertad de expresión, como ya se ha insistido, no admite menos⁶⁸, dada además su vertiente no solo de derecho individual, sino también su dimensión colectiva y su condición de cauce habilitador de la participación del ciudadano⁶⁹, a todo lo cual ya se ha hecho referencia *supra* al hablar de su

cuantas posibilidades ofrece la norma de ajustar la reacción a la gravedad de la ofensa. El efecto de desaliento despliega, pues, su función dogmática en esos dos ámbitos: en la tipicidad, orientando la subsunción jurídica y en la penalidad, guiando la determinación de la pena».

⁶⁶ Evitando, por tanto, como se ha dicho y como de nuevo se insistirá *infra*, valoraciones genéricas, que no analicen mensaje por mensaje o que lo hagan desde una perspectiva meramente literalista, como hemos visto que era lo que sucedía en una parte de la jurisprudencia hasta ahora recaída.

⁶⁷ Como señala Sáez Valcárcel (2016: 59), «resulta necesario diferenciar el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal y, para ello, atender a las circunstancias del hecho y a la intensidad del exceso, así como la vinculación o distancia de la conducta respecto al contenido y fines del derecho». No todo, en definitiva, puede derivarse a la vía penal. En sentido opuesto, se ha dicho que, con la exigencia de tales elementos, el art. 578 podría confundirse con el 579; en tal sentido se manifestó en su voto particular a la SAN 12/2017 el magistrado Grande-Marlaska Gómez, que propugna exigir un «dolo simple» sin que sean exigibles circunstancias adicionales, pues de lo contrario, indica, se procedería a «vaciar de facto el alcance del art. 578 al entenderlo un trasunto del art. 579». No lo vio así en cualquier caso el TC, que como se ha dicho afirmó la necesidad de tales elementos calificadores en el enaltecimiento. Pero aunque así fuera, es un problema que corresponderá resolver al legislador, planteándose si es necesario el art. 579, que en todo caso podría reservarse para los casos más directos y expresos de incitación al delito. Pero lo que no se puede hacer es, para evitar una posible duplicidad, aplicar el 578, mientras tanto, a cualquier ocurrencia expresada en las redes sociales, con evidente merma para la libertad de expresión en tal caso.

⁶⁸ Como dijera el magistrado Xiol Ríos en su voto particular a la STC 177/2015: «En los supuestos en que el Estado reacciona recurriendo al derecho penal frente a conductas que considera un ejercicio de la libertad de expresión abusivo o incurso en extralimitación, el análisis constitucional [hace] necesario [...] efectuar un juicio de necesidad y de proporcionalidad en que se ponderara si el eventual exceso o abuso en el ejercicio de la libertad de expresión era de tal magnitud —y la lesión correlativa que generaba en ese otro valor o interés constitucional era de tal importancia— que resultaba justificado acudir a la imposición de penas privativas de libertad o multas penales» (apdo. 8).

⁶⁹ Sobre ello véase Sáez Valcárcel (2016: 38-42), que al mismo tiempo expone los riesgos actuales de privatización del espacio público de la libertad de expresión.

posición en nuestro sistema y de la plasmación de ello en la jurisprudencia del TC. Y en aquellos casos en que se concluya que efectivamente la condena es procedente, el hecho de que se haya realizado previamente una valoración cuidadosa, y atendiendo a los elementos calificadores mencionados, permitirá imponer una pena ajustada realmente a los hechos, y no nacida como por ensalmo, como en ocasiones sucede en las sentencias analizadas. Debe, pues, aplicarse el art. 578 CP bajo una interpretación constitucionalmente adecuada de este, que solo puede pasar por restringir su aplicación a casos extremos⁷⁰.

Y es que la resolución de los casos de mensajes en redes sociales sin una adecuada y minuciosa valoración o con una valoración basada en consideraciones meramente literalistas aboca ciertamente a la condena en casos en que nos hallamos simplemente ante chistes de mal gusto (abriéndose así paso a una especie de «delito de mal gusto», por el que el Estado se ofende de oficio⁷¹, y que aboca a un casuismo extremo y dependiente de las convicciones personales del juzgador y no de criterios objetivos), o bien ante manifestaciones cuya

⁷⁰ En lo relativo al enaltecimiento, de hecho, ha sido el propio TC el que, como ya se dijo, ha establecido ese elemento calificador en su STC 112/2016, exigiendo una valoración cuidadosa y que exista una incitación, siquiera sea indirecta, a la violencia (referencia esta a la incitación «indirecta» que es criticable por su propia indefinición, ofreciendo más seguridad el criterio referido por Asúa Batarrita en su voto a la STC 177/2015). El magistrado Xiol Ríos, en su voto particular a la sentencia de 2016, decía que esperaba que esta exigencia, que consideraba que conformaba una «sentencia interpretativa en relación con el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo», fuera respetada en adelante por los jueces: «Espero, en una palabra, que la jurisprudencia constitucional cumpla en esta ocasión con su función» (apdo. 3 de su voto). Su deseo, parece evidente, solo se ha visto cumplido en una pequeña parte, aunque el hecho de que en los últimos tiempos hayan recaído sentencias del TS como las antes citadas 378/2017, 600/2017, 52/2018, 72/2018 y 95/2018 pudiera permitir albergar fundadas esperanzas al respecto, por más que estas convivan aún, como también se dijo, con alguna otra del propio TS que no sigue esa línea, divergencias que también persisten en la Audiencia Nacional, como se vio *supra*.

⁷¹ En expresión de Del Molino (2017: 1), para quien, en el caso de la punición de la humillación a las víctimas debiera escucharse «a los supuestos ofendidos, que suelen mostrarse muchísimo más razonables y ajenos a la histeria ambiental». De lo contrario se produce «un efecto no deseado de una hipersensibilidad democrática [...] [que] tiene que ver con la empatía hacia los sufrientes [...] y la voluntad de eliminar del discurso público cualquier expresión agresiva contra ellos» en una hiperprotección que se traduce en la «histeria de los vigilantes del lenguaje (ya sean funcionarios del Estado o turbas furiosas que inflaman las redes sociales) [y] amenaza con asfixiar el discurso y hacer que muchos tengan miedo a usar las palabras».

finalidad era la crítica al sistema político⁷². Ni la libertad de expresión ni la propia imagen de la justicia ganan nada con ello. Precisamente, por todas estas razones, e independientemente de que sea exigible de los jueces una interpretación muy restrictiva del precepto bajo los parámetros antes expuestos, el legislador, como se dijo, haría bien a mi juicio en reformularlo a fondo para disipar dudas y restringirlo claramente a casos objetivamente muy graves y generadores de concretos peligros en el caso del enaltecimiento (en el caso de la humillación, la persecución del hecho debiera quedar exclusivamente en manos de los concretamente ofendidos, vía injurias —sin crear por tanto un tipo penal específico como el del 578⁷³— o por la vía civil), o bien incluso valorar la opción de eliminar directamente el precepto del Código Penal, porque genera muchos más problemas que los que resuelve y, por lo demás, como se ha hecho notar en la doctrina, se desliza hacia el derecho penal del enemigo⁷⁴.

Téngase en cuenta, además, que se trata de casos guiados por una previa búsqueda de las fuerzas de seguridad en internet realizada a partir de determinadas palabras clave, con lo que se persigue solo una parte de lo que de problemático pueda haber en las redes, orientado a un sector ideológico concreto;

⁷² Señala Sáez Valcárcel (2016: 43) que tipos penales como el del 578 CP suponen «una intervención antes de la lesión o de la creación de un peligro concreto sobre [el] objeto tutelado, tipos elaborados [...] en términos imprecisos y vagos para propiciar una mayor intervención en los derechos [...]. Todas estas figuras penales se orientan contra acciones de crítica, de disenso y de protesta que, generalmente, se manifiestan de manera inadecuada, en términos vulgares. [...] Discursos que no tienen, objetivamente, capacidad para poner en cuestión el relato hegemónico, que expresan en muchos casos una torpe disidencia, en otros son expresión de intolerancia». Por su parte, Teruel Lozano (2015b: 530-538) señala cómo este tipo de delitos son propios de una «sociedad del riesgo, temerosa y débil [...] Un Derecho penal que, ante cualquier riesgo, adelanta la barrera punitiva, prefiere bienes jurídicos supra-individuales y formas adelantadas de ofensa [...] Quiebra también la concepción del Derecho penal “mínimo”. Se pasa a un Derecho penal de «gestión de riesgos» [...]. Un Derecho penal preventivo. Más aún [...] un Derecho penal que se desata de sus “ataduras” en un Estado de libertades para acercarse a un “Derecho penal del enemigo” [...]. La libertad de expresión no debe ser limitada por bienes supra-individuales [...] es necesaria una auténtica ofensividad para justificar la intervención penal [...]. Que una conducta sea repulsiva socialmente no justifica por sí la intervención penal en un orden de Derecho penal mínimo».

⁷³ En otro sentido, Cancio Meliá (2010: 272-273) se muestra favorable a su existencia, si bien se pregunta «si debe existir tal delito solo para las víctimas de terrorismo».

⁷⁴ Así lo considera Cancio Meliá (2002: 26; 2010: 285) en relación con el enaltecimiento.

el resto se desatiende, en singular aplicación (o falta de ella) de la norma penal. Más sorprendente aún: lo único que consiguen estos juicios es dar una publicidad ingente a mensajes en muchos casos estúpidos que no hubieran merecido atención alguna de otro modo⁷⁵. La principal función de difusión de la estulticia la lleva a cabo, pues, este sistema de persecución de tuits a la carta: toda una paradoja⁷⁶.

Bibliografía

- Alcácer Guirao, R. (2010). El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional. En S. Mir Puig, J. J. Queralt Jiménez (dirs.) y S. Fernández Bautista (coord.). *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales* (pp.15-66). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2012). Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de expresión de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02, 1-32.
- Alonso Irimo, A. (2010). Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, 13-80.
- Aparicio Pérez, M. A. (1997). Libertad de expresión y soporte informativo. En *Estudios de derecho público en Homenaje a Juan José Ruiz-Rico* (pp. 476-498). Madrid: Tecnos.
- Barceló Serramalera, M. (2013). Las libertades de expresión y de reunión en la Constitución española: breve apunte sobre los “escraches” como punto de confluencia entre ambas libertades. *Espaço Jurídico Journal of Law*, 14, 3, 29-56.

⁷⁵ Como señala Cancio Meliá (2006: 129), «la percepción de los riesgos —como es sabido en sociología— es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas». Bien se ve, a tenor de lo que se ha ido explicando en estas páginas, que es un ejemplo de ello la respuesta desproporcionada que con artículos como el 578 CP se da a manifestaciones en las redes que son, en muchos casos y salvo muy concretas excepciones, verdaderamente inidóneas para generar un peligro real o, en el caso de la humillación, que ni siquiera son perseguidas por sus destinatarios, o estos pertenecen a momentos ya históricos y lejanos. Se pasa además, con ello, de un derecho penal del hecho a un derecho penal de autor, como lo es el derecho penal del enemigo (Cancio Meliá, 2006: 137).

⁷⁶ Publicidad en los medios a raíz del juicio, primero, y de la sentencia, después. Y en determinados casos circulación masiva de los mensajes en Twitter en solidaridad con el enjuiciado. Uno de los casos más remarcables es el de los chistes sobre Carrero Blanco que llevaron a la condena en la SAN 9/2017, que fueron retuiteados, por solidaridad (y acompañados por otros diferentes) incluso por algunas fuerzas políticas parlamentarias (IU y Podemos) con evidente presencia en las redes. Véase en torno a ello la noticia publicada el 31 de marzo de 2017 en la web de *eldiario.es* (http://www.eldiario.es/politica/IU-Audiencia-Nacional-difundiendo-Cassandra_0_627488011.html).

- Betancor Rodríguez, A. (2007). ¿Están justificadas las autoridades administrativas de control del contenido de las emisiones? La experiencia norteamericana. *Revista Catalana de Dret Públic*, 34, 31-82.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2008). La negación del holocausto en la jurisprudencia del TEDH: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. *Revista de Derecho Político*, 71-72, 19-56.
- Boix Palop, A. (2002). Libertad de expresión y pluralismo en la red. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 133-182.
- (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 55-112. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.173.02>.
- Cabellos Espiérrez, M. A. (2017a). Libertades de expresión y libertad religiosa: situaciones de conflicto y criterios para su tratamiento. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 33, 257-297.
- (2017b). ¿Retuitear es delito? A propósito de la STS 706/2017, de 27 de octubre. *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*. Disponible en: <https://goo.gl/1QnuFn>.
- Cancio Meliá, M. (2002). “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. *Jueces para la democracia*, 44, 19-26.
- (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus.
- y Jakobs, G. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Cizur Menor: Thompson Civitas, 2ª ed.
- Cuerda Arnau, M. L. (2007). Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento. *Revista General de Derecho Penal*, 8, 1-43.
- Del Molino, S. (2017). Ofensas de oficio. *CTXT. Contexto y acción*, 100, 18-1-2017. Disponible en: <https://goo.gl/KSUw4o>.
- Elósegui Itxaso, M. (2017). La negación o justificación del genocidio como delito en el Derecho Europeo. Una propuesta a la luz de la Recomendación n.º 15 de la ECRI. *Revista de Derecho Político*, 98, 251-334. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.98.2017.18657>.
- Ferreres Comella, V. (2002). *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas.
- García Amado, J. A. (2016). ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 13, 1-22.
- García Morales, M. J. (2013). La prohibición de censura en la era digital. *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 237-276.
- Lascaráin Sánchez, J. A. (2009). *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Martín Herrera, D. (2014). Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio. *Estudios de Deusto*, 62, 15-40. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-62\(2\)-2014pp15-40](https://doi.org/10.18543/ed-62(2)-2014pp15-40).
- Ramos Vázquez, J. A. (2008). Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 771-793.
- Revenga Sánchez, M. (2015). Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante? En M. Revenga Sánchez (dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio* (pp. 15-32). Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares.

- Sáez Valcárcel, R. (2016). Amenazas a la libertad de expresión en el ámbito penal. La represión de los discursos peligrosos. *Revista de Derecho Social*, 74, 37-60.
- Salvador Coderch, P. (dir.). (1990). *El mercado de las ideas*. Madrid: CEPC.
- Sánchez González, S. (1992). *La libertad de expresión*. Madrid: Marcial Pons.
- (2003). De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 12/13, 351-382.
- Silva Sánchez, J. M. (2015). ¿Legalidad penal líquida? *Indret*, 4, 1-3.
- Tenorio Sánchez, P. (2013). La libertad de comunicación en Estados Unidos y en Europa. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 19, 271-309.
- Teruel Lozano, G. (2014). Libertad de expresión y censura en internet. *Estudios de Deusto*, 62, 41-72. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-62\(2\)-2014pp41-72](https://doi.org/10.18543/ed-62(2)-2014pp41-72).
- (2015a). La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal. *Indret*, 4, 1-51.
- (2015b). *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*. Madrid: CEPC.
- (2017). El mal gusto no es delito: apología de la libertad de expresión. *El Periódico de Catalunya*, 15 -1- 2017. Disponible en: <https://goo.gl/9Dpbk6>.