

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª),
2 de noviembre de 2016
[ROJ: STS 4714/2016]**

**LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO DE ENALTECIMIENTO
AL TERRORISMO Y EL MENOSPRECIO A SUS VÍCTIMAS**

El Tribunal Supremo mediante Sentencia núm. 820/2016, Rec. 698/2016, de la cual fue ponente don Antonio del Moral García, desestima el recurso de casación interpuesto en contra de la condena proferida el 01/03/2016 por la Audiencia Nacional (Sección Segunda) a CELSO, por el delito de *Enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas* previstos en el Código Penal, arts. 578 y 579.2. Según los hechos probados, desde el año 2010 el condenado era parte de algunas redes sociales utilizando el perfil CELSO, a través del cual desplegó una intensa actividad que se concretó en la publicación de plurales mensajes, videos e imágenes relacionados con grupos terroristas (en particular con ETA), su lucha armada y sus integrantes. De igual manera, participó públicamente en diversas actividades para homenajear a integrantes del grupo y menospreciar a sus víctimas. En la sentencia, el Tribunal estudia tres temas: en primer lugar, la tensión constitucional que se produce entre los derechos constitucionales a la libertad de expresión e ideología, y la consideración como delito de algunas expresiones, en particular las manifestaciones de odio y apología al terrorismo o de humillación a las víctimas. En segundo lugar, se acota el fundamento material para castigar estos comportamientos delictivos. Finalmente, en tercer lugar, la sentencia se refiere a la prueba del dolo típico, la inexistencia de elementos subjetivos especiales y a la eficacia de justificaciones posteriores a la difusión pública de los mensajes criminalizables, con el fin de analizar la posibilidad de atenuar la pena con fundamento en el artículo 579 bis del Código Penal.

1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSOS DE ODIO

El recurso plantea como un único motivo de casación de la Sentencia la lesión de los derechos constitucionales a la libertad ideológica y de expresión (CE, arts. 16 y 20), por la aplicación indebida del artículo 578, que dispone castigar el delito de *Enaltecimiento al terrorismo y menosprecio a las víctimas del delito*. En este sentido, se indica que no basta para condenar la adecuación formal del comportamiento al tipo penal correspondiente, ni para absolver con la simple invocación del derecho a la libertad ideológica o de expresión que, de ser aplicables al caso, se podrían reconocer como una causa de exclusión de la antijuridicidad (CP, artículo 20.7), es decir, como el ejercicio lícito de un derecho constitucional (v. SSTC 104/1986 de 13 de agosto; 105/1990 de 6 de junio; 85/1992 de 8 de junio; 136/1994 de 9 de mayo; 297/1994 de 14 de

noviembre; 320/1994 de 28 de diciembre; 42/1995 de 18 de marzo; 19/1996 de 12 de febrero; y 232/1998 de 30 de diciembre, entre otras; y STS 676/2009 de 5 de junio).

Precisamente, a partir de una extensa línea de jurisprudencia, el Tribunal considera que la libertad de expresión, aunque es un derecho constitucional bajo protección reforzada respecto a las posibles limitaciones dispuestas por el Estado y los particulares, no es un derecho absoluto frente a necesidades sociales imperiosas o la protección de la dignidad humana (STS 112/2016 de 20 de junio; CEDH, arts. 10 y 17; STDH de 2 de octubre de 2008, *Leroy vs. France*, § 43, entre otras). Es más, constituye un presupuesto ineludible para consolidar una sociedad democrática, fortalecer las libertades constitucionales, formar la opinión pública, garantizar el pluralismo deliberativo y, sobre todo, permitir un control responsable no institucional de las instancias públicas.

Así, como regla general que admite excepciones, el pluralismo democrático y la tolerancia le impedirían al Estado censurar, controlar o sancionar de manera irrazonable y desproporcionada la expresión y defensa de ideas o doctrinas que, incluso planteadas por fuera del marco constitucional o contrarias a los deseos de la mayoría, solo constituyan pensamientos, críticas u opiniones públicas discrepantes (expresiones subjetivas discordantes), siempre y cuando se encuadren en el intercambio de ideas políticas en un contexto histórico o social determinado. Consecuentemente, la desviación de este fundamento democrático podría sobrellevar la declaración de responsabilidad penal legítima de un ciudadano. Sin embargo, para ello sería ineludible que la valoración del juez permita concluir (con base en el principio *in dubio pro libertate*) que la exaltación del terrorismo o la degradación de las víctimas desborda los límites del ejercicio legítimo de la libertad de expresión; límites que proceden del postulado de proporcionalidad y se hallan en la prohibición de realizar declaraciones públicas que favorezcan, apoyen, provoquen, promuevan, justifiquen o refuercen la existencia de grupos terroristas, a sus miembros o sus métodos de lucha armada sostenida y permanente, legitimando y normalizando nuevas acciones terroristas que produzcan miedo colectivo, o actos (incluso privados, directos o indirectos) que provoquen menosprecio, calumnias o injurias sobre la dignidad de una víctima, un grupo de ellas o sus familias; o que vulneren su derecho individual o colectivo a vivir sin humillaciones o descrédito moral.

A tal efecto, el examen sobre las expresiones criminalizables del autor, que se ponderan con el ejercicio de la libertad de expresión (u otros derechos, valores y principios constitucionales), debe tener en cuenta, sobre todo en los casos de humillación a las víctimas, el contexto o escenario en el cual se producen; la complejidad y el sentido social, lingüístico y simbólico de la expresión utilizada; la intención vejatoria u hostil de los actores; las circunstancias antecedentes y concomitantes al momento de la expresión, y el grado de difusión que tienen dentro del ámbito cultural en donde se materializan (STS 224/2010 de 3 de marzo, 585/2007 de 20 de junio y 21/2011 de 2 de febrero). Se trata, entonces, de no desnaturalizar la libertad de expresión.

2. FUNDAMENTO DE CASTIGO DEL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO Y HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS

En segundo lugar, según lo dispone la STS 656/2007 de 17 de julio, reiterada en esta sentencia, el delito de enaltecimiento al terrorismo procura reforzar la tutela frente a actos de naturaleza apologética, que justifiquen o elogien actos delictivos de terrorismo o loen miembros de estas organizaciones. A su turno, los delitos de humillación buscan proteger los derechos humanos y en particular la dignidad y la honra de las víctimas del terrorismo y sus familias. Se concluye que ambas fenomenologías delictivas serían una modalidad político-criminal del denominado «discurso de odio»; esto es, la difusión directa o indirecta de mensajes y amenazas que incitan o estimulan la violencia terrorista u hostigan, hostilizan o discriminan de manera arbitraria a colectivos vulnerables y dañan su buen nombre o imagen social. Se alude así al castigo de expresiones contrarias a la tolerancia incluyente, al pluralismo social y a la dignidad humana que, en un Estado democrático, ponen en riesgo el sistema de libertades de los ciudadanos (STC 112/2016 de 20 de junio y 177/2015 de 22 de julio; Convenio del CE para la prevención del terrorismo, BOE núm. 250 de 16 de octubre de 2000, artículo 5.1 y 5.2; STDEH de 20 de enero de 2000, *Hogefeld c. Alemania*), y debido a ello quedan por fuera del ejercicio legítimo de las libertades de expresión e ideología (v. SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turquía* y de 4 de diciembre de 2003, *Müslüm vs. Turquía*; STC 235/2007 de 7 de noviembre; STS 812/2011 de 21 de julio). Según la jurisprudencia, el Estado incluso tiene el deber de prevenir expresiones que no se ajustan a opciones políticas legítimas ni promueven un cambio del sistema social, considerada la opinión de un espectador equilibrado.

En el caso concreto, el Tribunal encontró probada la participación del condenado como autor de un delito de *Enaltecimiento al terrorismo y humillación a las víctimas* no solo por el hecho de consignar en las redes sociales mensajes de la naturaleza descrita, sino también al participar como orador en un evento colectivo que homenajeara a un miembro de ETA y señalaba como imprescindible la lucha armada terrorista y violenta, en un contexto de odio e intolerancia que justificaba y promovía públicamente el accionar delictivo en contra del sistema democrático y hostilizaba a las víctimas. Actuaciones que se encuentran por fuera del derecho legítimo a la libertad de expresión, precisamente, por la necesidad de prevenir de manera objetiva y comunicacional la creación de ambientes favorables para perpetuar y provocar el terrorismo. La sentencia finalmente asume una justificación similar a la que se sustenta a nivel internacional para prohibir la apología a la guerra, el genocidio e incluso la pornografía infantil.

3. ELEMENTOS SUSTANTIVOS Y PROBATORIOS DE LOS DELITOS DE ENALTECIMIENTO AL TERRORISMO Y HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS

En tercer lugar, la sentencia realiza algunas precisiones relacionadas con los ilícitos analizados, de la siguiente manera. *Primero*, advierte que basta, para acreditar el dolo, el hecho de que el sujeto conozca individual y contextualmente el carácter humillante o laudatorio de las expresiones, y las difunda públicamente como locuciones suyas. Aclara que estos delitos carecen de elementos subjetivos especiales como los ánimos dirigidos a humillar, degradar o discriminar a las víctimas del terrorismo. *Segundo*, precisa que las dilucidaciones *a posteriori* sobre el contenido y las circunstancias de las expresiones criminalizadas no tienen la capacidad de desvirtuar la carga ofensiva para las víctimas y encomiástica del terrorismo, pues sus receptores realmente no percibieron dichos matices y explicaciones como parte del mensaje original del autor. *Tercero*, reconoce que en los delitos de expresión es más difícil probar la inocencia del autor y eludir la sanción, debido a que el mensaje ha quedado fijado por sus propios límites y su significado. Desde luego, ello no representa una prueba imposible ni una inversión de la carga de la prueba. *Cuarto*, en materia de concursos, aclara que si se presentan ambas modalidades delictivas se produce un concurso aparente, es decir, un único delito con distintas manifestaciones y no un concurso real o ideal de delitos. Finalmente, *quinto*, advierte que, al tratarse de una conducta realizada a través de mensajes plurales que comporta la adecuación de ambas modalidades típicas, no es posible devaluar la gravedad del comportamiento y aplicar, en lo que sería una verdadera *lex tertia* o *ad hoc*, la atenuante prevista en el nuevo artículo 579 bis.

Ricardo POSADA-MAYA
Profesor de Planta de la Universidad de Los Andes, Bogotá-Colombia
rposada@uniandes.edu.co