

04 MAY 2021

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal

2017

Núm. 46 (Abril-Junio)

Jurisprudencia

3. Fichas de jurisprudencia

Derecho penal

1. ¿Dónde está el límite a la libertad de expresión? El discurso del odio y el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA)

Derecho penal

1 ¿Dónde está el límite a la libertad de expresión? El discurso del odio y el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas

STS, de 18 enero 2017 (RJ 2017, 50)

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

ISSN 1575-4022

**Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 46
Abril - Junio 2017**

Recurso de casación interpuesto contra la [Sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2016](#) (ARP 2016, 781) en la que se absolvía a Luis Miguel del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del que era acusado, declarando de oficio las costas. El TS casa parcialmente la Sentencia y lo condena como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas, a la pena de 1 año de prisión, con 6 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Voto particular emitido por Sr D. Perfecto Andrés Ibáñez

Utilización de una red social y el n.º de seguidores impiden considerar el delito como de menor gravedad. Diferencias entre [art. 578](#) y [art. 579 bis.4](#) [CP](#).

Voces

Delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas; [art. 578CP](#); libertad de expresión; discurso del odio

Supuesto de hecho

Los hechos sobre los que se pronunciaron los tribunales valoran los comentarios publicados por Luis Miguel en su cuenta de Twitter, abierta desde 2012 y con cerca de 8.000 seguidores, entre noviembre de 2013 y enero de 2014. Los Twists fueron los siguientes:

1.º El 11 de noviembre de 2013, a las 21:06 horas: «el fascismo sin complejos de Victoria me hace añorar hasta los GRAPO».

2.º El día 27 de enero de 2014, a las 20:21 horas: «a Florian habría que secuestrarle ahora».

3.º El día 30 de enero de 2014, a las 0:23 horas: «Street Fighter, edición post ETA: Florian versus Mateo»,

4.º El día 29 de enero de 2014, a las 0:07 horas: «Sixto, Jesús Miguel, Armando, Donato, Héctor... Si no les das lo que a Maximo, la longevidad se pone siempre de su lado».

5.º El 20 de diciembre de 2013, a las 23:29 horas: «Cuántos deberían seguir el vuelo de Maximo».

6.º El día 5 de enero de 2014, a las 23:39 horas: «Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!» Otro usuario le dice: «ya tendrás el regalo preparado no? ¿Qué le vas a regalar?» A lo que contesta: «un roscón-bomba» .

Consta en los hechos probados que Luis Miguel es cantante y letrista de los grupos de rap-metal Def Con Dos y Strawberry Harcdcore, además ha publicado 5 novelas, y ha hecho incursiones en el mundo del cine y la televisión, como guionista, actor, director y productor. También es colaborador en distintos medios de comunicación, de prensa y televisión. Las letras de sus canciones tienen un marcado tono provocador, irónico y sarcástico, empleando recursos propios de las historias de terror y acción para envolver el mensaje de fondo. En sus manifestaciones artísticas mantiene un *tono crítico con la realidad social y política, tratando que el público comprenda el sentido metafórico y ficticio que envuelve sus obras, respecto al concepto de fondo siempre de carácter pacífico y exclusivamente cultural.*

También se hizo contar en la Sentencia de la Audiencia Nacional que « Luis Miguel con estos mensajes buscarse defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas».

Criterio o ratio decidendi

Los argumentos esgrimidos por el Ministerio Fiscal en el recurso de Casación interpuesto fueron de dos tipos.

De un lado la gravedad de las expresiones y su conexión con crímenes también muy graves cometidos en nuestro país. Aduce así que «... la gravedad de esas expresiones, su conexión directa con terribles crímenes efectivamente cometidos en los últimos años de nuestra historia, y la utilización de la red informática, excluyen de modo manifiesto la ingenuidad, frivolidad o falta de trascendencia que la Sala nacional –sic– atribuye a las mismas, trivializando así una actuación que pone en grave riesgo nuestra convivencia política y nuestra paz social, así como los bienes jurídicos más preciados de los ciudadanos, la vida y la libertad, afectados ambos de modo directo y brutal por la actuación del terrorismo. La alusión expressis verbis a dos de las más importantes y protagónicas organizaciones terroristas de nuestro entorno político, elimina el último resquicio de duda sobre el significado e intención de las referidas manifestaciones ».

De otro, alega la necesidad de interpretar el elemento subjetivo requerido por el delito del [art. 578CP](#) en el sentido de conocer que se promueve la violencia terrorista, en palabras de Fiscalía no se trata de «... de un hecho involuntario ni de un acontecer puntual, ni de una actuación excepcional o incontrolable, ni de una reacción momentánea, ni de una respuesta emocional a un suceso reciente, sino de una voluntaria y permanente actuación agresora y promotora de la violencia terrorista, que jurídicamente debe considerarse continuada en el tiempo».

Para proceder a interpretar este delito, no obstante, el TS esgrime una serie de consideraciones que resulta interesante destacar:

El carácter problemático y las críticas que desde algunos sectores han venido formulándose a los delitos de enaltecimiento del terrorismo y a su posible interpretación extensiva contraria a los principios informadores del sistema penal.

Las dificultades para deslindar y esclarecer cuándo determinadas expresiones u opiniones se sitúan en el ámbito del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, sobre todo teniendo en cuenta que no todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en el delito del [art. 578](#) del CP. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.

La sola referencia al *discurso del odio* no puede por sí sola justificar la intervención del Derecho penal. Tal y como señala el propio Tribunal, el derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. El *discurso del odio* puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos. Únicamente el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo debe tener un tratamiento penal.

Por último, el alto Tribunal reconoce que las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifican de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haberse limitado a sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal.

Una vez realizadas estas matizaciones el TS procede a examinar básicamente las cuestiones vinculadas con el elemento subjetivo requerido por el delito del [art. 578](#)CP. Discrepa de la afirmación que sirvió a la Audiencia Nacional para absolver a Luis Miguel, la falta de intención de éste de «... defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a las víctimas»

Frente a esta interpretación del contenido del elemento subjetivo del delito de enaltecimiento del terrorismo, el TS sostiene que el [art. 578](#) del CP sólo exige dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. Únicamente requiere que se tenga plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista 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.

Considera, por tanto, que el delito examinado no precisa la acreditación de una finalidad de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas o basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo.

No comparte la Sentencia la justificación que lleva a la absolución que conecta las expresiones con la singular personalidad del acusado, cantante y letrista de grupos puesto que ello no impide afirmar que actuó con el dolo requerido por el delito del [art. 578 CP](#). Cita, para respaldar su interpretación, abundante jurisprudencia, entre ellas la [STS 812/2011, 21 de julio](#) (RJ 2011, 5546) , la [SSTEDH de 8 de julio de 1999](#) (TEDH 1999, 28) (TEDH 1999, 28) , Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía –y también la [STC 235/2007 de 7 de noviembre](#) (RTC 2007, 235) – «*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 aterrizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades* » y la [STS 299/2011, 25 de abril](#) (RJ 2011, 3486) .

También se refiere al vehículo utilizado para el enaltecimiento o la ofensa a las víctimas, las redes sociales y se refiere, entre otras las [SSTS de 623/2016, 13 de julio](#) (RJ 2016, 3531) , [820/2016, 2 de noviembre](#) (RJ 2016, 5197) y la [STS 846/2015, 30 de diciembre](#) (RJ 2015, 5888) .

En definitiva, el TS considera que las afirmaciones difundidas en la red por Luis Miguel alimentan el *discurso del odio*, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano. Y concluye que los hechos, por tanto, han de ser calificados como constitutivos del delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación de las víctimas previsto y penado en el [art. 578](#) del CP.

La Sala no aprecia, sin embargo, continuidad delictiva, al entender que cada una de aquellas expresiones no integra un delito autónomo ni su conjunto puede recibir el tratamiento que el [art. 74](#) del CP. El propósito de todas ellas es el mismo y las distintas frases no son sino secuencias naturales –cronológicamente no coincidentes– de idéntico discurso.

Voto particular que formula el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez

El magistrado se muestra contrario a la decisión adoptada por el TS, aunque señala, al inicio de su exposición, que ello nada tiene que ver con una actitud de adhesión con palabras o valores que las mismas representan.

El argumento esgrimido por en el voto particular guarda relación con lo que el Magistrado identifica con la necesidad de dar una interpretación restrictiva de un delito que, por sé, desborda los que debería ser un derecho penal democrático. Es precisamente en esos casos donde más necesaria es la tarea de interpretación conforme a parámetros restrictivos y de *última o extrema ratio*.

Para llegar a la conclusión de que ninguno de los twists debería ser considerados delictivos, el Magistrado disidente, analiza los elementos objetivos del delito y concluye que las conductas de *enaltecer o justificar* equivale a «ensalzar», que es como «engrandecer» o «alabar» o «probar algo con razones convincentes, testigos o documentos». Y, además, siempre y todo referido –es obvio que *concreta y claramente* – a las conductas descritas por el legislador en los [arts. 571](#) a [577](#) como delitos de terrorismo (recurrir a la violencia contra las personas o las cosas, para provocar alarma o pánico, haciéndolo generalmente de forma organizada e invocando fines políticos). De ello deduce que debe tratarse de un discurso mínimamente articulado capaz de producir efectos, de convencer.

En cuanto al «descrédito», «menosprecio» o «humillación» de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Ello debe ser interpretado como «disminuir o quitar la reputación», menospreciar, «tener a alguien por menos de lo que se merece» y humillar es «herir la dignidad». Al igual que en los supuestos de enaltecimiento el desprecio a las víctimas debe tener un mínimo

de textura argumental, de elaboración discursiva y alguna capacidad de convencer.

La capacidad que se requiere para ambas acciones hace preciso que aquellas guarden una mínima relación contextual y de efectiva funcionalidad, 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.

A partir de estas consideraciones entiende que los twits no tienen esa mínima argumentación y discurso requerido son «meros exabruptos sin mayor recorrido, que se agotan en sí mismos». Entiende así que éstos carecen, por su propia morfología y por razón del contexto y del fin, de la menor posibilidad de conexión práctica con algún tipo de actores y de acciones técnico-jurídicamente susceptibles de ser consideradas terroristas. En particular por el contexto y el momento en que estas fueron emitidas.

Por todo el Magistrado afirma que la sentencia impugnada hace un convincente y prudente esfuerzo de análisis y de contextualización, bien argumentado, que comparte, pero considera que el mismo debería haber conducido a desestimar el recurso del Ministerio Fiscal.