



Libertad de expresión y delito: cuestiones de actualidad

Wendy Pena González

*Contratada predoctoral FPU.
Universidad de Salamanca*

wendy.pena.g@usal.es | <https://orcid.org/0000-0001-9204-8711>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

Este trabajo tiene por objeto analizar algunas cuestiones de actualidad sobre los crímenes, que pueden resultar controvertidos en su relación con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Se analizan, en primer lugar, los delitos de propaganda y enaltecimiento del terrorismo. A continuación, se estudian el enaltecimiento y negación de los delitos de genocidio, lesa humanidad y conflicto armado, y de los delitos de discriminación, y, en tercer lugar, la propuesta de punición de la exaltación del franquismo. Posteriormente son analizados los delitos de injurias a la corona. Finalmente, se estudia la necesidad de sanción penal de las noticias falsas. Se concluye que muchas de las figuras delictivas analizadas manifiestan una falta de lesividad suficiente, lo que hace que prepondere el respeto a la libertad de expresión y que su mantenimiento en el Código Penal sea incompatible con dicha libertad. Los delitos de propaganda del terrorismo, enaltecimiento del terrorismo y de delitos cometidos por motivos discriminatorios no están justificados, y menos en la redacción actual, como tampoco lo está la incorporación de un delito de exaltación del franquismo ni de delitos contra noticias falsas. Se advierte también del peligro de la interpretación amplia de dichos delitos y de los delitos de injurias a la corona. En definitiva, se trata de garantizar la máxima de que, en democracia, el pensamiento no delinque.

Palabras clave: libertad de expresión; delitos de expresión; enaltecimiento; noticias falsas.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Pena González, W. (2021). Libertad de expresión y delito: cuestiones de actualidad. *Revista CEFLegal*, 244, 89-126.



Freedom of expression and criminal offences: current issues

Wendy Pena González

Abstract

This paper aims at analysing some current issues about controversial crimes and their relation to freedom of expression. First, propaganda and praise of terrorism are discussed. Next are praise for and denial of genocide, crimes against humanity and war crimes, along with discrimination offences, and third is the proposed punishment of praise for the Francoist regime. Subsequently, criminal defamation of the Crown is examined. Finally, the need for consideration of fake news as a crime is addressed. It is concluded that many of the crimes reviewed lack enough harmfulness, therefore freedom of speech prevails over them and their keeping in the Penal Code becomes incongruous. Praise for terrorism and discrimination offences are not justified, not even in their current wording, nor is the addition of new offences as praise for the Francoist regime or fake news broadcasting. Fair warning is given on open interpretations thereof as well as on criminal defamation of the Crown. In short, it's all about the core idea that, in a democracy, thought is not crime.

Keywords: freedom of expresión; speech crimes; praise; fake news.

Citation: Pena González, W. (2021). Libertad de expresión y delito: cuestiones de actualidad. *Revista CEFLegal*, 244, 89-126.

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. El derecho fundamental a la libertad de expresión
 - 1.2. Limitaciones
 - 1.3. Titularidad. Los presos como titulares de las libertades de expresión e información
 2. Propaganda, protesta, discurso del odio y libertad de expresión: ¿una legítima represión de la palabra?
 - 2.1. Enaltecimiento del terrorismo y figuras afines
 - 2.1.1. Delitos de propaganda y provocación
 - 2.1.2. En particular, el enaltecimiento del terrorismo y la libertad de expresión
 - 2.1.3. ¿Punición legítima o vulneración de la libertad de expresión?
 - 2.2. Enaltecimiento y negación de los delitos de genocidio y discriminación
 - 2.2.1. Provocación genérica al odio, discriminación, hostilidad o violencia
 - 2.2.2. Enaltecimiento, negación o trivialización de los delitos de genocidio, lesa humanidad o conflicto armado
 - 2.2.3. Enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios
 - 2.2.4. Conclusiones
 - 2.3. ¿Exaltación del franquismo?
 - 2.4. Injurias a la corona
 3. Difusión de *fake news* y la libertad de información
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este artículo es una edición revisada y actualizada del presentado al Premio Estudios Financieros en mayo de 2020.

1. Introducción

1.1. El derecho fundamental a la libertad de expresión

El artículo 20 de la Constitución, en el apartado primero, reconoce y protege los derechos: a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, c) a la libertad de cátedra, y d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Este artículo supone el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales –las libertades de comunicación (libertad de expresión y de información), la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y la libertad de cátedra– con cierta conexión, pero independientes entre sí, estableciendo el apartado segundo una garantía expresa para las mismas: la interdicción de censura de previa¹. No obstante, se ha considerado que la formulación de la primera de las facetas del apartado primero del artículo 20 de la CE (la libertad de expresión en sentido estricto), «podría considerarse como una definición prácticamente omnicomprendiva de las diversas facetas de la libertad de expresión» (López Guerra *et al.*, 2018, p. 253), entendida en su acepción más extensa.

En particular, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las libertades de expresión e información (que algunos autores han englobado bajo el concepto de «libertades de comunicación») (Sánchez Muñoz, 2018) sí se pueden deslindar y tienen elementos que las diferencian (STC 6/2020 [NCJ064591], de 27 de enero, FJ 3.º), si bien en ocasiones es difícil la escisión pues «se encuentran tan cercanos que, en ocasiones, resultará imposible deslindarlos dentro de un mismo acto de comunicación»². En la STC 89/2018 (NSJ058917),

¹ En relación con esta prohibición de censura previa tiene particular interés la reciente STC 6/2020, de 27 de enero, en la que se considera que la denegación de permiso de entrevista de un interno con un profesional de prensa por la dirección de un establecimiento penitenciario suponía una clara censura previa, en la medida en que se vulneraban sus libertades de expresión e información, por considerar que se haría un «mal uso» de las mismas.

² STC 6/2020 (NCJ064591), FJ 3.ºA.a.

de 6 de septiembre, se recoge la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, comprendiendo creencias y juicios de valor (FJ 3.º a). La libertad de expresión se entiende más amplia que la libertad de información, al no operar en el ejercicio de la primera el límite interno de veracidad, que sí es aplicable a la segunda (así, *v. gr.* se pronuncia la STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2.º). En todo caso, se ha sintetizado la diferencia entre ambos en que la libertad de expresión comprende juicios de valor (con matiz subjetivo) y la libertad de información comprende hechos noticiables y veraces (con matiz, por tanto, objetivo)³. Sin embargo, tal diferencia no es tan fácil de apreciar en la práctica, porque los juicios de valor suelen versar sobre hechos y los hechos expresarse a través de juicios de valor. En cualquier caso, la libertad de expresión en sentido estricto, matriz y antecedente lógico de todas las demás reconocidas en el artículo 20, es la libertad en la que se centra en este trabajo (si bien también hay un pequeño apartado centrado en la difusión de noticias falsas y la libertad de información).

Además, se ha hecho énfasis por parte de nuestra jurisprudencia constitucional en la relevancia de las libertades de expresión e información en el marco de un sistema democrático. Se ha expresado, de esta manera, que «el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática» (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3.º; 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.º; 9/2007, de 15 de enero [NCJ040975], FJ 4.º). Así, el artículo 20 de la CE «garantiza el interés constitucional de la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática» (SSTC 9/2007, de 15 de enero [NCJ040975], FJ 4.º; 6/2020, de 27 de enero [NCJ064591], FJ 3.ºA). Las libertades del artículo 20 de la CE son, en consecuencia, objeto de protección reforzada cuando se ejercita su dimensión institucional, contribuyendo aquellas a la opinión pública libre. Como consecuencia de todo lo anterior, se considera que estas libertades, al constituir fundamento indiscutible del orden constitucional español, están colocadas en una posición preferente como objetos de especial protección (STC 101/2003, de 2 de junio [NCJ042475], FJ 3.º).

1.2. Limitaciones

La doctrina distingue entre los límites internos y los límites externos a la libertad de expresión (Caruso Fontán, 2007, p. 42). Los internos son aquellos que nacen del contenido o fundamento de la propia libertad de expresión. Los límites externos son aquellos

³ Así, por todos, *vid.* Sánchez Muñoz (2018, RB 18.2).

que estarán constituidos por el ejercicio de otros derechos con los que pueden entrar en colisión, y, según Vives Antón (1995, p. 118), requieren de una justificación muy clara para ser legítimos.

En virtud del apartado 4 del artículo 20 de la CE, las libertades reconocidas por el artículo encuentran su límite en los derechos reconocidos en el título I, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. También, como ha expresado el Tribunal Constitucional, las libertades de expresión e información constituyen «límites naturales» a dichos derechos (SSTC 190/2013, de 18 de noviembre [NCJ058133], FJ 3.º; 6/2020, de 27 de enero [NCJ064591], FJ 3.ºA).

En cualquier caso, los límites expresados no suponen que la crítica no esté contemplada como parte de la libertad de expresión, como expresa el Tribunal Constitucional: este derecho comprende «la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar [...] o disgustar a quien se dirige» [así, SSTC 6/2000, de 27 de enero, FJ 5.º; 49/2001, de 26 de febrero [NCJ051634], FJ 4.º; 204/2001, de 15 de octubre [NCJ050233], FJ 4.º). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosas sentencias (SSTEDH de 7 de diciembre de 1976 «Handyside c. Reino Unido» § 49; y de 8 de julio de 1986 «Lingens c. Austria» § 41; y, más recientemente, las SSTEDH de 23 de abril de 1992, «Castells c. España» § 42; de 29 de febrero de 2000, «Fuentes Bobo c. España» § 43; 13 de marzo de 2018, «Stern Taulats y Roura Capellera c. España» § 30), al considerar que es una exigencia del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura propios de una sociedad democrática. En particular, cuando la crítica se refiere a la labor profesional de un funcionario público se amplían los límites permisibles (como expresa la STC 6/2020 [NCJ064591], FJ 3.ºA), debiéndose prestar atención al contexto, tono, afectación o no a las facetas íntimas y privadas de los titulares en el cargo, a la existencia de *animus injuriandi*, «[...] y, por encima de todo, si contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre» (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 2 de noviembre, entre otras).

En igual sentido, ha reconocido el Tribunal Constitucional en la STC 23/2010 (NCJ052093), de 27 de abril (FJ 5.º) que «más allá de esos topes constitucionalmente establecidos a la vis expansiva de la libertad de expresión [...] el respeto al contenido del derecho, y a su dimensión general en cuanto garantía esencial del Estado democrático, impide someterlo a bienes o valores de rango infraconstitucional», añadiendo que «el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho» (Vives Antón, 1995).

Por último, nuestro Tribunal Constitucional ha situado extramuros de la libertad de expresión las manifestaciones constitutivas del «discurso del odio», de manera que la punición de dichas expresiones es legítima si concurren los elementos de algún tipo delictivo. Sin embargo, una separación artificiosa entre libertad de expresión y discurso del odio es muy peligrosa, como se verá *infra*.

1.3. Titularidad. Los presos como titulares de las libertades de expresión e información

Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a partir de la STC 6/1981, de 16 de marzo⁴, la afirmación de que la titularidad de los derechos del artículo 20 de la CE (aunque tiene especial interés en relación con el derecho a la libertad de información) no solo corresponde a los periodistas, sino a todos los ciudadanos, incluso en los supuestos en que estos no difundan públicamente el material noticiable de forma directa, sino transfiriéndolo a profesionales de los medios de comunicación para que procedan a su publicación. Y, en concreto, es también interesante la reciente reiteración por el Tribunal Constitucional de su doctrina en virtud de la cual la titularidad de las libertades de expresión e información corresponde también a los presos (STC 11/2006, de 16 de enero [NCJ041109], FJ 2.º; reiterada recientemente en la STC 6/2020, de 27 de enero [NCJ064591], FJ 3.ºA). Sin embargo, a consecuencia del *status libertae* limitado que corresponde a los reclusos (en virtud del art. 25.2 CE), el ejercicio de dichos derechos fundamentales puede verse limitado⁵. Pese a ello, tiene especial trascendencia tal reconocimiento, pues dichas libertades son elementales para la finalidad de reinserción social de las penas, funcionando las libertades de expresión e información como un contacto con el mundo exterior

mediante la exteriorización, más allá de los muros del centro penitenciario, de sus pensamientos, ideas, y opiniones, así como con la recepción y comunicación de información, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite mantenerse en contacto con el exterior, y, en definitiva, prepararse para su futura vida en el seno de la sociedad⁶.

2. Propaganda, protesta, discurso del odio y libertad de expresión: ¿una legítima represión de la palabra?

La ya sobradamente conocida expansión del derecho penal que ha venido caracterizando las modificaciones de las distintas normativas penales de Occidente (Silva Sánchez, 1999) ha venido, en muchos casos, a interferir con manifestaciones vinculadas con la libertad de expresión, existiendo una indudable tensión entre algunos delitos y dicho derecho fundamental. En relación con ello, gozan de particular importancia en el caso español los delitos de propaganda, enaltecimiento del terrorismo y figuras afines; negación, enaltecimiento y trivialización del genocidio y de injurias a la Corona. Se estudian con especial extensión y

⁴ STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.º

⁵ También STC 11/2006, de 16 de enero (NCJ041109), FJ 2.º; reiterada recientemente en la STC 6/2020, de 27 de enero (NCJ064591), FJ 3.º A.

⁶ STC 6/2020, de 27 de enero (NCJ064591), FJ 4.º

profundidad los delitos de propaganda y enaltecimiento del terrorismo, dada su indudable trascendencia y notoriedad en los últimos años.

2.1. Enaltecimiento del terrorismo y figuras afines

2.1.1. Delitos de propaganda y provocación

2.1.1.1. Normativa europea

El 11 de septiembre de 2001 (11-S) es, probablemente, la fecha más citada del mundo, y provocó un cambio de paradigma en la política antiterrorista a nivel global, determinando el desarrollo de políticas públicas de intervención preventiva (Murphy, 2015, pp. 11-15). En particular, en el marco de la Unión Europea los delitos de terrorismo entran de lleno, a partir de entonces, en el elenco de materias jurídico-penales para armonizar en la Unión Europea⁷, lo que se refleja en la Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio (Cancio Meliá, 2016). En esta expansión del derecho penal antiterrorista se vio también muy implicada España, pese a que nuestra normativa ya sobrepasaba claramente los límites mínimos que vino a introducir la Unión Europea.

La Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo, se aprueba con el fin de desarrollar un marco jurídico común en la Unión Europea en materia de terrorismo, y con ella se articula por primera vez una definición armonizada de los delitos de terrorismo en la Unión Europea. Sin embargo, en esta decisión marco (DM) no se hacía referencia alguna (inicialmente) a la tipificación de la apología o provocación. Por otra parte, la DM incide en la necesidad de preservar los derechos fundamentales, en concreto, el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, en primer lugar, en el considerando 10 se señala que «nada de lo dispuesto en la presente decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales tales como el derecho [...] de expresión [...]». En el artículo 1.2 se reitera, señalando que la DM «no puede tener como consecuencia la modificación de la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales sancionados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea».

Sin embargo, antes de la aprobación de la DM de 2002, España ya tenía una regulación suficientemente prolija (Pena González, 2019; Cancio Meliá, 2016), por lo que la DM no tuvo impacto en nuestra legislación positiva. En relación con la provocación a la comisión de delitos de

⁷ Pese a que no se ha transferido la competencia en materia penal a la Unión Europea, esta tiene mucha influencia en el ámbito penal de los Estados miembros. Como explica Arroyo Zapatero (2013), a pesar de que se mantiene todavía una línea de resistencia a la incorporación de figuras o reglas penales en el ámbito de la Unión Europea (por la fuerte relación entre derecho penal y Estado-nación) se ha llevado a cabo con la transposición de directivas y decisiones marco.

terrorismo, si bien la UE todavía no recogía en la DM de 2002 la regulación de la provocación, España ya la había incluido en su normativa. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, había incorporado el delito de provocación e incluía como modalidad de esta el delito genérico de apología (art. 18 CP) y castigaba la provocación del terrorismo en el artículo 578. Además, la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre⁸, había introducido ya el delito de enaltecimiento del terrorismo en el artículo 578 (trasladándose la provocación al terrorismo al art. 579.1), que se analizará con más profundidad *infra*). Nuestro Código Penal ya contemplaba, en definitiva, una gran cantidad de delitos relacionados con la provocación, incluso antes de que el Derecho de la UE contemplase la inducción, que se incorpora en la DM de 2002.

Posteriormente, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, modifica el contenido de la DM de 2002, e introduce en ella la provocación al terrorismo, señalándose, de nuevo, la necesidad de hacer frente al fenómeno terrorista. En el considerando 1 de la DM de 2008 se señala que «el terrorismo constituye una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales» así como de la «democracia y el Estado de Derecho». Además, pone el acento en el uso de Internet por las organizaciones terroristas (considerando 2), por el cual «las actividades de provocación a la comisión de delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento terroristas se han multiplicado con un coste y unos riesgos muy bajos».

A consecuencia de ello, en el artículo 2 de la DM de 2002 se establece que los Estados Miembros «adoptarán las medidas necesarias para garantizar que entre los delitos ligados a actividades terroristas se incluyan los siguientes actos dolosos: a) provocación a la comisión de un delito de terrorismo». En el artículo 1 de la DM de 2002 se incorpora la definición de la provocación a la comisión de delitos de terrorismo, entendida como «la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de la comisión de uno o alguno de dichos delitos».

Por tanto, se introduce la provocación a la comisión de los delitos de terrorismo, con dos exigencias que delimitan su contenido. En primer lugar, se exige que se trate de un delito doloso, por lo que la difusión de mensajes debe estar «destinada a inducir a la comisión de delitos de terrorismo». En segundo lugar, se exige que conlleve el riesgo de la comisión de delitos de terrorismo, con independencia de que se promueva directa o indirectamente su comisión.

En todo caso, el considerando 14 aclara que «la provocación a la comisión de delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas son delitos dolosos» y que

⁸ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

«la expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión marco y, en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo». Esta previsión, como se verá en próximos apartados, es difícilmente compatible con los delitos de propaganda, y, particularmente, con el de enaltecimiento del terrorismo.

En cualquier caso, el legislador español introduce una reforma con la Ley Orgánica 5/2010⁹; con invocación casi de forma exclusiva de la DM de 2008, se introduce una nueva figura: un «delito de propaganda»^{10, 11} o «provocación impropia»¹², cuya constitucionalidad, como se verá, es muy dudosa. De nuevo, con la Ley Orgánica 2/2015, de 3 de marzo¹³, se invoca la normativa europea y se modifica esta normativa, modificándose la fórmula del delito de propaganda e introduciendo un nuevo tipo penal, figuras que se analizarán en el siguiente apartado.

Más recientemente, la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 se aprueba con objeto de sustituir a la Decisión Marco 2002/474/JAI. Sin embargo, España no ha necesitado realizar ninguna transposición, dado que ya estaba sobradamente adaptada a la normativa. Según la directiva «los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes [...] con objeto de obtener apoyo para las causas terroristas o de intimidar gravemente a la población». Tales conductas deben ser tipificadas cuando conlleven el «riesgo de que puedan cometerse actos terroristas». Así, la directiva incorpora directamente en la definición de provocación las conductas de apología y enaltecimiento del terrorismo (ya incorporadas en el Código Penal español desde hace más de 15 años), aunque solo cuando se realicen «con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población» y «conlleven el riesgo» de comisión de delitos terroristas. La exigencia de que las conductas se realicen con objetivo de obtener apoyo para causas terroristas o intimidar gravemente a la población no se exige en nuestro derecho interno. Por otra parte, aunque el tipo penal del Código Penal español no exige la generación de un riesgo, como se verá *infra*, dicha exigencia se corresponde con los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en materia de enaltecimiento del terrorismo. Se añade en la directiva que, en cada caso concreto, al examinarse si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor, destinatario y contexto del acto o mensaje. También debe considerarse «la

⁹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁰ Señala el preámbulo que el delito se introduce en la línea «apuntada por la normativa armonizadora europea».

¹¹ Según la denominación de Cancio Meliá (2016, p. 50).

¹² Así lo denomina García Alberó (2016, p. 1.942).

¹³ Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional».

Por último, se establece en el artículo 21 de la directiva la obligación de establecer medidas para eliminar los contenidos en línea que constituyan la provocación pública a delitos de terrorismo, obligación que ya había incorporado España en relación con los delitos de enaltecimiento del terrorismo a través de la Ley Orgánica 2/2015, de 3 de marzo (art. 578.4). En cualquier caso, se incide en la directiva en la protección de la libertad de expresión y los demás derechos fundamentales, indicando en el considerando 40 que «la expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas delicadas queda fuera del ámbito de aplicación de la presente directiva y, en especial, de la definición de provocación pública a la comisión de delitos de terrorismo» (considerando 40). En adición, señala en el artículo 23 que la directiva no tendrá por efecto la modificación de las obligaciones de respetar los derechos fundamentales ni los principios fundamentales de la Unión Europea.

2.1.1.2. Figuras de propaganda al terrorismo en la normativa española

Como se ha expresado, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, había incorporado el delito de provocación en nuestro Código Penal e incluía como modalidad de esta el delito genérico de apología (art. 18 CP) y castigaba la provocación del terrorismo (en el art. 578, posteriormente trasladado al art. 579.1). También se contemplaba desde el año 2000 el delito de enaltecimiento del terrorismo, que se analiza en el siguiente apartado.

Pese a que España ya superaba los mínimos exigidos por la Unión Europea, el legislador de 2010 introduce el delito de propaganda en la reforma aludiendo a la línea desarrollada por la DM de 2008, aunque, sin embargo, como explica Cancio Meliá «el legislador falta a la verdad [...] cuando invoca la Decisión Marco de la UE 2008/919/JAI como justificación de la introducción de esta figura» (Cancio Meliá, 2013, p. 321), pues la DM solo demanda la inclusión de la provocación a la comisión de un delito terrorista, entendida como difusión de mensajes destinados a inducir a la comisión de delitos de terrorismo (dolosa y generadora de riesgo).

Se introdujo así el delito de propaganda en el párrafo II del artículo 579.1, donde se proscribían las conductas de «distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer» la comisión de delitos de terrorismo, «generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión». Además, se introduce como figura subsidiaria, para los supuestos en que «no quede comprendida en el párrafo anterior o en otro precepto de este Código que establezca mayor pena». Como señala Cancio Meliá (2013, p. 320), a pesar de la referencia al necesario incremento de riesgo por la conducta es difícil defender su constitucionalidad, pues está castigando la adhesión ideológica, y es incluso menos que la apología o la justificación.

Lo más criticable es que parece que se intentaba, al introducir el delito de propaganda, cerrar todos los flecos, introduciendo un delito residual donde puedan caber las expresiones

que no se enmarcasen en otros delitos de expresión relacionados con el terrorismo. Además, el incremento de riesgo es una exigencia muy genérica y difícil de concretar en la práctica.

La doctrina ha señalado que la introducción de este delito no puede justificarse invocando la Decisión Marco 2008/919/JAI (García Albero, 2016, p. 1.940), pues la norma solo obliga a tipificar la provocación, entendida como incitación directa a los delitos de terrorismo. Esta conducta ya estaba incluida en nuestro Código Penal desde antes de la aprobación de la DM de 2002. Además, es muy diferente el delito de propaganda introducido por el legislador de 2010 de la regulación incorporada por la DM, pues el delito de propaganda es mucho más genérico y abstracto¹⁴, y (a pesar de la exigencia de creación de un riesgo) difícil de compatibilizar con el derecho a la libertad de expresión. Expresa muy bien García Albero la extralimitación que realiza nuestro legislador: «se tipificaba pues una provocación que no era provocación» (García Albero, 2016, p. 1.942) con la excusa de adaptar la normativa europea, y ello pese a que esta normativa comunitaria incide en la protección de la libertad de expresión.

Pocos años después, la aprobación de la Ley Orgánica 2/2015, de 3 de marzo¹⁵, de nuevo tiene influencia sobre la «provocación». Se sustituye entonces la fórmula del «delito de propaganda» por otra nueva, en el artículo 579.1 del CP, y se traslada la «provocación» genérica –y los otros actos preparatorios, proposición y conspiración– al artículo 579.3 de la CP. La nueva fórmula del apartado 1 no es menos represora, pues castiga tanto «la difusión de mensajes o consignas que tengan como finalidad [...] incitar a otros a la comisión [...] de un delito de terrorismo» (equivalente a la fórmula establecida en el antiguo delito de propaganda, pero sin el requisito de la creación de «riesgo», por lo que es todavía más amplio), como «la difusión de mensajes o consignas [...] idóneos para incitar» a otros a la comisión de delitos terroristas. Esta nueva fórmula desborda incluso el concepto de «provocación» (García Albero, 2016, p. 1.940), y abandona el requisito doloso de intencionalidad que se establecía en la anterior regulación de la propaganda, y también en la normativa europea (se limitaría así el elemento subjetivo a un dolo cognitivo sobre la idoneidad de los mensajes para incitar al riesgo: de nuevo muy genérico y difícil de contemplar). La falta de lesividad de esta conducta al no exigirse creación de riesgo ni un elemento subjetivo específico hace que sea preponderante la protección de la libertad de expresión, y, por tanto, que el delito no deba mantenerse en tanto representa un recorte innecesario a la misma.

Además, la reforma de 2015 introdujo un nuevo delito. La nueva figura es una forma específica de provocación (García Albero, 2016): la incitación a cometer delitos de terrorismo públicamente o ante una concurrencia de personas –y a quien solicite a otra persona que los cometa– (art. 579.2 CP). Esta previsión es completamente superflua, pues las conductas encajan perfectamente en los artículos 18 y 579.3 del CP (en la figura de provocación genérica) (García Albero, 2016).

¹⁴ Como explica Cancio Meliá (2013, p. 321), «una cosa es alentar inducir, y otra alentar o favorecer».

¹⁵ Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

Muñoz Conde (2019) ha señalado que los apartados 1 y 2 son inconstitucionales por su incompatibilidad con el derecho fundamental a la libertad de expresión, conclusión agravada al «no referirse [el precepto] a personas concretas, penalizando incluso la mera manifestación de ideas» (p. 835), y ha criticado que la Ley Orgánica 2/2015 tratase de «acuñar legalmente algunas discutibles interpretaciones jurisprudenciales que, a través del delito de apología, declarado repetidas veces inconstitucional por el Tribunal Constitucional, se habían sancionado anteriormente».

2.1.1.3. Conclusiones respecto de los delitos de propaganda

Difícil es considerar que las figuras de propaganda son compatibles con el derecho fundamental a la libertad de expresión. En primer lugar, porque la difícil concreción de sus elementos de tan genérico contenido permite incluir un gran elenco de conductas que, probablemente, solo expresan adhesión ideológica a unas u otras ideas, adhesión que no debe ser sancionada en democracia. En segundo lugar, porque se aprecia en la punición de estas conductas la carencia de un bien jurídico que proteja el delito. Si bien autores como Ruiz Landaburu (2002) (aunque en relación con el delito de enaltecimiento, pero es extensible a estos delitos de propaganda) han entendido que el bien jurídico protegido, que es «la paz social y el mantenimiento del orden constitucional» (p. 80), como ha indicado en un voto particular a la STS 4/2017 (NCJ062006), de 18 de enero, el magistrado Andrés Ibáñez, lo que convierte en criminales las conductas (del delito de enaltecimiento del terrorismo) es su aptitud para favorecer la comisión de delitos de terrorismo, lo que significa que las conductas penadas deberían ser funcionalmente capaces de favorecer tales delitos (de nuevo, apreciación extensiva a los delitos de propaganda). Se ha visto que realmente las conductas tipificadas no son funcionalmente capaces de favorecer el terrorismo, ni ponen en riesgo el sistema de libertades o la paz social, por lo que el bien jurídico es espurio, aparente, no real¹⁶, y no justifica la restricción de la libertad de expresión. Se están castigando, en realidad, opiniones. Por último, porque al extender el elenco de figuras hasta incluir una figura residual (la del delito de propaganda) y otra cuya inclusión carece de sentido (la última a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior) por quedar su contenido ya abarcado por otros delitos, no se deja títore con cabeza, parece que el legislador pretendía abarcar todas las conductas posibles, relegando a los jueces la difícil tarea de delimitar el contenido de los delitos. El legislador penal ha configurado un elenco de conductas limitativas de la libertad de expresión que carece de justificación y de sentido. Y pese a que la normativa europea ha venido reiterando la necesidad de que las conductas sancionadas penalmente respeten, en particular, la libertad de expresión, y, en general, todos los derechos fundamentales, no parece que se haya asumido esta idea por nuestro legislador, famélico de expansión. Esta regulación, unida a la del enaltecimiento del terrorismo, que se verá a continuación, permiten que toda palabra esté sancionada en nuestro Código Penal, cuando tenga una mínima relación con el terrorismo, aunque no genere ningún riesgo.

¹⁶ En este sentido, Pena González (2019a, p. 99); Cancio Meliá (2010, p. 285).

2.1.2. En particular, el enaltecimiento del terrorismo y la libertad de expresión

2.1.2.1. La introducción del delito de enaltecimiento. Caracteres básicos

Según Vives Antón (2011, p. 814), la regulación de la apología en España es «un fantasma» que recorre el derecho penal de la democracia. Tras varias sentencias del Tribunal Constitucional en que este declaraba inconstitucional la penalización del elogio o defensa de ideas o la expresión de ideas subjetivas sobre acontecimientos históricos o actuales (Muñoz Conde, 2015, p. 592; Giménez García, 2007, pp. 3706-3707), el Código Penal de 1995 reguló la apología estableciendo que «solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». Esta limitación no es respetada (Muñoz Conde, 2015, p. 592) por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que introduce en el apartado primero del artículo 578 el delito de enaltecimiento del terrorismo.

Este delito de enaltecimiento o exaltación del terrorismo sanciona el enaltecimiento o justificación pública de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. En cualquier caso, este delito se regula junto al delito de humillación a las víctimas de terrorismo, en la segunda parte de ese mismo apartado (donde se castigan los actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de terrorismo o sus familiares) estableciendo una pena para ambas conductas de prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 18 meses. Se ha considerado que la adjunción de ambas conductas en un mismo apartado tiene por objeto legitimar el enaltecimiento del terrorismo a través de su unión al delito de humillación (Muñoz Conde, 2015, p. 592). Este último es más fácil de justificar, tanto en su respeto a los principios del derecho penal como a los derechos fundamentales, y, en particular, a la libertad de expresión, pues, como ya se ha expuesto, es precisamente el honor uno de los límites específicos a dicha libertad. Sin embargo, no deja de ser también criticable que se haya incluido bajo el lema de los delitos de terrorismo, cuando no se comete en el marco de estos ni por sujetos relacionados con organizaciones o grupos terroristas¹⁷, sino por sujetos desvinculados de las mismas. Lo mismo sucede con el delito de enaltecimiento.

Aunque este delito no fue modificado en 2010, sí fue reformado con la Ley Orgánica 2/2015, ya citada. Tras esta reforma se indica en el apartado 2 que la pena se impondrá en su mitad superior cuando se realice a través de medios de comunicación, internet, comunicaciones electrónicas o tecnologías de la información. Paradójicamente ya entonces, y más en la actualidad, la forma más habitual de comisión del delito es mediante expresiones vertidas en las redes sociales, por lo que el legislador hace de la regla general la agravación, convirtiendo «en excepción el tipo básico» García Albero (2016). Asimismo, se incluye un apartado tercero con un tipo superagravado para los supuestos en que los hechos, a

¹⁷ En este sentido, González Cussac (2016).

la vista de las circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor en la población o parte de ella. Y en el apartado cuarto se incluye una serie de medidas relativas al borrado de contenidos o documentos.

En cualquier caso, este delito se ha considerado por el Tribunal Supremo como una suerte de apología *in genere*, con sustantividad propia en relación con los delitos de los artículos 18 y 579 del CP, que exigen una invitación directa a delinquir, adelantándose la barrera de protección y «exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas bien de quienes los efectuaron» (STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3.º). De esta manera, el delito se desvincula, como ya se había adelantado, de los límites establecidos por nuestro Código Penal en el artículo 18 (como ya adelanta la exposición de motivos de la LO 7/2000), y se aleja de los pronunciamientos previos del Código Penal.

2.1.2.2. Elementos típicos

El tipo objetivo del delito estaría constituido por la realización de conductas que ensalcen o justifiquen públicamente al terrorismo o a sus autores, exigiendo tener en consideración tres elementos: la conducta (ensalzar o justificar), el objeto (los delitos terroristas o sus autores), y el medio (que posibilite la publicidad)¹⁸. Además, como se verá con posterioridad, es necesario que se genere un riesgo por las conductas para las personas, los derechos de terceros o el sistema de libertades (lo que debería traducirse en la probabilidad de que se cometan delitos de terrorismo). En cuanto al tipo subjetivo, parece claro que el delito exige conocimiento y voluntad de ensalzar al terrorismo o a sus autores. Sin embargo, el Tribunal Supremo en la STS 4/2017 (NCJ062006), de 18 de enero, diferencia entre «móvil» y «dolo», señalándose que «el artículo 578 del CP solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo». Por tanto, el tipo subjetivo se limitaría a una suerte de dolo cognitivo, muy limitado, en la medida que solo será necesario saber que objetivamente se están ensalzando los crímenes terroristas o sus autores, y acercándose peligrosamente a la responsabilidad objetiva.

2.1.2.3. Fenomenología

En origen, el delito pretendía castigar lo que se ha conocido como actos de «reafirmación interna», rituales de cohesión del segmento social que se identificaba con ETA y los legitimaba (Cancio Meliá, 2010, p. 278), aplicándose de forma vasta a este tipo de acciones. Así, por ejemplo, en la STS 585/2007, de 20 de junio, se confirma la condena a Arnaldo Otegui por su participación como orador en el homenaje a Argala, antiguo dirigente de ETA, en el aniversario de su asesinato. También se producen numerosas condenas por la exhibición de pancartas u objetos propagandísticos a favor de presos de ETA o de la propia banda en el

¹⁸ SAN 12/2017, de 21 de marzo, FJ 1.º

ámbito de fiestas patronales de diferentes localidades vascas¹⁹ y por la realización de pintadas a favor de la banda ETA²⁰.

En estos casos estamos hablando de una verdadera alabanza o justificación de los presos de ETA. Sin embargo, no deja de ser una mera adhesión ideológica a ciertas ideas que no es deseable que ninguna democracia no militante sancione (y menos, penalmente). Las ideas pueden ser perversas o dañinas, y desde luego son repudiadas por los principios generales que erige la población española. Pero ello no justifica la punición de ideas que nos desagraden. Además, como ha expresado ya Cancio Meliá (2010, p. 285), es absurdo punir las ideas como si de esta forma fuesen a desaparecer de las cabezas de quienes las poseen. Sería mejor idea invertir en educación para la democracia, el respeto del pluralismo y el rechazo de la violencia.

Con posterioridad, con la pérdida progresiva de vigor y fuerza por parte de ETA, se reduce también el apoyo social a la banda, determinando la reducción de dichos actos de reafirmación. Sin embargo, el delito se aplica a reclamaciones de unificación y liberación de presos de ETA, y a reclamación de la mejora de sus condiciones carcelarias. En este caso ya ni siquiera se está hablando de sujetos que se identifiquen con ETA ni que la legitimen, sino únicamente de reclamaciones de mejora de las condiciones en que los presos de la banda se encuentran: ya no existe intención de exaltar a los líderes ni a la banda, ni existe un elemento cognitivo de conocer que se les está exaltando, porque objetivamente no era así. En la STS 282/2013, de 1 de abril, se estima que es enaltecimiento del terrorismo la exhibición de banderolas a favor de los presos de ETA y fotografías de sus miembros en el paso por una prisión de una carrera popular con el fin de reivindicar el reagrupamiento. No obstante, en posteriores sentencias el Tribunal Supremo rechaza que el enaltecimiento quede cubierto con la exhibición de fotografías con el fin de reivindicar la aproximación de presos a sus hogares o reivindicar la amnistía (incluso en casos en que se denomina a los presos de ETA «presos políticos»)²¹. En cualquier caso, la aplicación no deja de ser errática, lo que es contrario a la seguridad jurídica y no deja de poner en la cuerda floja a la libertad de expresión en el marco de estas manifestaciones: p. ej. en la STS 590/2013, de 26 de junio, se considera que sí es enaltecimiento la colocación de pancartas y fotografías de presos de ETA con la inscripción «tampoco los queremos en las fotos, los queremos en la calle» (aunque el acusado es absuelto por otros motivos).

Lo más grave de esta aplicación *in crescendo* del delito de enaltecimiento del terrorismo comienza cuando se empiezan a realizar «prospecciones» en redes sociales, paralelas a las que se suelen hacer para la búsqueda de petróleo, en la búsqueda incesante de palabras o expresiones que pudieran, de alguna remota manera, considerarse justificadoras del terrorismo.

¹⁹ Así, v. gr. SSTS 597/2010, de 2 de junio o 812/2011, de 21 de julio.

²⁰ Ejemplo de ello lo es la SAN 40/2012, de 19 de septiembre.

²¹ Así las SSTS 340/2013, de 15 de abril; 587/2013, de 28 de junio; 755/2013, de 16 de octubre, y 843/2014, de 4 de diciembre, por ejemplo.

Así se hizo a través de las diferentes series de la operación Araña de la Guardia Civil, como la propia Audiencia Nacional reprochó a esta (Pinheiro, 24 de marzo de 2017). Así, comenzó una pesadilla de expansión totalitaria del delito por la que se acabó castigando cualquier cosa, tanto por el delito de enaltecimiento del terrorismo como por el de humillación a las víctimas.

Así, por ejemplo, en la STS 623/2016, de 13 de julio, se consideran constitutivas de un delito de humillación a las víctimas algunas expresiones de mofa o burla de las víctimas de terrorismo, pero también un chiste sobre el asesinato de Carrero Blanco. Bastante dudosa era ya la compatibilidad del delito con la libertad de expresión, pero en el momento en que se comienza a aplicar a expresiones humorísticas las dudas se despejan, quedando clara la vulneración del derecho a la libertad de expresión (por muy de mal gusto que sean los chistes).

También se enjuicia y se condena a diferentes sujetos por el contenido de letras de canciones. Así, en la STS 106/2015, de 19 de febrero, se analiza la concurrencia del delito de enaltecimiento del terrorismo con ocasión de la letra de canciones del rapero Pablo Hasél (encontrándose entre ellas títulos como «Libertad presos políticos», o «No me da pena tu tiro en la nuca»), concluyéndose que las letras sí se subsumen en el precepto, al señalar que «el cantante subió y consintió que otros subieran a la red social YouTube, diversos archivos de audio o vídeo, conteniendo canciones de su creación que tuvieron gran difusión», con referencia a las organizaciones terroristas Grapo, ETA, Al Qaeda, RAF, Terra Lliure y a sus miembros, «en claro apoyo a los mismos y a dichas organizaciones terroristas, ensalzando y alabando sus acciones, justificando su existencia, pidiendo que vuelvan a cometer sus acciones terroristas y presentándolos como víctimas del sistema democrático». Se ignora así que las canciones son tal cosa, que pueden tener contenido de protesta, y que quien las reproduce o canta no tiene por qué adherirse a lo que dicen sus letras. ¿No puede un ateo cantar un villancico navideño sin adherirse a la religión católica?

En el mismo sentido, la SAN 4/2017, de 21 de febrero, condena por el contenido de unas letras de canciones al músico conocido como Valtonyc a los delitos de humillación a las víctimas y enaltecimiento del terrorismo por frases como «Tu bandera española está más bonita en llamas, igual que un [...] patrol de la guardia cuando estalla». Señala la Audiencia Nacional, entre otras cosas, que «ensalza a terroristas [...] los califica como presos políticos y critica la prisión y la condena de los mismos, diciendo que "entregan su vida a la lucha"». Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Supremo en la STS 79/2018, de 14 de febrero, a pesar de que el Tribunal Supremo señala que se debe acreditar la finalidad o motivación de los actos de enaltecimiento y valorar el riesgo que generan para las personas, derechos de terceros o el sistema de libertades. Sin embargo, la finalidad puede ser de protesta o sarcástica, y además difícilmente dichas canciones generan un riesgo para los derechos de terceros, personas o el sistema de libertades, ni incrementan la comisión de delitos de terrorismo (ni, evidentemente, se constata así en el relato de la sentencia). Los ejemplos de la punición por letras de canciones no solo ponen en cuestión el respeto al derecho a la libertad de expresión en sentido estricto, sino también, particularmente, el derecho fundamental a la libertad de creación artística, que reconoce y protege también el artículo 20 de la CE.

Por último, en 2018 la Audiencia Nacional condena a Pablo Hasél –por el contenido de una serie de tuits– a penas de prisión (por enaltecimiento del terrorismo) y multa (por los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias y calumnias contra la Corona y contra instituciones del Estado). Con posterioridad, en 2020 el Tribunal Supremo desestima el recurso de apelación confirmando la resolución de la Audiencia Nacional²². En todo caso, como se indica en el voto particular a la sentencia suscrito por los magistrados Miguel Colmenero Menéndez de Luarca y Ana María Ferrer, si bien «los tuits analizados ponen de relieve una cierta sintonía ideológica con los personajes a los que se cita, incluso coincidencia de objetivos políticos», ello no implica necesariamente coincidencia «de medios»²³. De hecho «ninguno patentiza con la claridad e intensidad exigibles el carácter laudatorio respecto a las acciones violentas propagandizadas por quienes son citados, y aun menos una invitación a que se reproduzcan»²⁴.

En cualquier caso, como se verá, los pronunciamientos relativos al delito de enaltecimiento del terrorismo por el Tribunal Constitucional han supuesto un punto de inflexión y la toma de sentido común por los tribunales que enjuician este delito.

2.1.3. ¿Punición legítima o vulneración de la libertad de expresión?

Los delitos de propaganda, provocación y enaltecimiento del terrorismo entran claramente en tensión con el derecho fundamental a la libertad de expresión, como se ha podido ver. El Tribunal Supremo ha reiterado la existencia de una «zona intermedia» entre el derecho a la libertad de expresión y el delito de enaltecimiento del terrorismo (así, *v. gr.* en la STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3.º), aunque ha considerado que al enmarcarse en lo que se conoce como «discurso del odio», el delito de enaltecimiento del terrorismo no vulnera la libertad de expresión. En todo caso –y como sucede con todas las libertades–, la libertad de expresión no es ilimitada, pero ello no significa en ningún caso que la punición de cualquier discurso quede justificada.

2.1.3.1. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional: generación de riesgo y necesidad de análisis de la libertad de expresión en pronunciamientos judiciales

A) STC 112/2016

El Tribunal Constitucional no se había pronunciado hasta una fecha reciente acerca de la compatibilidad entre el derecho a la libertad ideológica y de expresión y el delito de enaltecimiento del terrorismo. La jurisprudencia acudía a las sentencias en que el Tribunal Cons-

²² STS 135/2020, de 7 de mayo (NCJ064813), ponente: Vicente Magro Servet.

²³ *Ibidem*, voto particular.

²⁴ *Ibidem*.

titucional se había pronunciado sobre el delito de apología en la STC 159/1986 y el delito de enaltecimiento del genocidio en la STC 235/2007²⁵.

Sin embargo, como se ha visto, el Tribunal Constitucional sí se había pronunciado en relación con la limitación específica que a las libertades reconocidas en el artículo 20 de la CE (libertades de expresión y creación) impone su propio apartado 4, con el fin de proteger el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia. Estas limitaciones cumplen, según la STC 23/2010 (NCJ052093), de 27 de abril, una «función limitadora» en relación con las libertades». Y, además, como se ha expresado, como había señalado el propio Tribunal Constitucional, «más allá de esos topes constitucionalmente establecidos a la vis expansiva de la libertad de expresión [...] el respeto al contenido del derecho, y a su dimensión general en cuanto garantía esencial del Estado democrático, impide someterlo a bienes o valores de rango infraconstitucional»; y, añade, en concreto, que «el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho». Esta idea es sin duda extensiva a las expresiones vertidas en redes sociales.

El Tribunal Constitucional dio una primera respuesta a ese vacío en la STC 112/2016 (NCJ061437), de 20 de junio, en la que se enjuicia la compatibilidad de la libertad de expresión con un caso clásico de aplicación del delito, en relación con la STS 180/2012, de 14 de marzo, en que se había condenado a un político con motivo de su participación en un homenaje a Argala. La sentencia afirma, en primer lugar, que «la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión». Además, el Tribunal Constitucional especifica que esta exigencia «de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho a la libertad de expresión». De esta manera, se impone un requisito de generación de riesgo para las personas, derechos de terceros o el sistema de libertades, para considerar que la conducta integra el discurso del odio –extramuros, según el TC, de la libertad de expresión–. Los supuestos de ausencia de dicho análisis previo llevarán consigo, según el Tribunal Constitucional, la vulneración del derecho a la libertad de expresión.

Tal interpretación es más coherente con la regulación actual de la Directiva 541/2017 (Pena González, 2019a, pp. 119 y ss.) del Parlamento Europeo y del Consejo²⁶. Sin embargo, la aplicación que hace el Tribunal Constitucional en la sentencia hace dudar de tal con-

²⁵ SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, y 235/2007, de 7 de noviembre.

²⁶ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

clusión –en el caso, afirma que sí concurre una incitación indirecta a la violencia por parte del sujeto, pero lo hace sin llevar a cabo ninguna labor de ponderación para llegar a dicha conclusión (como señala en su voto particular el magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos), y, difícilmente, la conducta enjuiciada en la sentencia integra un riesgo para los derechos de terceros o el orden constitucional–.

B) Giro doctrinal

Con reticencias iniciales, posteriores sentencias comienzan a asumir este análisis. Así, la SAN 12/2017, de 21 de marzo –absolutamente rigurosa en su análisis del delito, de las distintas manifestaciones del delito a través de redes sociales–, seguida de otras, como las SSTS 378/2017, de 25 de mayo; 600/2017, de 25 de julio, o 52/2017 (no fue así en otros casos, como el del rapero conocido como Valtonyc, cuya condena todavía fue reafirmada por el TS en la STS 79/2018, de 30 de enero; la STS 4/2017, de 18 de enero del caso «Strawberry»).

En particular, ha obtenido notable relevancia el caso de «Cassandra Vera», una usuaria de la red social Twitter, que también había vertido numerosos mensajes jocosos sobre el atentado de Carrero Blanco. La Audiencia Nacional había condenado en la sentencia de instancia de 2017 a la joven, como responsable de un delito de humillación a las víctimas del terrorismo, a una pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 7 años. La propia nieta del expresidente franquista señaló que era un disparate (Junquera, 19 de enero de 2017). Con posterioridad, el Tribunal Supremo en la STS 95/2018, de 26 de febrero, absuelve a la tuitera, afirmando que «que no todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578» (FJ 2.º), existiendo otras formas de reparación de los excesos verbales (no jurídico-penales) en nuestro sistema jurídico, como consecuencia de los principios de *ultima ratio* o fragmentariedad del derecho penal, de manera que, como añade el Tribunal Supremo:

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 delictivo²⁷.

El Tribunal Supremo, en adición, señala que los tuits enjuiciados «no contienen ningún comentario ácido contra la víctima del atentado ni expresan frases o comentarios hirientes,

²⁷ STS 95/2018, de 26 de febrero, FJ 2.º

lacerantes o ultrajantes contra su persona o cualquier aspecto concreto de su vida pública o privada»²⁸, solo existe mofa o sarcasmo en la forma en que se produjo el atentado, aprovechándose el humor negro para cuestionar al personaje, «en una reacción muy propia de nuestro entorno social de criticar u hostigar sarcásticamente a cualquier personaje público en cuanto sale al paso cualquier contingencia que permita improvisar un chiste idóneo para ridiculizar o parodiar un defecto o una desgracia personal»²⁹. Además, contextualiza el Tribunal Supremo los hechos, dado que «el atentado objeto de mofa o burla ha tenido lugar hace ya 44 años».

C) STC 35/2020

Como se ha dicho, si bien tras la STC 112/2016 se produjo un cambio jurisprudencial en la aplicación del delito, mucho más restrictiva y rigurosa en el respeto a la libertad de expresión, en algunas sentencias todavía se mantuvo una laxa interpretación del delito, que no respetuosa en absoluto con los límites propios de la libertad de expresión.

En la reciente STC 35/2020 (NCJ064674), de 25 de febrero, se enjuicia la constitucionalidad de la condena al músico conocido como Strawberry por enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (STS 4/2017, de 18 de enero), en relación con su compatibilidad con la libertad de expresión. Strawberry había compartido una serie de mensajes a través de la red social Twitter, como «el fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta a los Grapo», «cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero» o «a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora». La Audiencia Nacional, en la SAN 20/2016, de 18 de julio, absolvió al acusado tras contextualizar y analizar los tuits uno por uno, concluyendo que «no puede entenderse que con esta manifestación pretenda el acusado hacer apología del terrorismo y provocar el discurso del odio, sino una crítica hacia el extremismo de cualquier signo, llevando su ironía a comparar un partido político con un grupo terrorista», no apareciendo con la claridad que exige el tipo penal que el acusado trate de elogiar a ETA, ni que trate de humillar o vejear a sus víctimas, por más que los comentarios sean en extremo desacertados. Concluye que al estar desprovistos los comentarios del carácter humillante o vejatorio que requiere el tipo delictivo, es posible, en cambio, interpretar que tenían una intención irónica.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo condenó al músico, con una interpretación en extremo abierta del delito. Así, la STS 4/2017, de 18 de enero, concluye que la conducta del músico se enmarca en los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. El Tribunal Supremo, en la sentencia, incidió en la diferencia entre «móvil» y «dolo», de tal manera que convertía prácticamente el delito en un supuesto de responsabilidad objetiva, exigiéndose en el caso únicamente una especie de dolo cognitivo. Ello, en el caso, se traducía a la necesidad de que el músico hubiera tenido «plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista». Así, ignorando el carácter sarcástico de muchas de las expresiones, y el carácter confuso de otras, el Tribunal Supremo considera que sí constituyen un delito de terrorismo.

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020 (NCJ064674), de 25 de febrero analiza si se ha respetado el derecho a la libertad de expresión del condenado. La sentencia concluye que se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión del recurrente en la medida en que no se había llegado a ponderar con carácter previo y de manera suficiente si las expresiones controvertidas eran una manifestación del derecho a la libertad de expresión (en aplicación de la doctrina contenida en la STC 112/2016). Si bien el Tribunal Supremo hace una referencia genérica al derecho a la libertad de expresión, no llega a entrar a realizar la ponderación con la intensidad exigida por la doctrina constitucional. En realidad, cabe señalar que el Tribunal Supremo no hizo ninguna ponderación, pese a que mencionó la existencia de una tensión con la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional expresa que faltan en dicha sentencia consideraciones relativas a la dimensión institucional de la libertad de expresión (importancia de los mensajes para la formación de la opinión pública libre y del pluralismo político, consideración de si la punición de los mensajes podría provocar un efecto desaliento de la libertad de expresión, y análisis sobre si los mensajes son equiparables a la defensa de la violencia). En todo caso, aunque no lo indica el Tribunal Constitucional, también se omitió entre los elementos de ponderación el análisis de la generación de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades –riesgo que, parece evidente, no concurre por la emisión de unos tuits con contenido sarcástico–. Pese a que la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional es acertada, se ha perdido una oportunidad de que hubiese promovido una cuestión interna de inconstitucionalidad y hubiese entrado en el análisis de la constitucionalidad del delito, en su redacción típica, en relación con el derecho a la libertad de expresión.

En todo caso, según la doctrina del Tribunal Constitucional en las SSTC 112/2016 (NCJ061437) y 35/2020 (NCJ064674), cabe entender que existen dos planos para poder aplicar el delito de enaltecimiento del terrorismo. En el primero habría que analizar la compatibilidad de las conductas con el derecho a la libertad de expresión, evaluando si concurren o no los elementos que integran el discurso del odio, y, por tanto, si se genera o no un riesgo para personas, derechos de terceros o para el sistema de libertades. También, en el mismo análisis debería evaluarse la compatibilidad con otros elementos limitadores de la libertad de expresión, y con los elementos definitorios de la misma (necesidad del contenido del mensaje para la opinión pública libre y pluralismo político, por ejemplo). En el segundo, se procede ya a la aplicación de la teoría jurídica del delito para evaluar si concurre en el caso.

2.1.3.2. El «discurso del odio» y el enaltecimiento del terrorismo

Las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre y 235/2007 (NCJ043010), de 7 de noviembre ya habían establecido que el discurso del odio estaba excluido del ámbito de protección de las libertades del artículo 20 de la CE (Rodríguez Montañés, 2012, p. 301).

Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha reiterado que el bien jurídico protegido por el delito del artículo 578.1 «es la interdicción de lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional califican como discurso del odio», que define como «la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica», dado que «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 la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades» (STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3.º).

Por ello, según el Tribunal Supremo es «un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan [...] porque nuestra Constitución no impone un modelo de "democracia militante"». Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que «determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser legítimas y necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o [...] provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista»³⁰.

En cualquier caso, es bastante dudoso que las opiniones que, como se ha visto, se han llegado a castigar bajo el extenso paraguas del delito de enaltecimiento del terrorismo sean constitutivas de un discurso del odio, como alabanza o justificación de acciones terroristas que persigue el exterminio del distinto. El sarcasmo, la ironía, el humor o la protesta en ningún caso pueden considerarse integradas en un discurso (llámese «del odio») excluido del derecho a la libertad de expresión. Parece claro, en cambio, que para que la libertad de expresión se pueda ver restringida por el discurso del odio, este debe ser efectivamente lesivo de algún valor o principio fundamental de igual o superior valor al que tiene la libertad de expresión: las críticas expresadas sobre los delitos de propaganda y enaltecimiento, y la aplicación práctica en muchos casos de los delitos de enaltecimiento y humillación a las víctimas hace difícil la compatibilidad de dichos tipos con la libertad de expresión. Esta referencia al discurso del odio como límite negativo a la libertad de expresión y, por tanto, legitimador de la punición de su contenido si constituye un delito de enaltecimiento del terrorismo, también fue realizada por el Tribunal Constitucional en la STC 112/2016 (NCJ061437), ya citada.

Tras el giro jurisprudencial, la STS 95/2018, de 26 de febrero (caso «Cassandra Vera») matiza lo expuesto indicando que la invocación extendida de los nocivos efectos del discurso del odio no ayuda a la labor exegética del tipo, debiéndose apartar el análisis judicial de una «convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso»³¹, porque:

El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción grama-

³⁰ STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3.º

³¹ STS 95/2018, de 26 de febrero, FJ 2.º

tical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia³².

Esta prudente afirmación pone sobre la mesa que la separación entre el discurso del odio y el discurso que es manifestación de la libertad de expresión es muy peligrosa, porque el «odio» es un sentimiento (que solo puede ser juzgado por criterios éticos), y la separación entre derecho y moral es esencial en el ámbito de un Estado democrático. En democracia no se castigan las ideas, ni la exposición de pensamientos, no se castiga una expresión que no lesione o ponga en peligro un bien de superior valor que el de la libertad de expresión. Ello es necesario no solo para la protección de la libertad de expresión, sino también para el respeto a los principios del derecho penal que, en parte, sirven para garantizar esta: los principios del hecho, *ultima ratio* o intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal.

2.1.3.3. Conclusión. Sarcasmo, humor y canciones. Disolución de ETA y riesgos

Todo lo anterior se ve reforzado en la medida en que se ha ampliado el ámbito de aplicación del delito de exaltación del terrorismo y humillación a las víctimas a los contenidos de letras de canciones o contenidos sarcásticos o humorísticos.

Además, la explosiva utilización actual de las redes sociales ha generalizado la exposición pública de lo que expresa una sociedad que todavía no está educada ni preparada para utilizarlas. Más que aplicar el Código Penal para reprimir lo que es, sin duda, libertad de expresión, se debe fomentar la educación en el respeto, el civismo y el buen uso de las nuevas tecnologías entre los ciudadanos.

A ello se añaden las consecuencias de la disolución del grupo terrorista ETA, al que se refieren todavía la mayoría de las expresiones sancionadas por el Tribunal Supremo en el ámbito de aplicación del delito del artículo 578.1 del CP. La organización había perdido progresivamente apoyo entre la sociedad civil, y, paralelamente, se fue desarticulando y perdiendo vigor, cometiendo su último asesinato en España en el año 2009. En 2010 se produjo el último asesinato de ETA en Francia, y, en 2011, se anunció el cese definitivo de la actividad armada de la banda terrorista. Finalmente, en el año 2017, ETA llevó a cabo su desarme de manera unilateral (aunque, en realidad, ya no existía ninguna organización que pudiera considerarse tal cosa). Se ha cuestionado ya por gran parte de la doctrina que puedan existir delitos de terrorismo sin una organización que los ampare, si bien es una cuestión controvertida. Pero es todavía más difícil de sostener que una expresión en una red social sobre una banda terrorista ya inexistente pueda provocar delitos de terrorismo. Por tanto, la limitación a la libertad de expresión es aún más injustificada en los supuestos en que las expresiones versen sobre

³² *Ibidem*.

organizaciones inexistentes o desarticuladas, porque el resultado de lesión o de peligro que justificaría la restricción de la libertad de expresión desaparece completamente. En consecuencia, además, no queda cubierto el requisito establecido por el Tribunal Constitucional en la STC 112/2016 (NCJ061437) de necesaria generación de una «situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho a la libertad de expresión».

A la vista de todo lo anterior, parece claro que el contenido del tipo del artículo 578 del CP es demasiado amplio, pudiendo incluir expresiones, opiniones sarcásticas, irónicas y humorísticas, o el contenido de letras de canciones, y es incompatible con el derecho a la libertad de expresión y creación literaria y artística. El delito de enaltecimiento del artículo 578 y los delitos de propaganda al terrorismo que, como se ha visto, recoge el artículo 579 son, en definitiva, delitos de expresión que no deberían estar extramuros de la libertad de expresión del artículo 20 de la CE³³.

2.2. Enaltecimiento y negación de los delitos de genocidio y discriminación

Tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se modifica el artículo 510 del CP, que comprende, en su apartado primero, una regulación de los delitos de promoción e incitación al odio, discriminación, hostilidad y violencia (incluyendo posesión y distribución de materiales idóneos para ello), de los delitos de negación y enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad y conflicto armado o de sus autores, y que, en el apartado segundo, incorpora la sanción penal del enaltecimiento o justificación de delitos cometidos por motivos discriminatorios³⁴. La finalidad de esta modificación es, según el preámbulo de la ley orgánica, doble:

De una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre (NCJ043010) impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

³³ De hecho, autores como Muñoz Conde (2019, p. 831) han considerado que también el delito de adocrtrinamiento recogido entre las modalidades del apartado 2 del artículo 577 del CP como una forma de colaboración con el terrorismo es muy discutible, pues es «difícilmente distinguible de la mera expresión de ideas que, por discutibles que sean, están dentro de la libertad de expresión, salvo que se trate de una forma de proposición o provocación ya punible de forma general en relación con terrorismo en el art. 579».

³⁴ En su apartado segundo incluye, por otra parte, la sanción penal de determinados delitos contra la integridad moral, cuya justificación es mucho mayor que de los restantes delitos.

Luzón Cuesta (2018, p. 454) ha señalado que este es uno de los artículos que, en nuestro Código Penal, protegen la igualdad, como valor superior del ordenamiento jurídico y como principio; sin embargo, es cierto que tal y como se configura, con tipos abiertos y sin requisitos de lesividad (como mucho, requiriendo la generación de un clima determinado), en realidad no protege nada.

Los delitos de este artículo se han denominado por parte de la doctrina «delitos de odio» (Vicente Martínez, 2018, p. 105) y también se consideran sancionables al ser expresivas del discurso del odio, extramuros de la libertad de expresión³⁵.

2.2.1. Provocación genérica al odio, discriminación, hostilidad o violencia

La letra a) del apartado primero del artículo 510 del CP recoge la sanción de una provocación genérica³⁶ al odio, discriminación, hostilidad o violencia. Así, castiga 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 aquel» (en adelante, contra un grupo), «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».

En definitiva, se trata de una provocación genérica que excede los límites establecidos para la apología en el artículo 18.1 del CP en la medida en que también se admiten la incitación indirecta, la promoción o el fomento, produciéndose un adelantamiento tal de la barrera de protección penal que la puesta en peligro del bien jurídico protegido se desdibuja, dificultando que se justifique la limitación de la libertad de expresión (en esas modalidades indirectas y genéricas). No obstante, según el Tribunal Constitucional en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, es suficiente para justificar el castigo de las conductas el que inciten de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia (Muñoz Conde, 2019, p. 742). No se exige ningún resultado de peligro o lesión más allá del fomento, promoción o incitación.

Los objetivos de la incitación (la hostilidad, odio, discriminación o violencia) tampoco dejan de ser excesivamente amplios. El odio y la hostilidad, en particular, son meros sentimientos, y convertir un sentimiento en delito lleva consigo numerosos riesgos, entre ellos los de negación del principio *cogitationis poenam nemo patitur* y de trivialización del respeto al principio del hecho.

En cuanto al tipo subjetivo, según la STS 72/2018, de 9 de febrero, tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio solo requieren la concurrencia de un dolo básico que

³⁵ A estos efectos son aplicables las mismas críticas que las expresadas en el apartado 1.3. 2.º del epígrafe II.

³⁶ *Ibidem*, p. 455.

«se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y de no tratarse de una situación incontrolada o de una reacción momentánea» (STS 72/2018, de 9 de febrero, FJ único).

En adición, también se sanciona en la letra b) de ese apartado 1 del artículo 510 del CP un conjunto de conductas omnicomprendidas de todas las fases de producción, elaboración, facilitación, posesión con finalidad de distribuir, etc., de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para promover, fomentar o incitar directa o indirectamente al odio, violencia, hostilidad o discriminación contra aquellos grupos por los motivos discriminatorios. En este tipo se adelanta todavía más la barrera de punición, pues solo se exige la posesión o facilitación de materiales que sean idóneos para producir esos efectos de favorecimiento (amplísimos y no necesariamente lesivos) de sentimientos hostiles o de odio.

2.2.2. Enaltecimiento, negación o trivialización de los delitos de genocidio, lesa humanidad o conflicto armado

En la letra c) del apartado primero del artículo 510, por su parte, se sanciona el enaltecimiento, negación y trivialización de los delitos de genocidio, lesa humanidad o conflicto armado o de sus autores. El delito de enaltecimiento del genocidio, previamente regulado en el artículo 607.2 del CP, había sido estudiado por el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre (NCJ043010), donde se declaró inconstitucional el inciso «nieguen o». El Tribunal Constitucional había concluido que la sanción penal de la mera negación del genocidio «frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane», pues ni tendencialmente persiguen objetivamente la creación de un clima de hostilidad social contra las personas pertenecientes a los grupos ni pueden, *per se*, conseguirlo (FJ 8.º). En cualquier caso, el Tribunal Constitucional abrió la puerta en dicha sentencia a la regulación actual del artículo 510.1 c) siempre que se exigiese otro elemento adicional: «que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado» (FJ 8.º), requisito que sí incluye la redacción actual de la negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad, conflicto armado o de sus autores.

El artículo 510.1 c) sanciona así a quienes 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». Se configura, así, como un delito de clima, exigiéndose solo como resultado de peligro la promoción de un indeterminado clima de sentimientos hostiles, violentos, o de violencia o discriminación.

El delito no deja de plantear problemas, como indica Muñoz Conde (2019, p. 743), dadas las campañas desarrolladas por los Estados que cometen los delitos mencionados con el fin de justificarlos o negarlos, que dan lugar a informaciones opuestas entre sí.

2.2.3. Enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios

Por último, la letra b) del apartado segundo del artículo 510 del CP castiga a «quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel 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, o a quienes hayan participado en su ejecución». Se trata, de nuevo, de una «apología *in genere*» con sustantividad propia en relación con la genérica del artículo 18 del CP, dado que no se atiene a los límites señalados por este.

En segundo lugar, a este delito son de aplicación las mismas críticas que se han comentado en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo dada su similitud³⁷. En este sentido, cabe señalar que el delito no recoge ningún requisito de favorecimiento de un resultado de peligro (ni de un clima hostil), estableciéndose únicamente una agravación para los supuestos en que «se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos». Así, el tipo básico del delito es contrario al principio del hecho al castigar meras expresiones, por muy repudiables que estas puedan ser, determinando un adelantamiento de la barrera de protección hasta la barrera de las opiniones. La conducta sancionada penalmente no es constitutiva ni de una provocación a la comisión de los delitos discriminatorios, ni se exige que genere un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación, vulnerando también el principio de intervención mínima y sus derivados. Además, el potencial expansivo que se ha apreciado que tiene el delito de enaltecimiento del terrorismo en la práctica también es propio de este delito, siendo claro ejemplo de un defecto de técnica legislativa en su redacción. Por todo ello, se debe considerar que el delito es vulnerador del derecho a la libertad de expresión y que las conductas que castiga no deben incluirse en un derecho penal de un Estado democrático.

2.2.4. Conclusiones

En cualquier caso, esta extensísima regulación lleva a la conclusión de que lo más razonable es suprimir este delito. En definitiva, estamos hablando de un artículo regulador de conductas apologeticas, conductas de negación o trivialización de hechos históricos,

³⁷ En el mismo sentido, Muñoz Conde (2019, p. 745).

y conductas de promoción, fomento, o incitación siquiera indirecta (que ya son conceptos jurídicos bastante abiertos e indeterminados) de sentimientos (como hostilidad u odio). Además, no se exige en ningún caso que se produzca un resultado de lesión o de peligro para algún bien jurídico (solo en la exigencia que ya he comentado de un clima de odio, hostilidad o violencia), pero este resultado es absolutamente subjetivo e inconcreto.

Por ello, se opone al principio de lesividad (no existe un verdadero bien jurídico protegido por el delito), y con el principio de legalidad material y los principios de fragmentariedad y *ultima ratio* del derecho penal (sería mucho más eficaz una buena política educativa y las propias sanciones que establecen las propias redes sociales en el caso de que el delito se desarrolle a través de un medio de comunicación). Incluso, este delito se opone al principio de legalidad formal por la absoluta ausencia de taxatividad en los conceptos referidos.

Por tanto, al no protegerse nada merecedor de protección penal con este delito se está vulnerando el derecho a la libertad de expresión. No se quiere decir con esto que esas ideas y opiniones no sean reprochables, desde luego lo son moralmente y hasta son molestas para quien escribe estas líneas, pero no se justifica por ello su punición a través del Código Penal.

Sin embargo, pese a que lo más razonable sería la supresión de este delito, la DM de 2008 –muy desacertadamente– impone su inclusión en nuestro ordenamiento punitivo (aunque, también hay que decirlo, no con la amplitud y extensión que incorporó después el legislador penal español, que es todavía menos comprensible). Por ello, lo que se debería hacer, en la actualidad, es reformar este delito para restringirlo en la medida en que sea posible para mantener su conformidad con la normativa de la Unión Europea.

Así, el apartado 1 se reduciría a la incitación pública y directa por alguno de los motivos discriminatorios recogidos en el artículo 22.4 a la comisión de delitos contra la vida, la integridad física y psíquica, la integridad moral, la igualdad, la libertad, la libertad sexual, de daños, de genocidio y de lesa humanidad, contra grupos vulnerables o sus miembros, que genere el riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos³⁸. Parece oportuno reducir la conducta a la incitación pública y directa (de conformidad con el artículo 18 del CP en el respeto a la libertad de expresión), y que esa incitación no se dirija a crear sentimientos, sino a cometer delitos (que es lo que protege el Código Penal, y no la promoción indirecta de un sentimiento). Asimismo, es muy oportuno incluir un catálogo cerrado de delitos (los más graves), exigir un resultado de peligro (el riesgo inminente de que se cometan esos delitos), y especificar el elenco de motivos discriminatorios (por exigencias de taxatividad).

³⁸ Así lo defendí en el webinar «Aporofobia: Una forma ignorada de discriminación», de la Universidad de Málaga, en diciembre de 2020. Título de la ponencia (que desarrollé junto a la catedrática Ana Pérez Cepeda y la investigadora Isabel García Domínguez): «Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia: aporofobia y libertad de expresión».

Sin embargo, también parece oportuno que en el apartado segundo se aclare (a diferencia de lo que ha considerado el GEPC) –por exigencias de la DM relativas a la apología, negación o trivialización y a la difusión o reparto de escritos (aunque esta sea en extremo desacertada)–, que la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales, solo serán delictivos (de conformidad con este artículo) si constituyen una incitación pública y directa a los delitos mencionados en el apartado anterior por motivos discriminatorios contra grupos vulnerables y siempre que se genere un riesgo inminente de comisión de dichos delitos.

Asimismo, en el apartado tercero, se aclararía que es grupo vulnerable el que habitualmente es objeto de discriminación (siguiendo la propuesta del GEPC, pero aclarándolo en el artículo, a diferencia de lo que señala el GEPC, por exigencias de taxatividad).

En el apartado cuarto se podrían incluir también los delitos contra el honor de las personas pertenecientes a estos colectivos. En cualquier caso, estos delitos no parecen más que una modalidad agravada de delitos contra el honor, por lo que podrían incluirse más bien en el título dedicado a ello. Si se mantiene este apartado de delitos contra el honor, parece desde luego necesario suprimir la referencia a la posesión, difusión, etc. de textos idóneos para humillar, menospreciar o desacreditar a estas personas o grupos, pues constituye un adelantamiento injustificado de la punición penal.

En cuanto a las demás conductas delictivas, dada la redacción actual, se considera que no se puede incluir, por exigencias del derecho a la libertad de expresión, ni la mera negación y trivialización ni el enaltecimiento, pues se debe exigir que las conductas generen al menos una incitación indirecta a la comisión de delitos. En general, además, el incluir el enaltecimiento de cualquier delito cometido por motivos discriminatorios parece todavía menos justificado, por ello es oportuno limitarlo a los delitos más graves indicados.

En cuanto a las agravaciones, en primer lugar, el favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación debe ser suprimido como agravante, porque se configura a través de conceptos subjetivos e indeterminados. Lo mismo sucede con la agravante de idoneidad para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor en el grupo. En segundo lugar, tampoco parece oportuno mantener la agravante de la realización de la conducta a través de un medio de comunicación social, internet o las nuevas tecnologías, pues solo constituyen una modalidad de comisión del tipo básico, al requerir este la publicidad.

2.3. ¿Exaltación del franquismo?

Recientemente se ha materializado en España la entrada en el debate político de la propuesta del PSOE y Unidas Podemos de tipificar la apología y exaltación del franquismo como delito (Marcos, 10 de febrero de 2020), adquiriendo notable popularidad entre parte de la población española.

Entre otros motivos, esta propuesta suele justificarse a través de la comparativa con el StGb alemán, si bien, aunque en Alemania se sanciona el uso de símbolos de organizaciones políticas declaradas inconstitucionales o prohibidas, se indica expresamente que el comportamiento no será delictivo si «sirve a la ilustración de la ciudadanía, a la defensa frente a planes contrarios a la Constitución, al arte o a la ciencia, investigación o enseñanza, a informar sobre noticias actuales o de la historia o a fines similares», o se exige para castigar la incitación al odio racial, que esta se haya hecho «de un modo idóneo para perturbar la paz pública» (Cancio Meliá, 15 de febrero de 2021).

En cualquier caso, las razones por las cuales se ha rechazado la tipificación de los delitos referidos *supra* deben hacer rechazar una expansión del derecho penal que pretenda comprender este nuevo delito.

La cuestión no es que en democracia «no se homenajee a dictadores ni a tiranos» (como manifestaba la portavoz del grupo parlamentario socialista), sino que en democracia las instituciones públicas y el Estado no los homenajeen. Lo que unos y otros ciudadanos piensen sobre los dictadores o sobre sistemas políticos propios de otro milenio no debe ser objeto de censura –y menos por la vía jurídico-penal–, porque una democracia no debe penar las ideas, por muy reprochables que sean. Para actuar con memoria y justicia, lo que se debe hacer es instar el cumplimiento de la ignorada Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de memoria histórica, retirar los honores simbólicos concedidos por el Estado a los miembros y ejecutores de la barbarie estatal cometida por la dictadura franquista, poner en marcha una Comisión de la Verdad, y reconocer y proteger a las víctimas. La sanción penal de las libertades de pensamiento y expresión ni es necesaria ni es admisible.

Además, es necesario tener en cuenta que es mucho más eficaz, a estos efectos, una buena educación, tanto positiva (en los valores de la democracia) a lo largo de la vida del sujeto, como negativa (a través del reproche social sobre dichas expresiones por los pequeños grupos en que el individuo se desarrolle).

De hecho, hay que tener en cuenta de que ni a efectos de eficacia tiene sentido esta punición. La sanción penal del discurso del extremismo no es la solución al problema, sino que lo alimenta; y más en la actualidad, donde las organizaciones y partidos políticos tienen medios para distribuir todo tipo de información (inclusive tergiversada, o de odio) a través de la web, lo que facilita que puedan emitir un discurso de victimización frente a un derecho penal opresor que está vulnerando el derecho a la libertad de expresión.

A ello se suman las críticas expresadas ya para los delitos del artículo 510 del CP y el delito de enaltecimiento del terrorismo. Incluso si se desarrollase una redacción del tipo que fuese restrictiva, incluyendo un requisito de generación de un riesgo de retorno a una dictadura o de comisión de los crímenes de Estado habituales en el franquismo, no parece que pudiese adquirir virtualidad práctica en la actualidad. En realidad, solo supondría penar la palabra propia del ámbito de la libertad de expresión y no respetaría los principios del hecho, intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal.

2.4. Injurias a la corona

El artículo 490 del Código Penal español sanciona, en su apartado 3, al que calumniare o injuriare «al Rey o Reina a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas», diferenciando la pena si la calumnia o injuria fueran graves o no lo fueren. Además, el artículo 491 castiga, en su apartado 1, las calumnias o injurias contra las personas mencionadas fuera de los supuestos previstos al mismo. En el apartado 2 se castiga «al que utilizare la imagen del Rey o Reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o Princesa de Asturias, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona».

Con estos delitos se pretender proteger el honor y la propia imagen de la figura de la Corona a través de la protección a las personas que la integran, de conformidad con el sistema de monarquía parlamentaria que rige el Estado español. Explica Muñoz Conde (2019) que la tipificación de los ataques al honor de estas personas, diferenciada del régimen común, «procede del carácter carismático y casi mítico con que se rodeaba la figura del Jefe del Estado en la dictadura franquista» (p. 729) (si bien con penas inferiores), y se encuentra en los linderos de la libertad de expresión y crítica. Precisamente este autor (como la doctrina mayoritaria) señala que en una democracia nadie puede estar exento de crítica, dada su posición, y que se deben contextualizar los delitos, que no han de comprender o incluir sátiras, caricaturas, chistes, etc., que serán habituales para quienes detentan el poder (Muñoz Conde, 2019).

No obstante, se ha aplicado el delito de injurias a la Corona a caricaturas en revistas satíricas, lo que deberían estar fuera de un derecho penal democrático. Por ejemplo, la SAN 62/2007, de 13 de noviembre condena por un delito de injurias al príncipe heredero del artículo 491.1 y 491.2 del Código Penal a dos humoristas gráficos de profesión y colaboradores habituales de la revista *El Jueves*, que realizaron una portada «con motivo del anuncio por parte del Presidente del Gobierno de España de otorgar una subvención de 2.500 euros para cada familia con residencia legal en España por cada nuevo hijo que nazca o adopte»³⁹. La portada consistía en un dibujo donde, explica la Audiencia Nacional, «aparecen caricaturizados, desnudos, pero perfectamente identificables, Su Alteza Real el Príncipe de Asturias, Heredero de la Corona, junto a su esposa, Su Alteza Real la Princesa de Asturias, bajo el titular "¡SE NOTA QUE VIENEN ELECCIONES, ZP! 2.500 POR NIÑO", en una explícita postura sexual, atribuyendo al Príncipe de Asturias las siguientes expresiones; "¿Te das cuenta?

³⁹ SAN 62/2007, de 13 de noviembre (ponente: D. José María Vázquez Honrubia). Conclusión confirmada en apelación, como explica Rebollo Vargas (2009).

Si te quedas preñada... ¿esto va a ser lo más parecido a trabajar que he hecho en mi vida!". La Audiencia Nacional expone que tal caricatura «tilda al Príncipe, esencialmente, de vago y, por ende, codicioso»⁴⁰, lo que, señala Rebollo Vargas, es infundado y va más allá de lo que dice el texto⁴¹.

Tanto la doctrina del TEDH como del TC han sostenido que no basta para incardinar el delito que las expresiones o discursos pinten cuadros negativos del rey como institución, pues la posición de árbitro neutral del rey no lo pone al abrigo de todas las críticas por el ejercicio de sus funciones oficiales o por su condición de representante del Estado (SAN 4/2017, de 21 de febrero, FJ 2.º). Es necesario, en cambio, que la condena se refiera a hechos o expresiones que cuestionen la vida privada del monarca, excediendo la mera crítica política y afectando a su reputación y honorabilidad personal⁴².

No obstante, incluso dentro de estos límites, pueden apreciarse interpretaciones jurisprudenciales discutibles por su amplitud en relación con los delitos de calumnias e injurias a la corona. La STC 177/2015, de 22 de julio (NCJ060206) confirma la condena a dos sujetos que habían irrumpido (con el rostro tapado) en una concentración posterior a una manifestación celebrada en protesta de una visita real, y habían procedido a quemar una fotografía de gran tamaño de los reyes colocada boca abajo, mientras eran jaleados. Considera el Tribunal Constitucional que cuando una idea u opinión se manifiesta mediante la destrucción de elementos con un valor simbólico, debe atenderse especialmente a las circunstancias del caso (FJ 4.º), y considera, en consecuencia, que la escenificación del acto simbólico «traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte»⁴³. Dicha interpretación del Tribunal Constitucional es completamente discutible, en la medida en que la colocación boca abajo y quema de una fotografía de los reyes no implica, necesariamente, la voluntad de ajusticiarlos, pudiendo desde luego significar la voluntad de poner fin al sistema monárquico (como señala en su voto particular el magistrado Xiol Ríos). Estima, en consecuencia, el Tribunal Constitucional que el acto es «no solo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la creación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio», y tiene particularmente en cuenta la falta de espontaneidad de los recurrentes (argumento nada convincente)⁴⁴. Es difícilmente admisible la interpretación

⁴⁰ SAN 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 2.º

⁴¹ Aunque Rebollo Vargas (2009, p. 201) hace referencia a la sentencia de apelación.

⁴² SAN 4/2017, de 21 de febrero, FJ 2.º

⁴³ STC 177/2015, de 22 de julio (NCJ060206), FJ 4.º

⁴⁴ STC 177/2015, de 22 de julio (NCJ060206). Voto particular que formula el magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos.

desarrollada por el Tribunal Constitucional, pues es perfectamente plausible que la acción realizada por dos personas opuestas a la institución monárquica significase algo más que una crítica al sistema, que desde luego debería estar sobradamente admitida por el derecho a la libertad de expresión.

Por otra parte, la SAN 4/2017, de 21 de febrero (ya citada en relación con el delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas del terrorismo) condena también por calumnias e injurias graves al rey y a los miembros de la familia real, del artículo 490.3 del CP, al músico conocido como Valtoryc por diferentes expresiones, entre las cuales se encuentran algunas referencias a la falta de carácter democrático de la figura del monarca («no es democrático, es un dictador enmascarado»), la importancia que atribuía Juan Carlos I a los derechos humanos y a la relación con determinados países y los convenios relativos a la compraventa de armas (aunque también se incluyen diversas expresiones muy insultantes de algunos miembros de la familia real que no hace falta reproducir aquí). Concluye la sentencia que «todas estas expresiones [...] constituyen un "ataque personal gratuito a su reputación como persona", "afectan a los aspectos íntimos de la vida privada del monarca" y de su familia, "atacan a la honorabilidad personal" y obviamente no son necesarios para criticar el sistema monárquico ni para defender la República» (SAN 4/2017, de 21 de febrero, FJ 2.º). Sin embargo, desde luego, las expresiones relativas a la relación entre la monarquía y la democracia, los derechos humanos y las relaciones con otros Estados no deben considerarse excluidas de la crítica a la propia institución y por tanto tampoco del derecho fundamental a la libertad de expresión (sin perjuicio de que otras de las expresiones vertidas sí pertenecen claramente al ámbito de la vida privada y son especialmente insultantes, en particular, las vertidas en relación con una de las entonces infantas).

Expresiones y manifestaciones como las mencionadas en este apartado son parte de la crítica a la institución y pertenecen, por tanto, al ámbito propio de la libertad de expresión –y, más específicamente, en algunos de los casos, a la libertad de producción y creación artística–. Como se ha expuesto ya, aunque el insulto no queda legitimado por la libertad de expresión, tampoco el buen gusto es un límite a la misma. En nuestro Estado democrático y de derecho la admisibilidad de las diversas opiniones, por soeces o malsonantes que sean, son parte indispensable de los valores superiores del ordenamiento jurídico que recoge el artículo 1.1 *in fine* de la Constitución: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Y este es el sentido en que se pronunciaba el Tribunal Constitucional en la STC ya citada 23/2010 (NCJ052093), cuando señalaba que «el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales» al derecho a la libertad de expresión, derecho que no se puede someter a límites de rango infraconstitucional. En definitiva, es particularmente importante que se restrinja mucho más el ámbito de aplicación de los delitos mencionados, pues parece que en lugar de proteger el honor de la Jefatura del Estado como titular o representante del poder que emana del pueblo, se está protegiendo, en realidad, la interdicción del mal gusto en las expresiones o representaciones relativas a la Corona –lo que, desde luego, no es un bien jurídico digno de protección penal que pueda preponderar sobre la libertad de expresión–.

3. Difusión de *fake news* y la libertad de información

La situación absolutamente excepcional que ha despertado la pandemia de la covid-19 ha puesto en el disparadero el asunto de la difusión de «bulos» en redes sociales en relación con informaciones tan sensibles como las sanitarias. La cuestión de las noticias falsas o *fake news*, y su difusión masiva a través del uso de *bots* en redes sociales ya había generado un importante debate, en particular en relación con su uso por partidos políticos de todo el mundo como propaganda de sus ideas. Sin embargo, ahora ha cobrado mucha más trascendencia en España. De hecho, el Centro de Investigaciones Sociológicas incluyó en una encuesta la siguiente pregunta: «¿Cree usted que en estos momentos habría que prohibir la difusión de bulos e informaciones engañosas y poco fundamentadas por las redes y los medios de comunicación social, remitiendo toda la información sobre la pandemia a fuentes oficiales, o cree que hay que mantener la libertad total para la difusión de noticias e informaciones?». No le falta razón a Grijelmo (16 de abril de 2020), que señala que se trata de una pregunta «mal redactada, mal formulada y claramente manipuladora», dado que no existe dicha libertad total para la difusión de noticias e informaciones.

Desde luego, la difusión de «noticias falsas» –mejor dicho, de «informaciones falsas», porque no siempre son noticias, y, en ocasiones, se restringen a un comentario en una red social que se vuelve viral– se encuentra extramuros del derecho fundamental a la libertad de información por el requisito de veracidad y de contraste de la información que se impone al contenido de dicha libertad. Aunque la difusión se lleva a cabo, en muchas ocasiones, a través de cuentas en redes sociales de individuos particulares, ajenos a la profesión periodística, ello no es óbice para considerar que el contenido de dicha difusión es propio de la libertad de información por la titularidad de quien la desarrolla, dado que nuestra jurisprudencia ha considerado que son titulares de la libertad de información todos los ciudadanos (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.º).

En cualquier caso, no hay que olvidar que nuestro Código Penal ya castiga conductas específicas que suponen un límite legítimo a las libertades de expresión e información (límite que se identifica con el apartado 4 del art. 20 de la Constitución): los delitos de injurias y calumnias (por otra parte, los únicos delitos privados que subsisten en nuestro Código Penal).

Además, el que una conducta se encuentre extramuros de la libertad de información no significa que deba ser punible. De hecho, para ser compatible con la libertad de información, un delito que sancionara penalmente el «bulo» tendría que cumplir dos condiciones: estar justificado por la relevancia de bienes jurídicos que prevalecieran sobre la libertad de expresión en el caso concreto y ser especialmente restrictivo en los requisitos de lesividad y difusión. No debe considerarse tan a la ligera la posibilidad de punir las noticias falsas (en general). Las conductas sancionadas deben proteger un bien jurídico que se estime predominante en relación con la libertad de expresión. Ello debería restringir, en su caso, el tipo penal a la emisión de noticias falsas por una persona jurídica dedicada a la difusión de información (porque tienen mayor capacidad de controlar la dimensión de la difusión de información), con capacidad

y medios suficientes para una amplia difusión (lo que hace previsible la trayectoria de la difusión), con conocimiento de su falsedad y con voluntad de causar un grave daño que afecte a un gran número de personas (exigiéndose un elemento subjetivo específico), y exigiéndose que se haya producido, en consecuencia, un daño considerable a nivel sanitario o económico (configurándolo como un delito de lesión). Serían ejemplos de ello la difusión de bulos por grandes medios de información relativos al tratamiento aplicable a una enfermedad pandémica o a la obediencia a las normas impuestas por las autoridades sanitarias para evitar efectos perniciosos de una epidemia, siempre que tuvieran una alta capacidad de difusión, conocimiento de la falsedad de la información y con voluntad de causar un desastre sanitario (p. ej. colapsando los hospitales); o la difusión de informaciones falsas relativas a la disponibilidad de dinero en los bancos que produjese una oleada de pánico bancario (retirando los ciudadanos masivamente su dinero de los depósitos bancarios), y se realizase con la finalidad de causarlo.

No obstante, ni siquiera un tipo penal tan restrictivo justifica una restricción de la libertad de información a través de la aplicación del *ius puniendi* estatal. En cambio, en lugar de aplicar el Estado el poder punitivo a quienes difunden informaciones falsas en redes sociales, debería otorgar a sus ciudadanos la capacidad de discernir qué información es falsa y qué información no lo es, particularmente para cuestiones importantes. Esta sería una manera menos lesiva de actuar frente a los daños masivos que pueden producir determinadas informaciones falsas (y, probablemente, más eficaz para prevenirlo). Por tanto, el principio de intervención mínima excluiría la aplicación del derecho penal para la represión de la mera difusión de *fake news*.

4. Conclusiones

El Derecho no tiene la tarea de imponer o reforzar la moral (Ferrajoli, 2012, p. 109). En cambio, debe existir una separación axiológica entre ambos, que es particularmente importante en relación con la mayor expresión de poder punitivo estatal, el derecho penal. Ello lleva consigo que solo puedan ser legítimos los castigos de conductas externas y lesivas para bienes jurídicos dignos de protección penal. El principio de lesividad, derivado de dicha separación entre derecho y moral, opera como *prius* lógico del principio de proporcionalidad, que –a su vez– opera, como explica Vives Antón (2011, p. 821), como «un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones concretas de normas constitucionales». En este trabajo se ha visto que la falta de lesividad suficiente de muchas figuras hace incompatible su mantenimiento con el respeto a la libertad de expresión. En particular, ello determina que los delitos de propaganda del terrorismo, enaltecimiento del terrorismo y de delitos cometidos por motivos discriminatorios no estén justificados, y menos dada su redacción actual, como tampoco lo está la incorporación de un delito de exaltación del franquismo ni de delitos contra noticias falsas. Esta es la única opción admisible, y más teniendo en cuenta que este Estado afirma que no se configura, como ha señalado el Tribunal Supremo, como una «democracia militante» (v. gr. STC 235/2007 [NCJ043010]).

Por otra parte, en todas las figuras expuestas en este trabajo (y, en particular, en las que se ha expuesto que vulneran el derecho a la libertad de expresión) sería mejor invertir en la educación en democracia, respeto, dignidad, civismo y en uso de redes sociales.

Además, la punición de los delitos de enaltecimiento y propaganda del terrorismo, enaltecimiento, negación o trivialización de los delitos de genocidio, lesa humanidad y conflicto armado, y de los delitos de enaltecimiento o justificación públicos de delitos cometidos contra grupos o integrantes de los mismos por motivos discriminatorios, se ha considerado justificada al considerarse las conductas penadas como integrantes del discurso del odio. Sin embargo, como se ha indicado ya, tan artificiosa separación entre el discurso del odio y el discurso que es manifestación de la libertad de expresión no es útil y es muy peligrosa, porque el «odio» es un sentimiento, que puede ser juzgado por criterios morales, pero no a través de mecanismos jurídicos. En definitiva, en democracia «el pensamiento no delinque».

Referencias bibliográficas

- Arroyo Zapatero, L. (2013). La armonización internacional del Derecho penal. Hechos, actores y procesos en los caminos de la armonización. En J. L. de la Cuesta Arzamendi *et al.* (Dir.), *European Inklings*, 2, Armonización penal en Europa. IVAP.
- Cancio Meliá, M. (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus.
- Cancio Meliá, M. (2013). El Derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea. En J. L. de la Cuesta Arzamendi *et al.* (Dir.), *European Inklings*, 2, Armonización penal en Europa, 304-325. IVAP.
- Cancio Meliá, M. (2016). El derecho penal antiterrorista español tras la reforma del 2015. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, 5, 35-58.
- Cancio Meliá, M. (15 de febrero de 2021). Crimen y palabra. *El País*. (Publicado en Diario del Derecho, Iustel, RI §1208037).
- Cancio Meliá, M. y Díaz López, J. A. (2019). *¿Discurso del odio y/o discurso terrorista?* Thomson Reuters Aranzadi.
- Caruso Fontán, M. V. (2007). Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales. *Revista Penal*, 2.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*, 79.
- García Albero, R. (2016). Artículo 579. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*. Aranzadi.
- Giménez García, J., Arts. 571 a 580. En C. Conde-Pumpido Tourón, *Comentarios al Código Penal* (pp. 3.706-3.710). Bosch.
- González Cussac, J. L. (2016). *Derecho penal, parte especial* (Coord.). Tirant lo Blanch.
- Grijelmo, Á. (16 de abril de 2020). Una pregunta manipuladora y mal redactada. *El País*.
- Junquera, N. (19 de enero de 2017). La nieta de Carrero Blanco ve «un disparate» pedir cár-

- cel por unos tuits sobre su abuelo. *El País*. https://elpais.com/politica/2017/01/18/actualidad/1484771677_648133.html.
- López Guerra, L., Espín, E. y García Morillo, J. (2018). *Derecho constitucional, I*. (11.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Luzón Cuesta, J. M. (2018). *Compendio de Derecho penal. Parte especial*. Dykinson.
- Luzón Cuesta, J. M. (2018). *Compendio de Derecho penal. Parte general*. Dykinson.
- Marcos, J. (10 de febrero de 2020). El PSOE quiere que la apología y exaltación del franquismo sean delito. *El País*. https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216_800783.html.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Murphy, C. C. (2015). *EU counter-terrorism law. Pre-emption and the rule of law. Expanded edition*. Bloomsbury Publishing.
- Pena González, W. (2019a). El delito de enaltecimiento del terrorismo: «Derecho penal» del enemigo. *Revista CEFLegal*, 221.
- Pena González, W. (2019b). *El concepto de terrorismo*. Ratio Legis.
- Pena González, W. (2019c). La provocación al terrorismo en la UE y España: Anticipación, expansión y extralimitación. *Revista Unión Europea Aranzadi*, 11.
- Pérez Cepeda, A. I. (Dir.). (2018). *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*. Tirant lo Blanch.
- Pinheiro, M. (24 de marzo de 2017). La Audiencia Nacional reprocha a la Guardia Civil sus métodos de investigación en Twitter. *Eldiario.es*. https://www.eldiario.es/politica/Audiencia-Nacional-Guardia-Civil-Twitter_0_625738197.html
- Rebollo Vargas, R. (2009). La portada de la revista «El Jueves» ante la justicia: el heredero de la corona como «vago voluptuoso y codicioso». En L. R. Ruiz Rodríguez y M.ª J. Ruiz Fernández (Dir.), *El arte a juicio* (pp. 193-204).
- Rodríguez Montañés, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*. Tirant lo Blanch.
- Ruiz Landaburu, M. J. (2002). *Provocación y apología: delitos de terrorismo*. Colex.
- Sánchez Muñoz, Ó. (2018). La libertad de comunicación. En P. Bigliano Campos, J. M. Bilbao Ubillos, F. Rey Martínez, et al. (Coords.), *Lecciones de Derecho Constitucional*. (2.ª ed.) (libro electrónico).
- Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Cuadernos Civitas.
- Vicente Martínez, R. de (2018). *Discurso del odio*. Tirant lo Blanch.
- Vives Antón, T. S. (1995). La libertad de expresión e información: límites penales. En M. Ramírez Jiménez (Coord.), *El derecho a la información. Teoría y práctica*. Libros Pórtico.
- Vives Antón, T. S. (2011). *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. Tirant lo Blanch.