

ODIO EN LA RED

Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio¹

Víctor Gómez Martín

Prof. Titular (Catedrático acr.) de Derecho penal
Universidad de Barcelona

1. Planteamiento

Resulta cada vez más habitual que las conductas descritas de enaltecimiento del terrorismo y de humillación y descrédito de sus víctimas previsto en el art. 578 CP y las constitutivas del llamado «delito de odio» del art. 510 CP se realicen mediante el empleo de Internet o redes sociales. Tal y como apunta MIRÓ LLINARES, cuando ello sucede resultan fácilmente observables algunas diferencias sustanciales con respecto a la correspondiente realización presencial o física de la conducta. Todas estas diferencias vendrían determinadas, en mayor o menor medida, por la presencia en la comunicación del elemento de la **publicidad**. Con base en esta idea, resulta sencillo comprobar cómo el alcance de las conductas realizadas por internet

¹ El trabajo se enmarca en el proyecto «Teoría del delito y proceso penal: ¿dos instrumentos conciliables?» (DER2014-59247-R), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y del que son investigadores principales la Prof. Dra. Miren Txu Corcoy Bidasolo y quien suscribe las presentes líneas.

o redes sociales resulta incomparablemente más amplio que el de las conductas realizadas presencialmente, lo cual acaba aportando una relevante significación cualitativa.² Además, el desarrollo de la actividad mediante redes sociales como, por ejemplo, Twitter, conlleva la publicidad **prácticamente inmediata** de lo allí publicado.³ Salvo retirada del comentario realizado, dicha publicidad será, además, **permanente**.⁴

No debe extrañar, por ello, que en la más reciente jurisprudencia sobre delitos de odio se haga eco de la cuestión que acaba de ser planteada de forma cada vez más habitual.⁵ No en vano, algunas resoluciones reconocen como indicadores de la eventual relevancia típica de la conducta, por ejemplo, el carácter abierto o cerrado de la red, el número de seguidores del agente, el número de *retuits* del mensaje o la habitualidad del perfil del enjuiciado.⁶ Ello está sucediendo, no obstante, en mucha mayor medida en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación y descrédito de sus víctimas previsto en el **art. 578 CP (Ciberterrorismo)**,⁷ que a propósito del delito de odio del art. **510 CP (Ciberodio)**.⁸ A continuación se exponen críticamente las principales vicisitudes de ambos contextos jurisprudenciales.

² MIRÓ LLINARES, F., «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización*, 2018, p. 24.

³ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 24.

⁴ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 24.

⁵ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 32, n. 41.

⁶ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 24, n. 9.

⁷ Conviene aclarar, no obstante, que la comisión de delitos de terrorismo mediante el empleo de instrumentos ciberneticos, esto es, el concepto de «Ciberterrorismo», comprende más conductas que las descritas por el art. 578 CP. Lo pone de relieve MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 33, aludiendo también a los comportamientos de difusión de contenidos terroristas, colaboración con organización terrorista, captación de reclutas, etc.

⁸ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., pp. 32 ss.

2. Ciberterrorismo (art. 578 CP)

2.1. *El enaltecimiento del terrorismo en la reciente jurisprudencia española*

Del mismo modo que ocurre con el art. 510 CP, el art. 578 CP⁹ tipifica, por una parte, conductas de enaltecimiento y justificación públicos de determinados delitos, en concreto de delitos de terrorismo y, en paralelo, comportamientos de humillación a sus víctimas. Por otra, en el mencionado precepto se dispone una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que la conducta se cometa a través de medios de publicidad masiva, en cuyo caso cabrá la interrupción o el bloqueo del servicio. Se prevé, además, una agravación de la pena cuando el comportamiento resulte objetivamente adecuado para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella.

El tratamiento jurisprudencial dispensado por el Tribunal Supremo al delito previsto en el art. 578 del CP se encuentra recogido

⁹ De conformidad con este precepto, «*1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrérito, 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. 2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información. 3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado. 4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos. Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concorra alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión. b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores. 5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa».*

en numerosos precedentes.¹⁰ Claro ejemplo de ello es, por ejemplo, las **SSTS 812/11, 21-7 y 299/11, 25-4**, en las que se señala «(...) la interdicción de lo que las SSTEDH de 8 de julio de 1999, Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía —y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre— califican como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades».¹¹ Con base en esta argumentación, no es de extrañar que el número de condenas por casos de supuesto enaltecimiento del terrorismo relativo a los supuestos en los que el vehículo para el enaltecimiento o la ofensa a las víctimas lo proporcionan las redes sea en la jurisprudencia española cada vez más abundante. Algunos ejemplos de ello los brindan, por ejemplo, las **SSTS 79/18, 15-2; 984/16, 15-12, 820/16, 2-11, 623/16, 13-7, 846/15, 30-12 y 752/12, 3-10.**¹²

En el conocido **caso Valtonyc**, la **STS 79/18, 15-2**, confirmó la **SAN 4/17, 21-2**, que condenó al cantante de rap Valtonyc por la publicación en Youtube de diversas canciones con el siguiente contenido. En concreto, en el disco «Residus de un poeta» Pirata Nitroglicerina, aparecen, entre otras:

En el Tema 1, titulado «CIRCO BALEAR», canción en la que se contienen las siguientes frases (traducidas al español): «*Pelayo merece una bomba de destrucción nuclear*», «*queremos la muerte para estos cerdos*», «*llegaremos a la nuez de tu cuello, cabron, encontrandonos en el palacio del Jacobo, kalashnikov*», «*le arrancare la arteria y todo lo que haga falta*», «*queremos la muerte para todos estos cerdos*».

El video clip fue publicado en Youtube el 17 de febrero de 2012 usando como portada una foto del referido Pelayo en el juicio celebrado contra varios integrantes del grupo Maulets por amenazas graves, juicio celebrado en julio de 2010.

En el tema 2, titulado «DEBERIAN TENER MIEDO2, entre otras, figuran las siguientes expresiones : «*El Rey Jacobo y sus movidas no*

¹⁰ Lo recuerda la STS 4/17, 18-1, FJ 2.º.

¹¹ En parecidos términos se pronuncia la STS 299/11, 25-4.

¹² Se refiere a estas resoluciones la STS 4/17, 18-1, que revocó la sentencia absolutoria de primera instancia de César Strawberry y le condenó como autor de un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo con humillación de sus víctimas a una pena de un año de prisión y seis y medio de inhabilitación absoluta. Sobre esta resolución vid., extensamente, *infra*.

se si era cazando elefantes o iba de putas, son cosas que no se pueden explicar, como para hacer de diana utilizaba a su hermano, ahora sus hermanastros son los arabes y les pide dineritos para comprar armas, le hacen hacer la cama y fregar los platos y de mientras Doña Adela en un yate follando y eso duele claro que si!!»; «Haremos que Victoriano curre en un Burguer King que la Infanta Claudia pida disculpas ,(puta), por ser analfabeta y no ir a estudiar a Cuba»; «Por que no se fractura la cabeza y no la cadera»; «si no secuestraremos al capitán del Concordia para que coja el Fortuna y se pegue una ostia; «sarcastico como el Rey dando la mano a Jon y despues celebrando tener petroleo facil (hijo de puta), puede ser que de la republica solamente queden fosiles, pero quedamos nosotros, y del Rey los negocios!!». «La tercera edad tambien pasa hambre pero aplauden a los monarcas, masoquistas ignorantes!!, no podemos escoger, no tenemos ninguna opcion, pero un dia ocuparemos Marivent con un kalasnikof» «El respetuoso con la Constitucion, en cambio los derechos humanos se los pasa por los cojones»»; «El Argimiro se da cuenta y se quiere morir, que su abuelo un dictador lo escogio, que pertenecia a los GAL y que no es democratico sino un dictador enmascarado».

En el tema 5, titulado «NOVES DEGENERACI0NS DEL PP», se contienen las siguientes expresiones: «Parece que las balas de plata tambien os las tendre que dedicar, sois la misma mafia que Bankia»; «Un dia coches volaran como Carlos Manuel y no colgaremos ningun lazo en el Ayuntamiento»»; «Balas de plata para los fascistas».

En el Tema 7, titulado EXILIADO EN CABRERA, aparecen las siguientes menciones: «Heraclio deberia morir en una camara de gas, pero va!. Eso es poco, su casa, su farmacia, le prenderemos fuego».

En el tema Tema 9, HERBES MESCLADES se contienen expresiones que, traducidas al Español, son del siguiente tenor: «Burgues, ni tu ni nadie me haran cambiar de opinion, cabron, seguir el acto de fusilar al Jacobo».

En el tema 10, titulado, MI FINAL, obran las siguientes expresiones: «No soy ningun hipocrita pero a veces me cuesta dejar a la gente en evidencia, creo que debe ser por eso de que soy una buena persona, pero por mi el Heraclio habria muerto ya de una bomba».

En el Tema 11, titulado EL MUNDO DONA LLICENCA PER MATAR, se contienen expresiones que traducidas dicen: «Del PP, lo que hizo el PSOE, terrorismo es el BOE y no callare. Pondre cojones, aunque quieran criminalizar mis emociones, soy fuerte y luchare»; «Mis compañeros estan alli fuera, estan luchando por la autodeterminacion, de una lengua, de una cultura, de un pais, somos fuertes y nosotros ganaremos..... (sonido de pasos, una puerta se abre,) Luis Pedro «saber vivir es saber morir». A continuacion se escucha el sonido de un tambor de revolver y seguido de un disparo dice «hijos de puta»; «Para no inmolarme necesito escribir, pero

hay tanto hijo de puta que no merece vivir»; «Algun dia haremos justicia, y diputados picaran piedra a la sierra todo el dia»; «Manuela se tragara sus palabras, y comera del suelo porque no le quedara otra»; «La constitucion se viola como una puta, pero, como con German , los GRAPO tienen la culpa»; «Mataria a Sofia, pero antes, le haria ver como su hijo vive entre ratas»; «Que beban agua con barro, no mas Solan, (de cabras)que coman carne con lejia salpicada», «Eladio, Carlos Manuel (suenan disparos), bah, ya no, ahora toca a Mario. La OTAN no bombardeara la Zarzuela, no ..., aqui lo unico que explotan son los trabajadores»; Licencia para matar, quedaran pocos vivos, acabare con izquierda, PSOE, y tambien CiU», «Merece la muerte todo aquel que se aprovecha de pisados, pobres, de quienes mas lo necesitan», «Que a n' Luis Manuel se le Tilde como un terrorista, pero quienes lo son esten en el parlamento haciendo politica»; «A mi me toca la polla, toda la AVT, no tienen empatia con los que no pueden pasar es mes». «Pero bueno, tenemos goma2 y amonal, y asi llegara un dia que explotadores volaran, tan alto como obreros de derechas que ahora son empresarios, les cortare el cuello como recortan salarios», Esto no es violencia gratis, esta justificada, como un antidisturbios que muere en una barricada», «Cogere un kalashnikov, una MP5, ire a Intereconomia, terminare con este circo», «Despues mutilare a la Isabel , con la rabia del pueblo Vasco a los GAL».

La **STS 984/16, 15-12** entendió subsumible en el art. 578 CP la publicación en la red social Facebook de las siguientes imágenes y comentarios: «*imagen de policías envueltos en llamas con comentarios « ke bien arde.... la madera jejeje...».* (...) *Imagen de varios individuos sujetando una bandera de España que arde con el comentario «ke ben arde... a filla de puta... que bien arde la hija de puta».* (...) *Imagen del anagrama de la organización terrorista « Resistencia Galega (...) Imagen extraída de una película sobre el atentado terrorista contra el Almirante Carrero Blanco con el comentario «volandoooo voyyyy...volando vengooooo».* (...) *Comentario «Gora euskadi ta askatuta... gora euskal Herria sozialista, viva Euskadi ta askatasuna (ETA).. viva euskal herria socialista».* (...) *Imagen de 5 miembros de la organización terrorista Terra Wure con la leyenda (traducida: en memoria de los patriotas muertos en combate).* (...) *Comentario: «matar fachas y Txakurras no es delito... es mi deporte favorito».* (...) *Imagen del manual de la organización terrorista ETA Ikusi eta Ikasi (Mira y aprende. Manual básico de armas y explosivos de ETA).»*

En el caso de la **STS 820/16, 2-11**, los tweets calificados como delito de enaltecimiento del terrorismo fueron los siguientes: «... aupa esa chavalería que ha arrasado con las sucursales capitalistas de medida (sic) ciudad de Bilbao. Joder, con noticias así da gusto empezar la semana» (...) Si al final Aznar regresa de pleno a la política activa, espero que ETA lo haga también, para equilibrar la balanza. (...) Lástima que el terrorismo de estado le sesgara la vida tan pronto, más luchadores como Argala hacen falta, para la causa vasca y para el marxismo 2013. (...) Tengo la

botella de champán preparada para el día que se retome la lucha armada, la idea de la muerte o el exilio no me asusta cuando se trata de pelear por una batalla justa. (...) En un país como el Estado español, donde ha existido y sigue existiendo de forma un poco reformada, un régimen de carácter fascista, la resistencia en todas sus formas no solo armada, un régimen de carácter fascista, la resistencia en todas sus formas no sólo la armada, es legítima. No es que nosotros la legitimemos, sino que se legitima a si misma. (...) Afilando el hacha a falta de la serpiente. (...) ETA despelejaba a lo sumo a un par de concejales al año y el estado decía de ellos que eran unos malvados terroristas y los perseguía, torturaba, mataba y encerraba. Y sin embargo, los bancos asesinan a diario y aquí no pasa nada, el estado los ampara, protege y defiende. (...) Dos noticias, una buena y una mala: La buena, en La Carolina (Jaén) le han quemado el coche a un concejal pepero. La mala, el pepero no estaba dentro. (...) Por cada agresión a la clase obrera un coche-bomba. (...) Dice mi abuela que si apareciese un culpable ejecutado, un político del PP por ejemplo, se alegraría bastante, comparto su pensamiento (...) ¿Carrero Blanco víctima? DAIS ASCO. (...) A mi no me da pena alguna Miguel Ángel Blanco me da pena la familia desahuciada por el banco. (...) tanta tontería vinculando la FAH2 a ETA. Ojalá así fuera y os metieran un bombazo, panda de genocidas».

Por su parte, la **STS 623/16, 13-7** reputó delictivas afirmaciones del siguiente tenor publicadas en twitter: «...volo, volo Carrero volo y hasta las nubes llegó. Ay carrero el primer astronauta español. Arriba España con goma 2 (...) Carrero Blanco ministro naval tenía un sueño: volar y volar, hasta que un día ETA militar hizo su sueño una gran realidad. (...) Quiero que me hagas volar, como a Carrero. (...) ¿Cómo monta Irene Villa a caballo? Con velcro. (...) ¿De qué tiene la frente morada Irene Villa? De llamar a las puertas. (...) «kale borroka, herri borroka da/ la lucha callejera, la lucha del pueblo». (...) El humor negro mola, pero el summum son los de Irene Villa. Son la bomba» (...) «borroka da bidé bakarra/la lucha es el único camino». ¿Que le regalarán al sobrino de Miguel Ángel Blanco por navidades? Un «tiovivo». (...). (...) Si quieres hacerme reír cuéntame chistes de Irene Villa. #Soy Simple Iván Ruiz Mahiques@melodalger ¿cuál sería la relación más absurda sin pies ni cabeza? M.A blanco e Irene villa. (...) Si quieres hacerme reír cuéntame un chiste de Irene Villa (...) ¿En qué se parece Miguel Ángel Blanco a un delfín? En el agujero de la nuca».

La **STS 846/15, 30-12**, consideró constitutiva del delito previsto en el art. 578 del CP la publicación en la red social Facebook de «...una fotografía de Miguel Ángel Blanco con las siguientes frases «Gora ETA libertad presos políticos, miguel Ángel Blanco mejor muerto». (...) una fotografía con la leyenda «ETA Euskadi ta Askatasuna » añadiendo que el zulo de Ortega Lara tenía más metros cuadrados que donde viven muchísimos españoles. (...) una imagen de Isabel Aparicio con la siguiente reseña: «exterminada en prisión Presa Comunista del PCE (r)».

La STS 752/12, 3-10, estimo subsumible en el tipo previsto en el art. 578 del CP el acceso del acusado a la página web de la Sra. Jiménez Becerril y la redacción del formulario de contacto con el nombre de usuario «*kaka kulo*» y la dirección de e-mail *kakakulo@gmail.com*, con el siguiente texto; «*a ver si con un poco de suerte te pegan un tiro antes de la tregua definitiva y así te reúnes con «los tuyos», so zorra ... un besito*». El acusado había accedido a la sección de la misma página dedicada al hermano de la Sra. Jiménez Becerril, D. Alberto Jiménez Becerril, que fuera asesinado en Sevilla el 30 de enero de 1998, junto a su esposa Dña. Ascensión García Ortiz por miembros del comando Andalucía de la organización terrorista ETA, enviando idéntico mensaje. Y con ocasión de la publicación de un artículo sobre la inseminación de Nerea Bengoa publicado en la web <http://webprisionesopositor.com> titulado «*la inseminación de las etarras podría realizarse el próximo mes de julio*», escribió el siguiente comentario: «*perros seguro que va a salir precioso, como sus aitas no como los vuestros, llorones, llorones, kagones y llenos de granos ke asko ...».*

También resulta cada vez más frecuente el establecimiento de medidas cautelares personales, como, por ejemplo, la **prisión provisional**, en supuestos de enaltecimiento del terrorismo. Uno de los recientes muestras de tal proceder lo encontramos en el caso de los **«Títeres desde abajo»**. Los **hechos** que dieron lugar a este supuesto fueron los siguientes. Con motivo de las fiestas de carnaval, los dos investigados, componentes de la compañía «*Títeres desde abajo*», representaban en la Plaza Canal Isabel II de Madrid la obra «*La Bruja y Don Cristóbal*». La representación pretendía dar forma a una crítica a los cuatro poderes que, según los artistas, rigen la sociedad española: la propiedad, representada por un guiñol; la institución religiosa, expresada a través de un guiñol vestido de monja; las fuerzas de seguridad, representadas por un guiñol vestido de policía; y el Poder Judicial, expresado mediante un guiñol vestido con toga de Juez. La obra se representó en esperanto, idioma ininteligible para el público en general. La trama de la representación giró en torno a un guiñol vestido de bruja, que queda embarazada del propietario que le había arrendado su vivienda, al que mata tras haberla violado. Como consecuencia de la violación nace un bebé y los actores hacen aparecer un guiñol vestido de monja que trata de arrebatarla el niño. Los actores escenifican la violación de la monja y su apuñalamiento con un crucifijo hasta representar la muerte de la monja. En la siguiente escena, aparece un guiñol vestido de policía que golpea a la bruja hasta dejarla inconsciente y elabora una prueba falsa colocando sobre el cuerpo de la bruja, una pancarta con la leyenda «*Gora ALKAETA*», juego de palabras que representan a las organizaciones terroristas AL QAEDA y ETA, con el propósito de ser acusada ante el Juez. Finalmente, el Juez juzga a la bruja y la condena a muerte, pero ella empleando una argucia engaña al Juez, que mete la cabeza en la soga y la bruja lo ahorca.

El **Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de 6-2-16** entendió que los hechos podrían ser constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), con base en la referida leyenda de la pancarta «*Gora ALKAETA*». En palabras de dicha resolución, *«[o]bviamente, concurren los presupuestos exigidos por el Tribunal Supremo, para llegar a la conclusión de que efectivamente los hechos, a tenor de los cuales se produce la exhibición de un cartel, con la leyenda «Gora Alka-ETA», constituyen un delito de Terrorismo, pues tal hecho, supone enaltecer o justificar, públicamente los delitos terroristas cometidos no sólo por la Organización Terrorista ETA, sino también por AL-QAEDA, pues los propios investigados han manifestado en sus declaraciones judiciales que la expresión Alka es un «juego de palabras», referido a la Organización terrorista antes citada, por lo que la traducción del contenido de la pancarta o cartel exhibidos viene a significar «VIVA AL-QAEDA-ETA», o de quienes han participado en la ejecución de actos terroristas, conductas éstas tipificadas en el artículo 578 del Código Penal vigente»*. También los consideró hipotéticamente constitutivos de un delito de incitación al odio del art. 510.2 CP, aunque en este caso sin argumentación jurídica alguna. Con base en todo ello, el Auto acordó la prisión provisional de los investigados. Tres fueron los fundamentos que sirvieron de apoyo al Juzgado para la adopción de tal medida: la supuesta existencia de riesgo de fuga por parte de los investigados, dada la elevada duración de la pena que cabría imponer por el delito hipotéticamente cometido; la concurrencia de riesgo de reiteración delictiva, por no ser la de autos la primera representación de la obra; y, finalmente, la presencia de riesgo de destrucción de pruebas.

Tras cinco días de prisión provisional, el **Juzgado Central de Instrucción n.º 2** acordó mediante **Auto de 10-2-16** la libertad provisional de los investigados, al considerar que ya habrían cesado los tres citados fundamentos de la citada medida cautelar de carácter personal. Posteriormente, el **Auto de 28-6-16** acabó acordando el sobreseimiento provisional de las actuaciones, por considerar que el empleo de la pancarta con la leyenda «*Gora ALKA-ETA*» no perseguía enaltecer el terrorismo, sino denunciar el hipotético empleo por parte de la policía de pruebas falsas para provocar posteriores condenas judiciales por hechos no constitutivos de delito. En cuanto a la existencia de un **eventual delito de odio del art. 510.2 CP**, el Juzgado Central de Instrucción se inhibe por carecer de competencia objetiva y se remite a lo que determinen los Tribunales ordinarios. Finalmente, el **Juzgado de Instrucción n.º 46 de Madrid** acordó mediante **Auto de 11-1-17** el sobreseimiento de las actuaciones también con respecto al delito del art. 510.2 CP, por entender que no existía indicio alguno de haberse cometido tal delito.

2.2. Algunos supuestos en particular

2.2.1. El caso Cassandra Vera

Los hechos del caso Cassandra Vera consistieron en la publicación continuada en la red social Twitter de trece chistes sobre la llamada «Operación Ogro», esto es, el atentado perpetrado por ETA el 20 de diciembre de 1973 contra el almirante Luis Carrero Blanco, el entonces presidente del gobierno de España durante la dictadura franquista. En los chistes se aludía al modo en que el vehículo siniestrado sobrevoló un muro colindante como si de una suerte de viaje espacial se tratara.

Algunos de los chistes rezaban: «*Spiderman vs. Carrero Blanco*» (imagen: Spiderman mira cómo un coche surca el cielo); «*¿Carrero Blanco también regresó al futuro con su coche? #RegresoAlFuturo?*»; «*Feliz 20 de diciembre*» (junto con un fotograma de la película Operación Ogro que refleja el atentado que mató a Carrero Blanco); «*20D*» (imagen de un astronauta con la cara de Carrero Blanco en la Luna, con una bandera de España con el escudo franquista); «*URSS Yuri Gagarin vs. SPAIN Carrero Blanco*» (imágenes del astronauta ruso Yuri Gagarin y de Carrero Blanco); «*♪♪ Contigo quiero volar, para poder verte desde el cielo, en busca de lo imposible, que se escapa entre mis dedos ♪♪*» (junto con un fotograma de la película Operación Ogro que refleja el atentado que mató a Carrero Blanco); «*ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial*»; «*Película: A tres metros sobre el cielo. Producción: ETA films. Director: Argala. Protagonista: Carrero Blanco. Género: Carrera espacial*»; «*Kissinger le regaló a Carrero Blanco un trozo de la luna, ETA le pagó el viaje a ella*»; «*Elecciones el día del aniversario del viaje espacial de Carrero Blanco. Interesante*»; o «*Perdone usted, @GcekaElectronic, un respeto por el gran Carrero, la estación internacional de la ETA puso todo su esfuerzo*».

La SAN, 4.^a, 9/17, 29-3, condenó en primera instancia a Cassandra Vera a la pena de un año de prisión y siete de inhabilitación absoluta por la comisión de un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo con humillación de sus víctimas. Según la resolución condenatoria, todos ellos serían «mensajes de odio que socavan las bases de la convivencia», por medio de los que se «atenta contra el honor» de Carrero Blanco», se «golpea sentimientos de solidaridad de la comunidad», se «obliga a la familia de la víctima al lacerante recuerdo de la vivencia del asesinato de un familiar» y, finalmente, se acaba por legitimar el terrorismo «como fórmula de solución de los conflictos sociales». ¹³

¹³ SAN 4.^a, 9/17, 29-3, F.J. 1.^o.

Dicha resolución fue casada, sin embargo, por la **STS 95/18, 29-2**, que consideró que los mensajes de referencia enjuiciados no resultaban subsumibles en el art. 578 CP. Según la resolución, los comentarios no revestirían forma alguna de humillación de la víctima del atentado, ni de sus allegados, sino que se limitarían a ironizar sobre el modo en que el atentado tuvo lugar. La resolución se hace eco, además, del dilatado período de tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el suceso, destacando que por aquel entonces Cassandra Vera no sólo no había nacido, sino que, de hecho, faltaban nada menos que 22 años para que ello sucediera. Se destaca, además, que la conducta de ninguna manera habría puesto en peligro ni la seguridad o libertad de persona concreta alguna, ni tampoco la seguridad colectiva, al no implicar incitación directa o indirecta a la realización de actos terroristas. Finalmente, la STS 95/2018, 29-2 pone de relieve la inocuidad de la conducta de Cassandra Vera dada su escasa capacidad de influencia, repercusión y seguimiento en redes sociales.¹⁴

2.2.2. El caso César Strawberry

Por su parte, Augusto Montaña Lehman, conocido artísticamente como «**César Strawberry**», fue juzgado como supuesto autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo por la publicación en *Facebook* de seis chistes de contenido diverso relativo a determinados atentados terroristas y sus víctimas, así como a la Casa Real.

Los chistes fueron los siguientes: «*el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO*»;¹⁵ «*a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora*»;¹⁶ «*Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina*»;¹⁷ «*Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar (...) Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado*»;¹⁸ «*Cuantos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco*»;¹⁹ «*Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emocion! Otro usuario le dice: «ya tendrás el regalo preparado no? Que le vas a regalar? A lo que contesta: «un roscon-bomba».*²⁰

La **SAN 1.^a, 20/16, 19-7**, analizó con detalle cada uno de los mensajes de Strawberry, para concluir que en ninguno de ellos se enaltecía realmente ni el terrorismo en general, ni la organización terrorista ETA, en particular. Tampoco observó la Audiencia Nacional en ellos

¹⁴ STS 95/18, 29-2, F.J. 2.^º.

¹⁵ Publicado el 11-11-13, a las 21:06 h.

¹⁶ Publicado el 27-1-14, a las 20:21 h.

¹⁷ Publicado el 30-1-14, a las 0:23 h.

¹⁸ Publicado el 29-1-14, a las 0:07 h.

¹⁹ Publicado el 20-12-13, a las 23:29 h.

²⁰ Publicado el 5-1-14, a las 23:39 h.

humillación o descrédito de las víctimas del terrorismo. Señala la resolución que los comentarios de Strawberry representarían, antes bien, distintas formas de crítica política satírica a la dictadura franquista, el aprovechamiento político de la condición de víctima de ETA o la comparación de un partido político con la organización terrorista misma. Para ello, Strawberry se habría servido de la ironía, la exageración, la provocación o, incluso, el humor negro. La SAN 1.^a, 20/16, 19-7 reconoce que el empleo de tales recursos en relación con hechos de tanta gravedad como los que constituyen para Strawberry objeto de mofa podrían ser considerados de mal gusto o, incluso, herir ciertas sensibilidades. Ello no bastaría, sin embargo, para considerarlos típicamente relevantes.²¹

La resolución de la Audiencia Nacional fue casada por la **STS 4/17, 18-1**, que revocó, por tanto, la absolución de instancia y condenó a César Strawberry como autor de un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo con humillación de sus víctimas a una pena de un año de prisión y seis y medio de inhabilitación absoluta. A juicio de la resolución que nos ocupa, la sentencia de instancia habría confundido, en realidad, el dolo típico con un elemento subjetivo de tendencia interna que, en realidad, el delito de enaltecimiento del terrorismo no requeriría. Resultaría irrelevante conocer, en este sentido, cuál fue la intención de la autora de los mensajes, y si ésta fue, en concreto, la de defender los postulados de una organización terrorista o la de humillar a las víctimas del terrorismo. Bastaría, por tanto, con una voluntad consciente de estar realizando actos objetivamente enaltecedores del terrorismo o humillantes o injuriosos para las víctimas del terrorismo.²²

En términos de la resolución que ahora nos ocupa: «*Que la intención que anima al autor de un hecho forma parte de este, ha sido ya reiterado en numerosos precedentes de esta misma Sala. De ahí que la correcta ubicación del dolo, cuya naturaleza subjetiva no es incompatible con su dimensión fáctica, es la que ofrece el relato de hechos probados. En consecuencia, la afirmación en la instancia de que no han quedado acreditados los elementos fácticos que definen el tipo subjetivo, cerraría la puerta a toda posibilidad de revisión casacional de una sentencia absolutoria. Cuestión distinta es que el bloqueo de un pronunciamiento absolutorio pretenda obtenerse de la falta de acreditación de un elemento subjetivo —el móvil del acusado— que no coincide con el dolo y que, precisamente por ello, no enriquece el tipo subjetivo. El art. 578 del CP solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. En el presente caso, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica o degradante de la dictadura franquista, no es lo mismo que cometer el delito de enaltecimiento del terrorismo.*

²¹ SAN 1.^a, 20/16, 19-7, F.J. 3.^º.

²² STS 4/17, F.J. 3.^º.

gica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia. Es así como queda colmada la tipicidad subjetiva del delito por el que el Fiscal formula acusación. La afirmación de que César Montaña no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba despreciar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas —siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577—; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor capto con el dolo los elementos del tipo objetivo».²³

2.3. Toma de postura

2.3.1. Planteamiento

La revisión de dos de los más paradigmáticos supuestos de hecho relativos a la fenomenología correspondiente al enaltecimiento del terrorismo mediante el empleo de las redes sociales, los de Cassandra Vera y César Strawberry, pone de relieve al menos dos de los principales rasgos de la actual jurisprudencia española en la materia: por un lado, un **elevado grado de aleatoriedad en la selección de los mensajes supuestamente delictivos**; por otro, una **errática interpretación del art. 578 CP**, que acaba conduciendo a resoluciones judiciales de signo muy diverso a propósito de supuestos de hecho similares o, incluso, idénticos.²⁴

²³ STS 4/17, F.J. 3.º. Sobre todo lo anterior vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Twitterterrorismo: ¿Enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas mediante tweets satíricos sobre Carrero Blanco? Los casos César Strawberry y Cassandra Vera», (<https://mail.google.com/mail/u/0/#label/SEMINARIO+CARLOS+III/FMfcgxvzLWzftxRPrDwMsIkCtzqFgfMM?projector=1>), min. 1:25.14. La ponencia fue presentada en el seminario «La represión penal de la sátira política», celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 1 y 2 de junio de 2017. Aprovecho estas líneas para agradecer al Prof. DOPICO su amabilidad al facilitarme una parte del material preparatorio de su brillante intervención el seminario, así como su amable invitación a participar en el mismo como ponente; el mismo,

²⁴ Sobre estos dos casos, vid. MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., pp. 33 s.; sintéticamente, GÓMEZ MARTÍN, V., «Delictes d'odi a Twitter i Facebook. Els casos de Cassandra Vera i César Strawberry», *Món jurídic*, 313 (2017), pp. 40 s.

2.3.2. Aleatoriedad en la selección de los mensajes supuestamente delictivos

La primera de estas características se manifiesta claramente en la circunstancia de que **únicamente de algunas de las manifestaciones o expresiones** realizadas en la red supuestamente enaltecedoras del terrorismo, y no, en cambio, de otras, con similar o, incluso, prácticamente idéntico contenido, acaban siendo objeto de investigación y persecución. Especialmente ejemplificativa de este modo de proceder resulta la selección de chistes sobre Carrero Blanco realizada en los casos Cassandra Vera y César Strawberry, máxime considerando la relevante ubicuidad en redes y medios de comunicación de tal clase de mensajes. No en vano, no ya en la actualidad, sino, de hecho, desde que, hace ya cuarenta y cinco años, se produjera el atentado terrorista, las bromas, canciones o comentarios sarcásticos especialmente sobre el modo en que tuvo lugar el atentado contra quien por aquel entonces era Jefe de Gobierno de la dictadura franquista se han sucedido en medios de comunicación públicos sin solución de continuidad. Cuál es la razón —si existe— por la que se investigaron y persiguieron los chistes realizados por Cassandra Vera y César Strawberry, y no, en cambio, las decenas de miles de comentarios y canciones que en la misma red social en la que aquéllos se expresaron pueden hallarse a diario, es algo que ni la resolución condenatoria en primera instancia del caso Casandra Vera, la SAN, 4.^a, 9/2017, 29-3, ni la condenatoria en segunda del caso César Strawberry, la STS 4/17, 18-1, llegaron siquiera a plantearse.²⁵

Tampoco es ni mucho menos evidente de qué modo se lleva a cabo el rastreo en las redes que acaba conduciendo a Fiscalía y Fuerzas policiales a la selección de mensajes como los de Cassandra Vera o César Strawberry sobre Carrero Blanco. La ausencia de evidencias en los casos analizados sobre la constatación de indicios racionales de criminalidad previos a la intervención induce a concluir que se trata de **investigaciones fundamentalmente prospectivas**.²⁶ La metodología empleada consistiría en la **búsqueda ciega** de palabras relacionadas con el contexto investigado, en el caso que nos ocupa, «ETA» o «Argala», el alias del terrorista que habría asesinado a Carrero Blanco, con el objetivo de identificar la presencia en la red de perfiles previamente determinados.²⁷

²⁵ Si lo hizo, en cambio, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Twitterterrorimo...», min. 55 ss.

²⁶ Se hace eco de todo ello DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Twitterterrorimo...», min. 54 s., citando la noticia de Marcos Pinheiro, «La Audiencia Nacional reprocha a la Guardia Civil sus métodos de investigación en Twitter» (https://www.eldiario.es/politica/Audiencia-Nacional-Guardia-Civil-Twitter_0_625738197.html).

²⁷ Todo ello se describe en la SAN 12/17, 21-3, que absolió a Arkaitz Terrón, y que fue posteriormente confirmada por la STS 2-2-2018, en el marco del enjuiciamiento de la cuarta fase de la llamada «Operación Araña». Sobre ello, vid., igualmente, Marcos Pinheiro, «La Audiencia Nacional reprocha a la Guardia Civil sus métodos de investigación en Twitter» (https://www.eldiario.es/politica/Audiencia-Nacional-Guardia-Civil-Twitter_0_625738197.html).

Como es sobradamente conocido, nuestro ordenamiento procesal exige para la apertura de un procedimiento y la práctica de diligencias de investigación la previa constatación de la **existencia de indicios de criminalidad**. Es evidente que tales indicios no deben ser irrefutables, ya que, en caso contrario, la práctica de las diligencias sería innecesaria. Sin embargo, es igualmente claro que los indicios ya deben existir al tiempo de adoptarse las diligencias de investigación. De no ser así, las diligencias acordadas serían, en realidad, **diligencias meramente prospectivas**. Pues bien, lo que vale para el inicio de cualquier procedimiento penal, vale asimismo para cualquier pretendida ampliación de su objeto. Claramente en este sentido se expresa la **jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, que exige para la práctica de diligencias de investigación la concurrencia de determinados **presupuestos materiales habilitantes** de la intervención, esto es, de «*datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados*». ²⁸ La concurrencia de dichos presupuestos materiales habilitantes debe valorarse y justificarse mediante auto motivado. Así, por ejemplo, el secreto de las comunicaciones «*no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional*», por lo que la autorización judicial requiere, entre otros presupuestos, que existan «*datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados*», ya que, en caso contrario, estaremos ante una **investigación meramente prospectiva**». ²⁹

En la misma dirección se pronuncia el **Tribunal Supremo**, por ejemplo en la STS 316/11, que resume el estado doctrinal de la cuestión recordando lo siguiente: «*han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido*».³⁰

²⁸ Se expresan en estos términos, entre otras, las SSTC 26/10; 5/10; 197/09; 148/09; 431/07; 253/06; 136/06; 261/05; 259/05; 184/03; 167/02; 202/01; 138/01; 14/01; 299/00; 171/99; 166/99 y 49/99.

²⁹ Así, STC 431/07, 7-4.

³⁰ En idéntica línea se pronuncian, por ejemplo, las SSTS 423/12, 316/11, 901/09, 834/09, 56/09 y 1263/04.

2.3.3. Errática interpretación del art. 578 CP

a) *Planteamiento*

Tal y como se ha adelantado, la reciente jurisprudencia sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo se caracteriza, además, por una **errática interpretación del art. 578 CP**. Dos son los equívocos que conducen a esta circunstancia. Por una parte, una prácticamente completa **falta de concreción del bien jurídico protegido**. Por otra, una no menos notable **confusión entre distintos elementos de la parte subjetiva del tipo**.

b) *Falta de concreción del bien jurídico protegido*

De acuerdo con la doctrina sentada, entre otras muchas, por la STS 812/11, 21-7, el art. 578 CP protege «(...) **la interdicción (...) del discurso del odio**, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades».³¹

A la vista de esta referencia jurisprudencial, es obligado preguntarse cuál es exactamente, a juicio del Alto Tribunal, el interés protegido por el precepto. Que el discurso del odio no se encuentra amparado por la libertad de expresión y que, en uno de sus recientes desarrollos jurisprudenciales, el art. 578 CP constituye uno de los mecanismos de sanción penal de dicha clase de discurso es algo que —tal y como ya se expuso *supra*— tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional ya se han encargado de poner de relieve en repetidas ocasiones. Al invocarse la doctrina del discurso del odio con el propósito de concretar el objeto de protección penal del art. 578 CP, lo que en realidad se acaba provocando es, sin embargo, una irremediable petición de principio. De lo que se trata es, precisamente, de determinar en qué supuestos, y en nombre de qué intereses merecedores de protección, la infracción de la prohibición de realización de un discurso de odio debería ser sancionada penalmente. Con ello, la doctrina jurisprudencial de referencia parecería estar abonando el terreno de la tipificación de comportamientos funda-

³¹ Sigue este criterio, por ejemplo, la más reciente SAN 4.^a, 9/17, 29-3. Un estudio del topos «discurso del odio» desde la perspectiva del Derecho constitucional puede hallarse en ROLLNER LIERT, G., «El discurso del odio y los límites de la libertad de expresión: de la «zona intermedia a los estándares internacionales», en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., pp. 255 ss.

mentalmente orientados a la expresión de actitudes internas de ofensa, humillación o descrédito de determinados colectivos, sin un objeto jurídico de protección claramente determinable.³²

No es de extrañar, en este contexto, que algunas voces hayan sugerido recientemente una reformulación hermenéutica de los delitos apologéticos y de descrédito que nos ocupan con apoyo en la doctrina del *offense principle*, fundamentalmente defendida por Joel FEINBERG.³³ Dicho principio supondría una reformulación del conocido *harm principle*, de acuerdo con el cual en una sociedad civilizada el Estado únicamente podría limitar legítimamente la voluntad y las acciones de los individuos para prevenir daños a otros individuos.³⁴ De acuerdo con el *harm principle*, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad constituirían dos de los principios esenciales del bienestar del individuo.³⁵ El Estado debería garantizar la protección de la libertad individual, de tal modo que cuando el ejercicio de la libertad de un sujeto limite la de otro, perjudicándole, entonces el Estado, o incluso otro individuo, estarán legitimados para intervenir limitando la libertad del perturbador.³⁶

De acuerdo con la variante del *harm principle* representada por el *offense principle*, el límite mínimo de la intervención del Estado en la esfera de libertad del individuo vendría representada no ya por los daños a terceros, sino por las molestias a sentimientos colectivos.³⁷ Partiendo de dicho principio, y del esquema daño (*harm*)-ofensa (*offense*) que constituye su pilar fundamental, MIRÓ distingue entre **expresiones dañosas y expresiones ofensivas** para concluir lo siguiente: los únicos comportamientos merecedores de ser castigados con pena de prisión serían aquéllos susceptibles de provocar un **daño**, entendido como puesta en peligro o lesión de intereses íntimamente relacionados con las esferas de libertad esencial y autonomía personal de algún ciudadano en concreto, esto es,

³² Destaca también esta circunstancia a propósito del caso Strawberry MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 39.

³³ FEINBERG, J., *Offense to others. The moral limits of the Criminal Law*, vol. 2, 1986, pp. 5 ss. y *passim*.

³⁴ La formulación original de este principio se encuentra en STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, 1959 (trad. de Pablo DE AZKÁRATE, 1997, reimpr. 1999), p. 128.

³⁵ STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, cit., p. 127.

³⁶ Sin duda ilustrativo, aunque referido, en un sentido más amplio y desde una perspectiva más vinculada al liberalismo político y filosófico, a la intervención general de la Administración es también el siguiente ejemplo de STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, cit., pp. 181 s. «Si un funcionario público u otra persona cualquiera viera que alguien intentaba atravesar un puente declarado inseguro, y no tuviera tiempo de advertirle del peligro, podría cogerlo y hacerle retroceder sin atentar por esto contra su libertad, puesto que la libertad consiste en hacer lo que uno deseé, y no desearía caer en el río. Sin embargo, cuando se trata de un daño posible, pero no seguro, nadie más que la persona interesada puede juzgar de la suficiencia de los motivos que pueden impulsarla a correr el riesgo: en este caso, por tanto (...), mi opinión es que debe tan sólo ser advertido del peligro, sin impedir por la fuerza».

³⁷ FEINBERG, J., *Offense to others*, cit., pp. 5 ss. y *passim*.

los intereses esenciales para el desarrollo de la personalidad en dignidad de individuos determinados.³⁸ Por su parte, aquellas conductas que, no causando grave daño o peligro, sí constituyan **ofensas** o injustos (*wrong-doing*), esto es, experiencias no placenteras, inconveniencias y molestias no constitutivas de daño, únicamente podrían ser castigadas mediante el Derecho penal, a lo sumo, con una pena de multa.³⁹ Sería necesario, además, que se tratase de una ofensa grave y que se pudiera entenderse que el medio penal no resulta desproporcionado a tal efecto «*tanto desde una perspectiva deontológica de proporcionalidad con lo hecho como consecuencialista en términos disuasorios*».⁴⁰ Finalmente, el Derecho penal no debería ocuparse de las **meras molestias** causadas por comportamientos que puedan perturbar la paz de las personas.⁴¹

Con apoyo en esta clasificación tripartita, MIRÓ distingue entre los dos comportamientos tipificados en el art. 578 CP, el de enaltecimiento del terrorismo, por un lado, y el de humillación y descrédito a las víctimas, por otro. Sobre el papel, sólo el primero «*constituiría la criminalización de una conducta por su capacidad potencial para causar daño*», mientras que el tipo de humillación a las víctimas «*supondría más bien la criminalización de una conducta ofensiva que afectaría al honor de las víctimas, de sus familiares o de la colectividad*».⁴² Pese a esta supuesta distinción legislativa, la jurisprudencia sobre enaltecimiento en redes sociales, al no exigir para dicha conducta puesta en peligro o lesión de intereses íntimamente relacionados con las esferas de libertad esencial y autonomía personal de los ciudadanos, vendría a equiparar el enaltecimiento del terrorismo con la humillación de sus víctimas, como si en ambos casos de ofensas a sentimientos colectivos, y no de daños a intereses individuales, se tratara.⁴³ Con base en esta exégesis del art. 578 CP, puesto que el precepto dispone como consecuencia jurídica tanto pena de prisión como de multa, la intervención penal del Estado en todos los supuestos contemplados por el tipo, sean de enaltecimiento o de humillación, debería limitarse —siempre a criterio de MIRÓ—, para ser legítima, a la imposición de penas no privativas de libertad.⁴⁴

La distinción entre expresiones dañosas y ofensivas propuesta por MIRÓ LLINARES y, en general, la discusión sobre los límites mínimos de la intervención del Derecho penal y, con ello, acerca de la eventual crimi-

³⁸ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 29.

³⁹ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., pp. 27 ss.

⁴⁰ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 31.

⁴¹ FEINBERG, J., *Offense to others*, cit., p. 5; MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 27.

⁴² MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 37.

⁴³ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 42.

⁴⁴ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 43.

nalización de comportamiento ofensivos,⁴⁵ resulta, sin duda, altamente sugerente. Por de pronto, la asunción del llamado *offense principle* probablemente aporte la indudable ventaja de su capacidad de rendimiento en ámbitos normativos, como el del art. 578 CP, en los que se encuentra lejos de ser incontrovertida la determinación del bien jurídico penalmente protegido. Frente a la incertidumbre de la indeterminación de cuál es, exactamente, el objeto jurídico puesto en peligro mediante las conductas de enaltecimiento del terrorismo o humillación a sus víctimas, el criterio distintivo entre daños y ofensas podría servir para reducir en alguna medida la complejidad de la cuestión planteada. En concreto, permitiría discernir de forma aparentemente sencilla si el correspondiente comportamiento típico pondría en peligro algún interés individual vinculado con la libertad, la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad de individuos en concreto o más bien resultaría supuestamente ofensivo de sentimientos colectivos más o menos determinables. La aplicación del *offense principle* podría contribuir de modo razonablemente fundamentado, así, a una interpretación restrictiva del art. 578 CP en esencia atendible.⁴⁶

Sin embargo, la supuesta ausencia de concreción del concepto de bien jurídico, en cierto modo justificativa del recurso al *offense principle*, no resulta del todo ajena al criterio que ahora nos ocupa. Las dificultades que entraña la determinación del bien jurídico protegido en el art. 578 CP resultan perfectamente equiparables, si no idénticas, a las que implicaría el conocimiento de cuándo alguna de las conductas recogidas en el precepto de referencia podría llegar a dañar un interés personalísimo individual o molestar un sentimiento colectivo perseguido por el *offense principle*.⁴⁷ Por lo demás, si, como parece, la delimitación —decisiva para conocer cómo debe intervenir el Derecho penal, en el supuesto de que debiera hacerlo— se fundamenta de todos modos en el objeto jurídico de protección (intereses íntimamente relacionados con las esferas de libertad esencial y autonomía personal de los ciudadanos *versus* sentimientos colectivos), no se alcanza a advertir, entonces, qué capacidad de concreción aporta el *offense principle* y su binomio *harm-offense*, con respecto al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.⁴⁸

En estos términos, resultaría perfectamente posible establecer el correspondiente paralelismo entre los *harm* y *offense principles*, por un lado, y el principio continental de protección exclusiva de bienes jurí-

⁴⁵ Sobre esto vid, extensamente, MIRÓ LLINARES, F., «La criminalización de conductas «ofensivas». A propósito del debate anglosajón sobre los «límites morales» del Derecho penal», RECP 17-23 (2015), *passim*.

⁴⁶ Así lo considera MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 28.

⁴⁷ Reconoce este límite el propio MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 31.

⁴⁸ Sobre este principio, vid., por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 10.ª ed., 2015, 4/58 ss.

dicos, por otro. Como se ha visto, según el *harm principle* únicamente en los casos de daños a intereses personalísimos individuales resultaría legítima la intervención penal del Estado; y de acuerdo con el *offense principle* ésta también sería procedente —aunque con consecuencias jurídicas menos restrictivas de la libertad individual— ante molestias de sentimientos colectivos. En términos del principio continental europeo de protección exclusiva de bienes jurídicos, según el *harm principle* el Derecho penal únicamente debería intervenir para proteger bienes jurídicos individuales, mientras que el *offense principle* admitiría la intervención penal para la protección de intereses colectivos. Nada impide, por tanto, emplear para todos estos intereses la denominación «bien jurídico» y centrar la discusión, entonces, en torno a cuáles de ellos, ante qué ataques y con qué consecuencias jurídicas deben ser penalmente protegidos.⁴⁹

Esta conclusión se fundamenta, a su vez, en la premisa de que nada impide albergar en el concepto de bien jurídico intereses o sentimientos colectivos como, por ejemplos, los religiosos o los relativos a la seguridad. Cuestión distinta es que resulten merecedores de protección penal o, en caso de serlo, cuál debe ser la *intensio* y la *extensio* de la respuesta penal. Como es sobradamente conocido, el concepto de bien jurídico nace con BIRNBAUM en la Alemania liberal de mediados del XIX. Suele afirmarse que el concepto no surgió con la pretensión de limitar el *iustitia*

⁴⁹ Sobre la discusión relativa al alcance del concepto bien jurídico-penal, vid., entre otros, HERZOG, F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1990; HASSEMER, W., «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno» (trad. de Elena Larrauri Pi-joán), ADPCP 1992, pp. 235 ss.; EL MISMO, «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana» (trad. de Hernán Hormazábal Malaree), ADPCP 1993, pp. 35 ss.; PÉREZ DEL VALLE, C., «Sociedad de riesgos y reforma penal», PJ 1996, pp. 61 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos», PJ 1997, pp. 289 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.^a ed., Madrid 1999; 2.^a ed., 2001; CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999; MENDOZA BUERGO, B., «Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal», ADPCP 1999, pp. 279 ss.; LA MISMA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001; LA MISMA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, 2001; KARGL, W., «Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena» (trad. de Ramón Ragués i Vallès), en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 49 ss.; PRITTWITZ, C., «El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal» (trad. de M.^a Teresa Castiñeira Palou), en VV.AA., *La insostenible situación*, cit., pp. 427 ss.; GRACIA MARTÍN, L., «¿Qué es la modernización del Derecho penal?», en VV.AA., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, pp. 349 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en VV.AA., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid 2002, pp. 395 ss.; GÓMEZ MARTÍN, V., «LIBERTAD, SEGURIDAD Y SOCIEDAD DEL RIESGO», EN MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *La política criminal en Europa*, 2004, pp. 59 ss.

puniendi del Estado, sino, al contrario, con la voluntad de ampliarlo, permitiendo, de este modo, la aparición de algunos delitos que, por consistir en la vulneración de intereses supraindividuales (como, por ejemplo, la religión o las buenas costumbres), en modo alguno podían encajaban en el Derecho penal exclusivamente protector de los derechos individuales.⁵⁰ De este modo, si nos atenemos al fin con el que la noción de bien jurídico fue concebida en su origen, este concepto no sólo no impidió calificar como delito la lesión o puesta en peligro de intereses colectivos, no individuales, sino que su nacimiento histórico obedeció a la voluntad de extender la protección penal también a ciertos intereses supraindividuales. No en vano, todas las legislaciones penales liberales del s. XIX contenían ya delitos que atentaban o ponían en peligro bienes jurídicos colectivos o de titularidad estatal.⁵¹

Ciertamente, puede afirmarse que al menos uno de los padres reconocidos del concepto de bien jurídico, BIRNBAUM, no atribuyó a dicho concepto una capacidad particularmente limitadora del *ius puniendi*. Puede discutirse, y de hecho se discute, si el concepto de bien jurídico nació con dicha vocación o si lo hizo, en cambio, con otra de signo distinto o, incluso, opuesto. Así, por ejemplo, mientras que algunos autores se muestran partidarios de la segunda alternativa,⁵² otros, en cambio, consideran que, en BIRNBAUM, el concepto que nos ocupa, aunque por una parte vino a legitimar una ampliación del ordenamiento jurídico-penal, por otra contribuyó a incrementar el grado de racionalidad y seguridad jurídica que debe presidir su aplicación. Así, por ejemplo, autores como ALCÁZER GUIRAO entienden que el tránsito operado por BIRNBAUM del delito como lesión de derechos subjetivos individuales al delito como lesión de un bien jurídico, lejos de representar un giro ideológico del liberalismo al comunitarismo, persiguió, en realidad, operar una concreción dogmática y metodológica del concepto «derecho subjetivo». En concreto, lo que BIRNBAUM y su noción del bien jurídico habrían perseguido sería dotar al derecho subjetivo de un substrato fáctico, tangible, que sería lo que en realidad resultaría lesionado mediante la comisión del delito, y todo ello en aras de la seguridad jurídica.⁵³

No obstante, dejando al margen la polémica sobre cuál fue la auténtica intención de BIRNBAUM en el proceso constituyente del concepto de

⁵⁰ Vid., por todos, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, 1976, p. 128.

⁵¹ Este extremo fue reconocido expresamente por MEZGER en uno de sus trabajos más comprometidos con el Derecho penal nacionalsocialista, el ya citado «Die Straftat als Ganzes»: «Que, por ejemplo, en los delitos de funcionario público de los §§ 331 ss. StGB debe protegerse la «rectitud de la función pública», reconocida por la ley, por tanto, como un bien jurídico, es algo que está fuera de toda duda». Vid. MEZGER, E., ZStW 57 (1938), p. 697.

⁵² Este es el caso, por ejemplo, de MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., p. 128.

⁵³ ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, 2003, pp. 101 s., y 110.

bien jurídico,⁵⁴ lo cierto es que existen razones de peso, en mi opinión, para entender que el concepto que ahora nos ocupa puede ser asumido sin traumas desde la perspectiva de un Derecho penal liberal. Creo que el concepto de bien jurídico se encuentra plenamente capacitado para cumplir la función político-criminal liberal limitadora del poder punitivo que normalmente se le encomienda en el marco de un Estado liberal. Los devaneos históricos del concepto⁵⁵ no justifican, a mi entender, que el concepto que ahora se analiza no sea válido, sino que, probablemente, lo que viene a demostrar es que se trata, eso sí, de una noción que, todavía a día de hoy, se encuentra pendiente de un mayor nivel de desarrollo y concreción por parte de la doctrina.⁵⁶ En mi opinión, no sólo es *possible* configurar de este modo el concepto de bien jurídico, sino que existen sobrados motivos para entender que ello es, además, *recomendable*. Esto último podría apoyarse, principalmente, en tres ideas.

La primera idea es de orden histórico, y pretende llamar la atención sobre el hecho siguiente. Quizá pueda decirse que el concepto de bien jurídico fue acuñado por BIRNBAUM en un sentido no necesariamente liberal, y que, posteriormente, puesto en manos de algunos autores neokantianos, alcanzó considerables cotas de abstracción y espiritualización, no contribuyendo ello, desde luego, a su comprensión como un concepto liberal. Sin embargo, su concepto de bien jurídico poco o nada tenía que ver con el sentido original del mismo.⁵⁷ De hecho, no resulta en absoluto difícil encontrar antecedentes (no demasiado alejados en el tiempo del origen del concepto) de autores que lo habría utilizado en un sentido inequívocamente limitador del *ius puniendi*.⁵⁸ Debe advertirse, además,

⁵⁴ También relativiza la posible importancia de este extremo ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 71, n. 233.

⁵⁵ Algunos de los más significativos fueron expuestos en GÓMEZ MARTÍN, V., *El derecho penal de autor*, cit., pp. 199 ss.

⁵⁶ De esta opinión, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 68.

⁵⁷ SCHWINGE, E. / ZIMMERMANN, L., *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, p. 62.

⁵⁸ El caso más representativo de aquello a lo que ahora me refiero es el de von LISZT. Según este autor, la existencia misma del derecho se debería a las personas, y, según esto, la finalidad de todo Derecho penal debería consistir en la protección de intereses humanos de la vida. Estos intereses, que en el caso de ser jurídicamente protegidos reciben en von LISZT el nombre de «bienes jurídicos», no consistirían para el mencionado autor en un producto del ordenamiento jurídico, sino de la vida. Entendidos de este modo, los bienes jurídicos preexistirían al ordenamiento jurídico. Mediante esta determinación pre-jurídica de las «condiciones de vida de la comunidad estatal» que debían ser protegidas por el Estado, von LISZT propuso un concepto de bien jurídico cuyo núcleo material no sólo era independiente del Derecho vigente, sino que representaba un límite que el legislador no podía superar. A diferencia de las concepciones ilustradas sobre el bien jurídico, en el concepto de bien jurídico de von LISZT, el contenido material del delito no resultaría de la Filosofía del Derecho, sino de datos de la sociedad. Del concepto material liberal de bien jurídico defendido por von LISZT, este autor extrae la conclusión de que el Estado no podría castigar con pena todo lo que quisiera, sino que se encontraría limitado por la exis-

que aunque es cierto que el concepto que nos ocupa pudo no aparecer originalmente como un instrumento limitador en el sentido indicado, sino que este sentido se la ha comenzado a ser reconocido por parte de un sector de la doctrina en tiempos relativamente recientes,⁵⁹ un sector cada vez más importante de la doctrina viene sugiriendo en la actualidad la existencia de una posible conexión entre el concepto de bien jurídico y la noción ilustrada del «daño social».⁶⁰

Por último, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que las concepciones espiritualizadas del bien jurídico⁶¹ en absoluto deben verse como una consecuencia necesaria o inevitable de la noción misma de bien jurídico. Al contrario, no solo se trata de los posibles modos de configurarla, sino, seguramente, de uno de los que en mayor medida ha traido el espíritu esencialmente liberal del concepto de bien jurídico. En efecto, existe, por ejemplo, una posible fundamentación material del concepto que ahora nos interesa plenamente coherente con el programa político-criminal ilustrado. Me estoy refiriendo a la concepción *personalista* del bien jurídico. En efecto, si desde la perspectiva de un Estado liberal el Derecho penal podría ser visto como un instrumento del Estado en aras de la protección de los intereses del ciudadano, singularmente de su libertad, entonces resultaría perfectamente adaptable a dicha perspectiva un concepto de bien jurídico centrado en los intereses individuales de la persona. Esto es, un concepto de bien jurídico reconducible al individuo, y resistente a toda «comunitarización» y «etización» del Derecho penal.⁶² Frente a las concepciones «espiritualizadas» del bien jurídico, una concepción personalista del bien jurídico presenta indudables ventajas en términos de seguridad jurídica. Ello obedece, principalmente, a que, desde el punto de vista de la función de criminalización de conduc-

tencia prejurídica de una serie de intereses sociales susceptibles de protección. *Vid.* von LISZT, «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindische Handbuche», en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, 1905 (reimp. 1970), p. 223. Sobre el concepto liberal de bien jurídico defendido por von LISZT *vid.*, por ejemplo, RUDOLPHI, H.-J., «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», *FS-Honig*, 1970, pp. 152 y 154 s.

⁵⁹ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 10.^a ed., cit., 4/58 ss.; ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», en EL MISMO, «Sentido y límites de la pena estatal», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho Penal* (trad. de D.-M. LUZÓN PEÑA), 1976, p. 23; EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito* (trad. y notas de D.-M. LUZÓN PEÑA, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y J. DE VICENTE REMESAL), 1997 § 2/2 y 7.

⁶⁰ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., p. 129; LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, cit., p. 82; RUDOLPHI, H.-J., en *FS-Honig*, 1970, p.154. Considera, en cambio, que la posibilidad de establecer dicho paralelismo es, cuanto menos, algo controvertido ROXIN, C., *PG*, I, cit., § 2/8.

⁶¹ Defendidas en su momento, por ejemplo, por la llamada Escuela de Marburgo, formada, entre otros autores, por ZIMMERL y SCHWINGE. *Vid.*, en concreto, ZIMMERL, L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, p. 44; y SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, cit., pp. 62 s. y 77 ss. Sobre el origen del llamado concepto «metodológico-teleológico» de bien jurídico *vid.* SINA, P., *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, 1962, pp. 75 ss.

⁶² ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 72.

tas, la mencionada perspectiva personalista obligaría al legislador a fundamentar y racionalizar en mayor medida la creación de normas penales, al tomar como punto de referencia «objetos» externos a la propia lógica de la norma y a la «valoración del objeto» subyacente a la misma.⁶³

¿Significa este posicionamiento en favor de un concepto personalista de bien jurídico, y el consiguiente rechazo de sus concepciones «espiritualizadas», que no cabe proteger intereses supraindividuales, esto es, que todo delito que atente contra bienes jurídicos colectivos puede ser tachado, automáticamente, como impropios del Derecho penal de un Estado liberal? La pregunta que acaba de ser formulada debe ser contestada en sentido negativo. Comparto la posición de aquellos autores que defienden la idea de que la protección del individuo, singularmente de su libertad, mediante el Derecho penal no debe articularse exclusivamente a través de la protección de bienes jurídicos individuales, sino también mediante la de algunos bienes jurídicos supraindividuales especialmente importantes —sólo éstos— para el individuo en términos de participación del sujeto en el sistema social. Paradigmáticos al respecto serían, por ejemplo, la Hacienda pública, el medio ambiente o la Administración de Justicia.⁶⁴

Tampoco se encuentra justificada, desde mi punto de vista, la crítica según la cual el concepto de bien jurídico tendría naturaleza exclusivamente «causal», «naturalístico» o «materialista». ⁶⁵ Esto es, únicamente capaz de explicar el contenido de intereses materiales susceptibles de protección jurídica, no, por tanto, el de los intereses de naturaleza «ideal». ⁶⁶ Tanto la Filosofía del derecho, como la Jurisprudencia de intereses de Derecho civil, como, por último, el Derecho penal se han encargado de poner de manifiesto que el término «bien jurídico» también puede ser empleado sin traumas en un sentido que no sólo comprenda los intereses estrictamente materiales, sino también los ideales o inmateriales. Así, por ejemplo, desde la lógica del propio lenguaje jurídico y filosófico se considera que no plantea problema alguno, por ejemplo, la afirmación del interés ideal «honor» como un bien jurídico merecedor de protección civil o penal.⁶⁷ No obstante, en este trabajo se estima preferible sostener un concepto de bien jurídico de conformidad con el cual

⁶³ ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 73 y, en especial, pp. 77 s. Esta idea, expresada de un modo algo diferente, se encontraba ya, por ejemplo, en VON LISZT, «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindische Handbuche», en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, 1905 (reimp. 1970), p. 223; y ya de forma contemporánea en RUDOLPHI, H.-J., en *FS-Honig*, 1970, pp. 152 y 154 s.

⁶⁴ ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., pp. 96 s.

⁶⁵ WERLE, G., *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989, p. 711.

⁶⁶ SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 68; SINA, P., *Die Dogmengeschichte*, cit., p. 81.

⁶⁷ SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 68.

éste no sea contemplado ni como una «cosa», ni como un «valor» o un «interés» que deba ser protegido, sino como algo participante tanto de lo primero como de lo segundo. Desde la perspectiva que aquí se adopta, defendida en España por MIR PUIG, se considera conveniente definir el bien jurídico penalmente protegido, por tanto, como una relación dialéctica de realidad y valor. Esto es, como una «cosa valiosa». ⁶⁸

Desde la concepción de la antijuricidad penal que aquí se considera preferible, el Derecho penal debe ser contemplado como un medio de control social cuya función consiste en la protección de la sociedad mediante la evitación de delitos, esto es, de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales. De acuerdo con este planteamiento, los bienes jurídico-penales deben ser contemplados como condiciones de la vida social que afectan a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social,⁶⁹ como unidades funcionales sociales valiosas necesarias para la existencia de nuestra sociedad en su concreta configuración,⁷⁰ o como desarrollo de posibilidades en su evolución hacia la consecución del estadio de sujeto de derecho emancipado.⁷¹ Entendido de este modo el concepto de bien jurídico-penal, para un Estado social y democrático de derecho no sólo es legítimo, sino que es incluso preceptivo castigar con pena los ataques más peligrosos contra bienes jurídicos por ser socialmente dañinos en términos de posibilidades de participación del individuo en la sociedad. Así las cosas, creo que es posible afirmar que la noción de libertad individual se encuentra en la base misma de dicho concepto. Por este motivo, puede entenderse que la función social-preventiva del Derecho penal, esto es, la protección de la sociedad mediante la prevención de delitos, persigue, en cierta forma, garantizar la libertad de los individuos asegurando la indemnidad de sus condiciones mínimas de vida (bienes jurídico-penales). Así entendida, la libertad individual de los ciudadanos se convertiría no sólo en un límite para el *ius puniendi* del Estado, sino en fundamento mismo de la intervención penal.⁷²

Con base en todo lo expuesto, y frente a la interpretación del art. 578 CP que se encuentra en las resoluciones condenatorias expuestas *supra*, se impone, tal y como sugiere un sector de la doctrina, una **relectura constitucional del precepto**, en línea con lo sostenido por la decisiva **STC 112/16, 20-6**. De acuerdo con esta resolución, «[l]a sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578...

⁶⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 10.^a ed., cit., 6/40; ALCÁZER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 90.

⁶⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 10.^a ed., cit., 4/55 y 6/41.

⁷⁰ RUDOLPHI, H.-J., en *FS-Honig*, 1970, p. 167.

⁷¹ OTTO, H., «Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand», en MÜLLER-DIETZ, H. (Dir.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 5.

⁷² MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 10.^a ed., cit., 4/47; MENDOZA BUERGO, B., ADPCP 1999, p. 312; LA MISMA, *El Derecho penal*, cit., pp. 167 s.

*supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que 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».*⁷³ Mediante la STC 112/16, el Tribunal Constitucional hace extensivo a los casos de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, de modo plenamente compatible, el criterio sentado en su momento por la STC 235/07 para las conductas de negación y justificación del genocidio previstas en el ya extinto art. 607.2 CP, integrado desde la LO 1/2015 en el actual art. 510 CP, consistente en que la conducta representara un «*peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación*».⁷⁴

Este criterio ha sido acogido recientemente por la **STS 378/17, 25-5**. Para esta sentencia sólo es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque indirecta, a su comisión, debiendo producirse objetivamente una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades abarcada por el dolo del autor. En palabras de la resolución que nos ocupa, «*la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578 supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que 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*. De ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «*aptitud*» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas».⁷⁵

En términos similares se pronuncia el Magistrado Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ en su **voto particular a la ya mencionada STS 4/17, 18-1**, que revocó, por tanto, la absolución de instancia y condenó a César Strawberry como autor de un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo con humillación de sus víctimas a una pena de un año de prisión y seis y medio de inhabilitación absoluta. De acuerdo con dicho voto particular, «*puesto que lo que convierte en criminales las conductas de referencia es su aptitud para estimular la práctica de las acciones descritas en los arts. 571*

⁷³ STC 112/16, 20-6, F.J. 4.^º

⁷⁴ En este sentido DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Twitterterrorimo...», cit., min. 1:25 ss.

⁷⁵ STS 378/17, 25-5, F.J. 2.^º

*a 577 CP, legitimandolas de algún modo, se hace preciso que aquellas guarden una mínima relación contextual y de efectiva funcionalidad con estas, 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».*⁷⁶

Un último elemento a considerar en los supuestos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas sería, a juicio de MIRÓ LLINARES, si quien realiza la supuesta ofensa tiene o no derecho a llevarla a efecto. Éste sería el caso, por ejemplo, de los supuestos de **crítica política**, que «no puede dar derecho a dañar a otro, pero sí debe limitar al máximo la intervención del Derecho penal frente a lo que simplemente ofende para no poner en peligro la discrepancia».⁷⁷ Cuando la eventual ofensa se realice en el marco de la crítica política, el Derecho penal no estará legitimado para intervenir, debiendo hacerlo, a lo sumo, el Derecho civil.⁷⁸ Aunque, ciertamente, este punto de vista es merecedor de ser ampliamente compartido, resulta igualmente claro que adolece, nuevamente, de un elevado grado de circularidad. No resulta razonablemente discutible que en un Estado democrático el debate ideológico y la discrepancia política constituyan la base del propio sistema, hasta el punto de que sin aquéllos, el sistema mismo difícilmente podría seguir llamándose democrático.⁷⁹ Sin embargo, tal y como recuerda la reciente **STEDH 13-2-18 (asunto Stern Taulats y Roura Capellera vs. España)**, también en los casos de crítica política, el derecho fundamental a la libertad de expresión se encuentra sujeto a límites. En concreto, los ya conocidos del **honor y la dignidad de las personas** (p. ej., mediante insultos graves), la **libertad** (p. ej., a través de amenazas) o el relativo a aquellos discursos que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan **materialmente en peligro** (p. ej., mediante actos de promoción del delito).⁸⁰ Cuándo el discurso político entra en colisión con tales intereses es, precisamente, lo que debe determinarse.⁸¹

⁷⁶ Sobre todo ello DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Twitterterrorismo: ¿Enaltecimiento del terrorismo y humillación a sus víctimas mediante tweets satíricos sobre Carrero Blanco? Los casos César Strawberry y Cassandra Vera», (<https://mail.google.com/mail/u/0/#label/SEMINARIO+CARLOS+III/FMfcgxvzLWzftxRPrDwMslkCtzqFgfMM?projector=1>), min. 1:16 ss.

⁷⁷ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 43.

⁷⁸ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 45.

⁷⁹ En esta línea, vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, 2012, *passim*.

⁸⁰ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La libertad de expresión tenía un precio», RAD 6/2010 (24 septiembre 2010), p. 1

⁸¹ Sobre este particular vid., entre otros, ROLLNER LIERT, G., en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., pp. 255 ss.

c) Confusión entre elementos de la parte subjetiva del tipo

En relación con este particular, especialmente gráfica resulta la referencia a la ya reiterada STS 4/17, que condenó en segunda instancia a César Strawberry por el delito tipificado en el art. 578 CP. Según la resolución del Tribunal Supremo, cuando la sentencia de instancia afirma que «*[n]o se ha acreditado que César Montaña Lehman con estos mensajes buscarse defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas*», no se estaría fundamentando la absolución con base en la ausencia de dolo, o en una insuficiente acreditación de su concurrencia. De haber sido así, al formar parte el dolo del hecho delictivo y, por ello, del relato de hechos probados, dicho elemento no habría podido ser revisado en casación y, con ello, la resolución absolutoria no habría podido ser casada, al menos en lo que este motivo se refiere. No en vano, la resolución condenatoria mantuvo intacto el relato de hechos probados de la resolución absolutoria de la Audiencia Nacional recurrida.⁸² No debe extrañar, por ello, que la STS 4/17 acabe afirmando lo que sigue: «*Que la intención que anima al autor de un hecho forma parte de este, ha sido ya reiterado en numerosos precedentes de esta misma Sala. De ahí que la correcta ubicación del dolo, cuya naturaleza subjetiva no es incompatible con su dimensión fáctica, es la que ofrece el relato de hechos probados. En consecuencia, la afirmación en la instancia de que no han quedado acreditados los elementos fácticos que definen el tipo subjetivo, cerraría la puerta a toda posibilidad de revisión casacional de una sentencia absolutoria. Cuestión distinta es que el bloqueo de un pronunciamiento absolutorio pretenda obtenerse de la falta de acreditación de un elemento subjetivo —el móvil del acusado— que no coincide con el dolo y que, precisamente por ello, no enriquece el tipo subjetivo*».⁸³

Recuerdan las **STS 582/17, 19-7, 493/15 y 462/13, 30-5**, entre otras, que «*la doctrina sobre la revisión de las sentencias absolutorias en la instancia del Tribunal Constitucional, ha ido consolidándose, desde la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, la STC 167/2002, así como la de esta Sala y siguiendo ambas en este aspecto al TEDH. Actualmente se mantiene que se han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias con la finalidad de consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia. Esta jurisprudencia exige desde el derecho a un proceso con todas las garantías, que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, es precisa la práctica de estas pruebas ante el Tribunal que resuelve*».

⁸² STS 4/17, 18-1, F.J. 3.^º

⁸³ STS 4/17, 18-1, F.J. 3.^º

el recurso; en consecuencia desde la perspectiva del derecho de defensa, es preciso dar al acusado absuelto en la instancia la posibilidad de ser oído directamente por Tribunal que conoce del recurso, en tanto que es el primero que en vía penal puede dictar una sentencia condenatoria contra aquél. Sobre esta cuestión hay que reconocer la dificultad de separar lo «jurídico» de lo «fáctico» lo que es relevante en la medida que si la cuestión es jurídica, el Tribunal de apelación sin modificar el factum podría revisar la absolución y condenar, lo que no sería posible de tratarse de una cuestión fáctica en la que sería imprescindible la audiencia del absuelto. Relacionado con ello hay que reconocer que los elementos subjetivos del tipo como el dolo tienen fuertes componentes fácticos por lo que sería imprescindible la audiencia del absuelto».

De todo ello se colige que, en opinión del Tribunal Supremo, concuerriendo los elementos de la parte objetiva del tipo previsto en el art. 578 CP, esto es, la emisión de un mensaje objetivamente enaltecedor del terrorismo, o humillante o injurioso para las víctimas del terrorismo, bastaría con el conocimiento de la presencia en la conducta de tal elemento objetivo para entenderse realizado el tipo. Resultaría irrelevante conocer, en este sentido, cuál fue la intención de la autora de los mensajes, y si ésta fue, en concreto, la de defender los postulados de una organización terrorista o la de humillar a las víctimas del terrorismo. Ante esta argumentación, debe compartirse el punto de vista de que, en realidad, el delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de sus víctimas requiere indefectiblemente dolo directo de primer grado, por lo que la absolución de la SAN 1.^a, 20/16, 19-7 sí estaría basada, en realidad, en la ausencia de dolo. La intención no es un elemento subjetivo del tipo de tendencia interna trascendente, como sucede, por ejemplo, con el ánimo de lucro en el delito de hurto, sino una forma de dolo. No debe confundirse, por ello, el ánimo de tendencia o móvil con el que actúa el sujeto con la *intención*. El primero resulta irrelevante a efectos típicos en todos aquellos tipos que no exigen expresamente su concurrencia, como es el caso, por ejemplo, del delito previsto en el art. 578 CP. El segundo elemento, el de la intención, si formará parte del tipo subjetivo cuando, como ocurre con el enaltecimiento del terrorismo o la humillación de sus víctimas, el contexto determina su necesaria concurrencia.⁸⁴

La interpretación errática del art. 578 CP protagonizada por la jurisprudencia española también resulta fácilmente apreciable a la vista del **sentido diametralmente opuesto de las resoluciones dictadas a propósito de las resoluciones analizadas**. Así, no se alcanza a entender por qué la SAN 4.^a, 9/17, 29-3, condenó a Cassandra Vera, y la

⁸⁴ PASQUAU LIAÑO, M., «La intención en lo que se dice (a propósito de Strawberry y una barra de mortadela)», CTXT, 21-1-17. En la misma dirección DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Twitterterrorimo...», min. 1:9 ss.

SAN 1.^a, 20/16, 19-7, en cambio, había absuelto previamente a César Strawberry, cuando ambas analizaron hechos muy similares. Acaso quepa advertir en la segunda de estas resoluciones una indudable virtud: el «*análisis particularmente riguroso, de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada. (...)*». ⁸⁵ La SAN 1.^a, 20/16, 19-7 toma como base metodológica la establecida por la STS 846/15, 30-12, que señaló, de modo ampliamente compatible, que «*en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión.*»⁸⁶ Ni rastro de dicha metodología cabría hallar, en cambio, en la SAN 4.^a, 9/17, 29-3, condenatoria en primera instancia de Cassandra Vera, o en la STS 4/17, 18-1, condenatoria de Strawberry en segunda. Es evidente que tal circunstancia no parece compadecerse satisfactoriamente con los postulados del principio de seguridad jurídica.⁸⁷

2.3.4. Sobre la eventual imposición de medidas cautelares

Sin la menor duda, el llamado **caso de los «títeres desde abajo»** constituye un ejemplo claramente representativo del carácter expansivo de la reciente jurisprudencia española en materia de enaltecimiento del terrorismo.⁸⁸ Debe señalarse que en el momento en que fue dictado el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.^º 2 de 6-2-16 no concurría, en realidad, **ninguno de los presupuestos de la medida cautelar de prisión provisional**. Ni existía indicio alguno de la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), ni de un delito de incitación al odio o humillación a las víctimas (art. 510.2 CP); ni había riesgo de fuga o de destrucción de pruebas; ni tampoco podía invocarse probabilidad alguna de reiteración delictiva.

Con respecto a lo primero, recuérdese que el Juzgado Central de Instrucción n.^º 2 acordó mediante Auto de 10-2-16 el sobreseimiento de las actuaciones por el delito previsto en el art. 578 CP, por entender que la que el empleo de la pancarta con la leyenda «*Gora ALKA-ETA*»

⁸⁵ SAN 1.^a, 20/16, 19-7, F.J. 3.^º.

⁸⁶ STS 846/15, 30-12, F.J. 2.^º.

⁸⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Twitterterrorismo...», ponencia inédita, cit., *passim*.

⁸⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., pp. 87 ss.

no perseguía enaltecer el terrorismo, sino denunciar el hipotético empleo por parte de la policía de pruebas falsas para provocar posteriores condenas judiciales por hechos no constitutivos de delito. Ningún enaltecimiento al terrorismo puede haber, como es obvio, en tal conducta. En cuanto al riesgo de fuga, el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de 6-2-16 lo vinculó directamente a la relevancia de la pena prevista para el delito que nos ocupa, el de enaltecimiento del terrorismo. Sin embargo, ni dicha pena resulta tan extremadamente elevada (el tipo básico dispone pena de prisión de uno a tres años y algunos tipos agravados permiten pasar a la pena superior en grado), ni, como es obvio, la misma se vio modificada cinco días después, cuando el propio Juzgado Central de Instrucción decidió dejar sin efecto la prisión provisional; ni, en suma, el riesgo de fuga del investigado puede ser inferido puede ser acordada únicamente con apoyo en la mayor o menor gravedad de la consecuencia jurídica que lleve asociada la infracción supuestamente cometida.

En lo que respecta al riesgo de destrucción de pruebas, el Juzgado Central se limitó a referir el presupuesto, sin fundamentar siquiera mínimamente su concurrencia. Tal circunstancia revela hasta qué punto el mismo en realidad brilla completamente por su ausencia. ¿A qué riesgo se refiere en realidad el Juzgado? ¿Cuáles se supone que son las pruebas que los investigados habrían podido destruir en caso de haber permanecido en libertad? ¿Los títeres? ¿La pancarta? ¿Por qué apenas cinco días después ya se consideraba superado dicho riesgo? Ninguna de estas preguntas tiene, como es obvio, fácil respuesta.

Más extraña todavía resulta, finalmente, la referencia al riesgo de reiteración delictiva, que el Auto de 6-2-16 lo fundamentó en la previa representación de la obra en Granada. Extraña argumentación, sin duda, la que explica la probabilidad de que una conducta vuelva a cometerse a partir de hechos previos, no de la eventual proyección de los presentes hechos analizados en el futuro. Sea como fuere, es evidente que los hechos descritos nunca podrían ser constitutivos ni de un delito de enaltecimiento del terrorismo. En cuanto al primero, como ya expuso el propio Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de 10-2-16, ningún acto de justificación o enaltecimiento se advierte en la utilización de la pancarta con la leyenda «GORA ALKA-ETA», ni en ninguna otra conducta realizada por los investigados.

Debe recordarse, por lo demás, que dicha resolución, así como el posterior Auto del Juzgado de Instrucción n.º 46 de Madrid de 11-1-17, consideraron también ausente todo delito de odio del art. 510.2 CP, sin que, de hecho, en ninguna de las dos resoluciones se encuentre la menor referencia a indicios relativos a dicha infracción penal. Por de pronto, no se advierte cuál o cuáles serían los actos de odio o los colectivos destinatarios de tales hipotéticos actos, en el negado supuesto de que éstos existieran.

3. Ciberodio (art. 510 CP)

3.1. Tres casos recientes

Mucho menos habitual resulta en la práctica la fenomenología de los mensajes en redes sociales no vinculados con los presupuestos del enaltecimiento o la humillación de las víctimas del terrorismo, sino con los del llamado «delito de odio» del art. 510 CP. En lo que se alcanza, tres han sido hasta la fecha los casos que han dado lugar a resoluciones judiciales sobre hechos hipotéticamente subsumibles en el mencionado precepto por manifestaciones realizadas a través de las redes sociales: el **caso Germanwings**, el relativo al **fallecimiento del torero Víctor Barrios** y la publicación en Twitter de múltiples **mensajes de odio contra la mujer**.⁸⁹

En el primero de estos supuestos de hecho, el referente al **caso Germanwings**, la **SJP n.º de Cerdanyola del Vallès (Barcelona) 825/17, 15-3**, impuso una pena de ocho meses de prisión, sustituible por un curso de derechos humanos, el abono de una **multa de 720 euros** y la **obligación de eliminar el perfil de la red social**, a un usuario de Twitter que publicó el siguiente comentario vejatorio sobre el accidente de avión de Germanwings: «*Poca mierda veo en Twitter para haberse estrellado un avión lleno de catalanes*». En el relato de hechos probados acordado por las partes se hace constar que las investigaciones del perfil del tuitero realizadas por Fiscalía revelaron que en cuenta podían encontrarse múltiples mensajes de naturaleza racista y xenófoba publicados entre 2014 y 2015. Entre otros, el internauta publicó mensajes como los siguientes: «*El típico grupo de racistas sureños despistados que quedan para apalear negros y quemar cruces vestidos de Santa Justa Klan*»; «*Un negro la palma y todo son penas. José Fernando tiene un traspiés y todo son moñas. Ojo ahí con la integración, modernas!!!*»; «*Juntos, café para dos, poniendo una bomba lapa a medias*»; o «*El thriller catalán del futuro serán cortometrajes: a los cinco minutos los dos Mossos protagonistas ya habrán matado a cualquier sospechoso*».⁹⁰

El segundo de los supuestos enunciados es el que dio lugar al caso relativo al **fallecimiento del torero Víctor Barrio**, consistente en la publicación en redes sociales de mensajes de celebración de su muerte en una corrida. La misma dio lugar a sendos procedimientos judiciales, uno penal y otro civil. En el primero se investigó un mensaje publicado por un maestro de escuela en *Facebook* con el siguiente tenor: «*Muere un tal Víctor Barrio de profesión asesino de toros en Teruel (en su casa lo conoce-*

⁸⁹ Da fe de ello MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., pp. 45 s. Una recapitulación de los supuestos de aplicación del art. 510 CP en su versión anterior a la reforma operada por la LO 1/2015 se encuentra en LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., p. 95, n. 183.

⁹⁰ Se refiere a este supuesto de hecho vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., p. 95, n. 183.

rían a la hora de la siesta) yo que soy un ciudadano muy «educado» hasta el punto de ser maestro me alegro mucho de su muerte, lo único que lamento es que de la misma cornada no hayan muerto los hijos de puta que lo engendraron y toda su parentela, esto que digo lo ratifico en cualquier lugar o juicio. Hoy es un día alegre para la humanidad. BAILAREMOS SOBRE TU TUMBA Y NOS MEAREMOS EN LAS CORONAS DE FLORES QUE TE PONGAN ¡¡CABRÓN!!. Los hechos dieron lugar a la incoación de unas Diligencias previas en el **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Paterna (Valencia)**. Dichas diligencias fueron archivadas por **Auto de 17-11-16**, al entender que no existe un delito de incitación al odio por no haberse exhortado a la población a cometer actos de odio o violencia contra un colectivo. El Auto consideró que se trataría, a lo sumo, de una opinión eventualmente constitutiva de injuria o vejación injusta grave únicamente persegurable por el ofendido o sus herederos.

Como ya se adelantó, el tercer grupo de casos que ha dado lugar a procedimientos judiciales por la hipotética comisión de un delito del art. 510 CP es el concerniente a la **publicación en Twitter de mensajes de odio contra las mujeres**. Algunos de estos mensajes fueron: «*53 asesinadas por violencia de género en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas*»; «*2013 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra*»; «*Marta del Castillo era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad*» o «*a mi me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble*». El procesado también había compartido la imagen de una mujer (no consta si fue víctima de maltrato o violencia de genero), con el lema «*Ya la he maltratado, tu eres la siguiente*». ⁹¹ La **SAN 2/17, 26-1**, apreció la existencia de un delito de odio del art. 510 CP, por lo que condenó a quien publicó dichos mensajes a una pena de un año de prisión. En lo que al delito de odio respecta, la **STS 72/18, 16-2**, no sólo confirmó la condena de primera instancia, sino que apreció la concurrencia del tipo agravado consistente en la comisión del delito por medio de comunicación masiva (internet), por lo que transformó la pena de un año de prisión en otra de dos años y medio, más multa de 10.800 euros.⁹²

⁹¹ Se refiere a estos ejemplos, y a otro en similar linea, MIRÓ LLINARES, F., en *EL MISMO* (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 46, n. 90.

⁹² La SAN 2/17, 26-1 también había impuesto al procesado una pena de un año de prisión por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo a propósito de mensajes como los siguientes: «*Ya tengo los explosivos preparados para esta noche en la plaza del Sol, feliz año, Ala es grande*»; «*ahora sólo falta un atentado en Madrid con unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre*»; o «*ya no se ven atentados como los del 11 de ese, estos de la Yihad valen, si van a masacrar gente que lo haga con estilo, vuelve Ben Laden*». La STS 72/18, 16-2, consideró, en cambio, que dichos mensajes resultaban penalmente irrelevantes, por contener expresiones muy genéricas y exigir el enaltecimiento del terrorismo una incitación directa a cometer un delito concreto. Sobre este caso vid. Se refiere a este supuesto de hecho vid. LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., pp. 95 s.

3.2. *Valoración crítica*

Como viene resultando habitual en la práctica jurisprudencial de los llamados «delitos de odio», también en los supuestos que acaban de ser planteados el juicio de lesividad penal del supuesto de hecho analizado toma como punto de referencia el apartado primero del art. 510 CP, que contiene las conductas de incitación por motivos discriminatorios.⁹³ Debe recordarse, en este contexto, que el art. 510.1 CP se encuentra recogido entre los «delitos cometidos con ocasión de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas por la Constitución». Este elemento sistemático conduciría, como sostiene LANDA GOROSTIZA, a una interpretación restrictiva del tipo orientada a su consecuencia jurídica (prisión de hasta cuatro años de duración). De acuerdo con esta interpretación, el art. 510.1 CP únicamente resultaría aplicable cuando la conducta de incitación sea idónea para representar de forma inminente un «**paso al acto**», esto es, resulte **objetivamente adecuada para incitar, promover o fomentar su reiteración hasta el punto de poder llegar a afectar el ejercicio de un derecho fundamental** de los miembros del colectivo destinatario de la conducta. No bastaría, en su opinión, con una mera llamada a malos sentimientos, a una vaga e imprecisa coacción o a formas discriminatorias, por ejemplo, como el boicot, si de ello no se colige la idoneidad objetiva de la conducta dolosa para colocar a un colectivo o sus miembros en situación sistemática de inferioridad y potencial denegación de alguno

⁹³ Tras la reforma de 2015, el tenor literal del art. 510.1 CP reza: «1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. b) Quienes producan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 15 y ss. CE.⁹⁴ Todo ello resultaría extensible a las referencias de **idoneidad** que se encuentran en otros apartados del art. 510 CP, como, por ejemplo, las letras b) y c) del ap. 1, o las a) y b) del ap. 2.⁹⁵

Uno de los más recientes intentos de establecer los criterios de un eventual **test de severidad** del discurso, que permita determinar los elementos que deberían caracterizar el discurso del odio punible, es el denominado «**Plan de Acción de Rabat**» sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, derivado de una reunión de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y adoptado por los expertos el 5 de octubre de 2012. El Plan de Acción se encuentra sintetizado en la **Recomendación de la ECRI sobre política general n.º 15, relativa a la lucha sobre el discurso del odio, de 8 de diciembre de 2015**, en el que se afirma que «*para evaluar si existe o no el riesgo de que se produzcan estos actos hay que tener en cuenta las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio. Concretamente, hay que tener en cuenta: (a) el contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad); (b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad); (c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación); (d) el contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate); (e) el medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); (f) la naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación)*».⁹⁶

⁹⁴ LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., pp. 69 s.

⁹⁵ LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., p. 72.

⁹⁶ Se refiere a estos instrumentos LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., p. 71. El Plan de Acción de Rabat tiene un antecedente histórico claro en el conocido «*Clear and Present Danger Test*», obra del célebre Juez Oliver Wendell Holmes. La prueba del «peligro claro y presente» fue concebida por el juez Holmes a propósito del caso Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52. En el mismo, una persona fue acusada de intentar causar una insubordinación en las fuerzas militares y obstaculizar el alistamiento mediante la distribución de panfletos. Por medio de éstos se instaba a presentar resistencia al enrolamiento obligatorio y se cuestionaban los argumentos de quienes respaldaban la iniciativa bélica. De acuerdo con el *Clear and Present Danger Test*, «la

La aplicación de este criterio al caso *Germanwings*, todos y cada uno de los criterios del test de Rabat apuntarían a la irrelevancia penal de los mensajes. A pesar del clima de enfrentamiento político derivado de la llamada «cuestión catalana»,⁹⁷ ni el medio empleado (que permitiría y, de hecho, permitió la réplica inmediata), ni la naturaleza misma de los mensajes (inequívocamente reveladora de la animadversión hacia los catalanes de quien los emite, pero en cualquier caso indirecta), sirven para considerar aplicable el art. 510.1 CP.⁹⁸

Por lo que respecta al caso *Víctor Barrio*, similares son los resultados a los que conduciría el reiterado test de Rabat. No obstante, puesto que, a diferencia del caso *Germanwings*, los comentarios ofensivos en este caso no se refieren en sentido estricto a un colectivo, sino a una persona concreta, el citado torero, por lo que podría ser razonable reconducir la conducta a la lógica de las infracciones contra el honor. No en vano, en paralelo al procedimiento por el delito de odio que ahora nos ocupa, se siguió otro civil por los hechos que siguen: «*El dia 9 de julio de 2016 fallecía el matador de toros D. Luis Antonio mientras desempeñaba su profesión en la plaza de toros de Teruel. Refiere la parte actora que desde que se conoció su fallecimiento las redes sociales se inundaron de mensajes convirtiendo la muerte de D. Luis Antonio en noticia. Muchos de estos comentarios difundidos en las redes sociales celebraban sin reparos su fallecimiento. Así, refiere que la concejala del grupo municipal Guanyar Catarroja, Dña. Eva, escribió en su perfil de Facebook horas después del fallecimiento del torero un controvertido mensaje en el que manifestaba que no puede sentirlo por «el asesino que ha muerto ahora mas que por todos los cadáveres que ha dejado a su paso mientras ha vivido» y manifestaba que ve «algo positivo» en la muerte del torero*». El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sepúlveda condenó mediante sentencia de 6-11-17, por una infracción civil contra el honor del fallecido, a retirar de su página en la red social Facebook todo aquel mensaje que constituya una intromisión ilegitima al honor del torero; a publicar a su costa la sentencia en los

cuestión es si los términos utilizados se emplean en tales circunstancias y son de tal naturaleza que pueden generar el peligro claro y presente de que se produzcan los daños graves que el Congreso tiene derecho a prevenir. Es una cuestión de proximidad y medida». Otros casos en los que se aplicó el criterio han sido los siguientes: *Frohwert v. United States*, 249 U.S. 204; *Debs v. United States*, 249 U.S. 211; *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616; *Schaefer v. United States*, 251 U.S. 466; *Pierce v. United States*, 252 U.S. 239; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357; y el muy notorio *Brandenburg v. Ohio*, 395 u.s. 444 (1969), que ha permitido que algunos autores también se refieran al *Clear and Present Danger Test* como «Test de Brandenburg». Sobre todo esto, monográficamente, ARIAS CASTAÑO, A., *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, 2018, *passim*.

⁹⁷ Alude a este factor LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., p. 114.

⁹⁸ En términos similares LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., pp. 115 s.; MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 59, quien descarta para la conducta que nos ocupa la calificación de daño, aunque no la de ofensa.

mismos medios en los que divulgo el mensaje; y a indemnizar a la familia de Víctor Barrio con el pago de 7.000 euros, en concepto de daños morales y perjuicios. La resolución fue confirmada por SAP Segovia 14-3-18.⁹⁹

Finalmente, en el supuesto de la publicación en Twitter de mensajes de odio contra las mujeres, la condena impuesta por la Audiencia Nacional, confirmada en casación por el Tribunal Supremo, se fundamenta, en esencia, en uno de los criterios del test de Rabat, la crudeza del lenguaje empleado, altamente provocador e inequívocamente justificador de la violencia de género. El resto de indicadores, sin embargo, probablemente brillaría por su ausencia: aunque con alguna salvedad,¹⁰⁰ podría decirse que ni el actual contexto sociológico español sería objetivamente idóneo para provocar un riesgo inminente de paso al acto como consecuencia de mensajes como los que nos ocupan; ni el emisor de los mismos parece contar con particular seguimiento en las redes; ni el medio empleado impide en modo alguno la réplica, todo lo inmediata y contundente que se quiera. También este supuesto, como el de Víctor Barrio, parece adecuarse mejor a la fenomenología de los atentados contra el honor y la dignidad, aunque en este caso no de un individuo concreto, sino de un colectivo, el de las mujeres. Por todo ello, no considerándose objetivamente adecuados para constituir conductas de incitación típicamente relevantes *ex art. 510.1 a) CP*, ni resultar aplicable tampoco la agravación de la responsabilidad penal prevista en el art. 510.2 *in fine CP*, al supuesto de hecho que nos ocupa debería serle aplicado, a lo sumo, el tipo de humillación o descrédito del apartado 2 a) o, preferiblemente, el de justificación del apartado 2 b) del mencionado precepto.¹⁰¹

Por lo demás, la concepción aquí compartida con LANDA GOROSTIZA— infracciones previstas en el art. 510.1 CP como «*delitos cometidos con ocasión de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas por la Constitución*»— permite entender, especialmente después de la reforma de 2015, que las conductas de incitación del art. 510 CP gozan de *lege lata* de plena autonomía con respecto al acto preparatorio de provocación recogido en el 18 CP.¹⁰² De acuerdo con

⁹⁹ Sobre este caso, en términos similares, vid. MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., pp. 46 s., n. 92.

¹⁰⁰ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, V., «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», RECPC 18-20 (2016), pp. 19 ss.

¹⁰¹ LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., p. 99. Para MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 60, la conducta típica no supondría lesión de bien jurídico alguno, sino, a lo sumo, la ofensa de un sentir general contrario a la discriminación por razón de sexo.

¹⁰² RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, S., «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio», en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 161.

esta tesis, el delito de incitación al odio del art. 510 CP no sería un delito de peligro abstracto contra bienes jurídicos individuales (el derecho a la igualdad, no discriminación y dignidad de sujetos concretos), sino uno de lesión de un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de **determinadas minorías vulnerables** frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquéllas.¹⁰³ Resulta más que dudoso que en el primero y el tercero de los grupos implicados en los supuestos que nos ocupan concurran las condiciones que permitan integrarlos en dicha categoría de colectivo vulnerable. En el segundo caso, el de *Víctor Barrio*, podría afirmarse incluso que el haz de personas supuestamente afectado, el relativo a las personas partidarias de la tauromaquia, difícilmente conformaría un «*colectivo sobre el que existe una posibilidad futura de ser objeto de discriminación*».¹⁰⁴ Sin perjuicio de las implicaciones jurídico-civiles del caso, ya expuestas *supra*, y a pesar de resultar literalmente posible aludir a la «*ideología*» referida en el art. 510 CP como motivación que impulsaría la realización de la conducta, sería razonable entender que en un modelo de Estado como el consagrado por el art. 1 CE dicha motivación debe ser interpretada de un modo más restrictivo que otras, como la xenofobia

¹⁰³ De esta opinión LANDA GOROSTIZA, J.-M., *La Intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código Penal*, 1999, p. 219; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, 2001, cit., pp.134 s.; LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código Penal de 1995», EPC 19 (1996), pp. 250 ss. En idéntico sentido se pronuncian las dos Sentencias dictadas en apelación en relación con el caso de la Librería Europa: la SSAP Barcelona, 3.^a, 5-3-08 y 2.^a, 259/2010, 26-4. Las resoluciones confirmaron la condena por el delito de justificación del genocidio (art. 607.2 CP) y revocaron la relativa al delito previsto en el art. 510.1 CP, por entender que, en todo caso, los hechos no fueron objetivamente idóneos para provocar el inicio de procesos agresivos y de hostilidad contra las víctimas del genocidio justificado. Sobre este caso, vid., por todos, Sobre este caso, y sin pretensión de exhaustividad, vid., por ejemplo, los trabajos de LANDA GOROSTIZA, J.-M., «La llamada «mentira de Auschwitz» (art. 607.2 CP) y el «delito de provocación» (art. 510.1 CP) a luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la «cuestión de constitucionalidad» (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.^o 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», AP 1999, pp. 689 ss.; GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998). La Ley, n.^o 4790 (1999), pp. 1 ss.; SUÁREZ ESPINO, M.L., «Inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre», CDP 30 (2007), pp. 175 ss.; TAJADURA TEJADA, J., «Libertad de expresión y negación del genocidio: comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007», RVAP 80 (2008), pp. 233 ss.; BILBAO UBILLOS, J.M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», REDC, Revista española de derecho constitucional, 85 (2009), pp. 299 ss. En general sobre el delito previsto en el art. 607.2 CP vid. BORJA JIMÉNEZ, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, 1999, *passim*.

¹⁰⁴ MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 47.

o la homofobia. Lo contrario conduciría a una criminalización de la expresión de ideas difícilmente compatible con el sentido último del derecho fundamental a la libertad de expresión inherente al Derecho penal de un Estado democrático de Derecho.¹⁰⁵

¹⁰⁵ En esta dirección LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, cit., p. 116; MIRÓ LLINARES, F., en EL MISMO (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, cit., p. 58.

