

Límites penales a la libertad de expresión: sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales

Free speech criminalisation: the exaltation of terrorism offences through social networks

Jorge Correcher Mira
Departamento de Derecho Penal
Facultat de Dret
Universitat de València

RESUMEN.

El presente artículo reflexiona sobre la creación mediante las redes sociales de un nuevo espacio de control social, denominado *panóptico digital*. En este contexto, son analizados los límites a la libertad de expresión que representa la reforma introducida en los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas mediante la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo. Sobre esta cuestión, son consideradas las deficiencias presentadas por la nueva redacción del precepto, que viene a configurar un régimen donde el rigor punitivo parece ser la norma, como muestra la posibilidad de agravar la pena cuando estos comportamientos sean realizados mediante el uso de redes sociales.

PALABRAS CLAVE.

Enaltecimiento del terrorismo, humillación a las víctimas, redes sociales, libertad de expresión, control social

ABSTRACT.

This paper presents a reflection about the creation through the social networks of a new social control area, called *digital panopticon*. In this context, the limitations to free speech have been analysed, according to the reform stated in the terrorism exaltation and victims' humiliation crimes by means of the Act 2/2015 about terrorism crimes. With this purpose, the failures in its legal framework are considered, taking into account the creation of a set of rules where punitivism is the guideline, as shows the possibility to harsh punishment when these behaviours are done by means of social networks

KEY WORDS.

Terrorism exaltation, victims' humiliation, social networks, free speech, social control

Sumario 1. Notas preliminares; 2. Las redes sociales como una nueva cultura de la vigilancia: el *panóptico digital*; 3. La reforma del artículo 578 por la LO 2/2015 en materia de terrorismo; 4. La interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas en los casos Zapata, Strawberry y Casandra: entre el activismo judicial y la inseguridad jurídica; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

1. Notas preliminares

La Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, supuso la introducción de una serie de reformas en el Código penal en materia de delitos de terrorismo. Estas modificaciones se vieron especialmente determinadas por las amenazas que el terrorismo internacional de carácter yihadista planteaba desde la perspectiva de la prevención y persecución de los nuevos métodos utilizados para la captación, adiestramiento y organización de grupos terroristas de alcance internacional, así como la difusión y ensalzamiento de su mensaje. En este sentido, ésta podría ser catalogada como la primera reforma antiterrorista en el ordenamiento jurídico español que, a diferencia de las anteriores, no justifica una extensión de los comportamientos tipificados o un mayor punitivismo en materia de delitos de terrorismo por la actividad armada de ETA, sino por la alarma social creada como consecuencia de los atentados yihadistas en territorio europeo. Sobre esta cuestión, puede remarcarse la influencia que el ataque a la sede parisina de la revista satírica Charlie Hebdo tuvo sobre esta reforma, en la medida en que por sus formas y la difusión dada en los medios de comunicación, además de porque ocurrió a pocos meses de la revisión del pacto antiterrorista, permitió desactivar el debate político-criminal sobre la necesidad y alcance de las modificaciones introducidas, en favor de la defensa a ultranza de la seguridad que puede aportar un punitivismo que, como veremos a continuación, termina limitando el ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía.

Además de la referencia a la influencia del terrorismo yihadista en la LO 2/1015, puede destacarse la mención expresa en el preámbulo a la importancia de Internet como herramienta de difusión y expansión de las actividades o el mensaje terrorista. Como puede verse, la LO 2/2015 remite a la Decisión Marco 2008/19/JAI por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. Concretamente, por lo que respecta a la utilización de Internet puede citarse el punto 4 del preámbulo de la Decisión Marco 2008/19/JAI:

“Internet se utiliza para inspirar y movilizar a redes terroristas locales e individuos en Europa y también sirve de fuente de información sobre medios y métodos terroristas, funcionando por lo tanto como un *campo de entrenamiento virtual*. Por ello, las actividades de provocación a la comisión de delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas se han multiplicado con un coste y unos riesgos muy bajos”.

En este contexto, la LO 2/2015 establece una serie de modificaciones en el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, considerando respecto de su realización la posibilidad de incluir una modalidad agravada cuando ésta sea perpetrada mediante el uso de servicios accesibles a través de internet. Así las cosas, conectando con estas notas preliminares, puede advertirse que se partirá de un análisis crítico del delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas como modalidad de los llamados *delitos de opinión*, considerando que el contexto de alarma social descrito respecto de la prevención y persecución del terrorismo yihadista ha permitido una nueva vía de entrada para la expansión de un subsistema penal de un marcado carácter punitivista, hasta el punto de limitar el ejercicio de la libertad de expresión de los ciudadanos.

En este supuesto, lo que parece indicar la praxis judicial respecto de la aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo, previa a la entrada en vigor de la LO 2/2015, es que siguiendo estos derroteros, la agravación introducida en la reforma, motivada *ex ante* por el terrorismo internacional, puede ser utilizada para una criminalización de aquéllas opiniones que nada tienen que ver con la exaltación del yihadismo como forma de terrorismo internacional. Sobre esta cuestión, se considerará el art. 578 CP en relación con la tendencia político-criminal dominante en materia de terrorismo, caracterizada no sólo por el rigor punitivo, sino por la neutralización o aislamiento del contenido ideológico o político que se encuentra detrás de estos comportamientos¹. Como consecuencia de esta expansión, puede observarse de qué manera el art. 578 CP termina siendo un cajón desastre que permite la criminalización del disenso político a partir de una aplicación de la categoría de *enemigo interno* que rebasa al terrorista y termina instrumentalizando su contenido para criminalizar la conducta

¹ Cfr. MIRA BENAVENT, F.J. “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, en *Terrorismo y contraterrorismo en el Siglo XXI. Un análisis penal y político criminal* (G. Portilla Contreras/A.I. Pérez Cepeda Dirs.), Ratio Legis, Salamanca, 2016, p. 108.

de aquellos colectivos que manifiestan una posición de disenso respecto del pensamiento político y cultural hegemónico.

2. Las redes sociales como una nueva cultura de la vigilancia: el *panóptico digital*

Como se ha puesto de manifiesto, Internet juega un papel preponderante en la reciente modificación introducida en materia de terrorismo por la LO 2/2015. Concretamente, como se analizará detenidamente con posterioridad², supone una redefinición del delito de enaltecimiento del terrorismo, especialmente en los supuestos donde la realización del tipo delictivo mediante el uso de las redes sociales puede suponer una agravación de la pena. Sobre esta cuestión, cabe preguntarse si el uso masivo de Internet puede suponer la creación de nuevos espacios de control social, de un *panóptico digital* en palabras del filósofo surcoreano Byung-Chul Han³. En este sentido, se considerará este contexto como marco metodológico a partir del cual analizar críticamente la redacción típica del delito de enaltecimiento del terrorismo en el art. 578 CP.

La formulación del *panóptico* tiene sus raíces en la obra del filósofo utilitarista Jeremy Bentham⁴ cuya aplicación material al ámbito del control social se plasmó en la organización y edificación *panóptica* de aquellos entornos que requieren de una vigilancia constante. Su máximo exponente, en consecuencia, lo encontramos en las centros penitenciarios de estilo *panóptico*⁵, caracterizados por una construcción de tipo circular en la que los reclusos, desde sus celdas, se sienten vigilados permanentemente desde la torre central de vigilancia, pese a ignorar si efectivamente hay dentro alguien supervisando. Así pues, el valor de dicho diseño arquitectónico reside, precisamente, en el establecimiento de una sensación permanente de vigilancia para los sometidos a la misma, en este casos presos, incluso en aquellos momentos en los que no haya nadie ejerciendo una labor de control. En consecuencia, la importancia de la obra de Bentham, no se encuentra en la propuesta de un modelo capaz de vigilar efectivamente a todo el que se sienta sometido a el mismo, sino en la capacidad de generar una sensación permanente

² Vid., *infra* 3. La reforma del artículo 578 por la LO 2/2015 en materia de terrorismo

³ Cfr. *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013.

⁴ Cfr. *Panóptico*, Círculo de Bellas Artes, Madrid, 2011.

⁵ Cfr. RENDUELES, C. *Sociofobia. El cambio político en la era de la utopía digital*, Capitán Swing, Madrid, 2013, p. 26.

de control sobre aquéllos que se sienten vigilados incluso cuando no lo están siendo, gracias al panóptico, que actúa por si mismo como una herramienta de control⁶.

Partiendo de los presupuestos anteriores, el filósofo francés Michael Foucault, en su obra *Vigilar y castigar*⁷, revisita la teoría del control social para, a través de las nociones de poder disciplinario y vigilancia jerarquizada, aplicarlo al contexto del poder punitivo. Como novedad, su argumentación pivota sobre la existencia de un único poder de control sobre la figura de los reclusos, negando la distinción entre el control social formal e informal, reconociendo un único modelo de vigilancia jerarquizada funcional, a través de un ejercicio crítico del control social de vigilar y castigar. Este único poder actuaría física y psicológicamente sobre los reclusos, quienes quedan sometidos a un permanente control siguiendo el orden funcional de la vigilancia jerarquizada. Este tipo de vigilancia, se ejercería, no sólo por los mecanismos tradicionales de coerción (control social formal), sino también y de modo complementario, por parte del resto de instituciones tradicionales de control social informal como puede ser la familia, la educación o el trabajo.

La revisitación del *panóptico* por Foucault supone una evolución del *control permanente* anterior dado que ahora se democratiza el poder de vigilar y castigar, que se hace extensivo al conjunto del medio social, en lugar de quedar éste a disposición de una pequeña concentración de fuerzas. En consecuencia, la *vigilancia jerarquizada* permite al medio social actuar en los mismos términos para los que fue diseñada la edificación panóptica de Bentham, imponiéndose el panóptico más allá de un espacio cerrado de internamiento.

Un tercer y último estadio en la aproximación del *panóptico*, ha sido desarrollada por el filósofo surcoreano Byung-Chul Han que, en su obra *La sociedad de la transparencia*⁸, revisita de nuevo las construcciones anteriores para adaptarlas al contexto de la revolución digital. Esta nueva revisión, aporta y se auxilia de la noción de *panóptico digital* para ejemplificar los cambios en el modelo de vigilancia anterior introducidos como consecuencia de la revolución tecnológica y el empleo,

⁶ Cfr. *Sociofobia. El cambio político en la era de la utopía digital*, ob. cit., p. 27.

⁷ *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid, 2009.

⁸ Cfr. *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013.

tratamiento y almacenamiento masivo de datos de carácter personal en el contexto de lo que ha sido denominado Big data.

En este nuevo contexto, Byung-Chul Han pone de relieve como, a diferencia de los contextos anteriores, aquí no se aplican medios de poder coactivo sobre las personas supervisadas, sino que son éstas quienes ejercen, muchas veces voluntariamente, la función de vigilarse entre sí. Así pues, en el *panóptico digital* no se requiere de construcciones arquitectónicas adhoc ni de medios informales de control informal sino que, en la interacción social del mundo digital, son los propios vigilados quienes asumen el rol del vigilante y del recluso sin la necesidad de aplicar una coacción jerárquica.

En este tercer estadio, el modelo de vigilancia totalizador se extiende a todas las facetas de la vida cotidiana pero, sin embargo y paradójicamente, ésta no se percibe como tal y, bajo la falsa libertad que aparentan conceder las nuevas herramientas tecnológicas, es la propia ciudadanía quien actúa como el *panóptico* de sí misma.

3. La reforma del artículo 578 por la LO 2/2015 en materia de terrorismo

De acuerdo con la redacción vigente tras la reforma operada por la LO 2/2015, el artículo 578 CP dispone lo siguiente en sus tres primeros apartados:

1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.
2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

Si bien la redacción del apartado primero mantiene la conducta típica respecto de los actos de enaltecimiento o justificación del terrorismo, además de aquéllos que suponen un menosprecio o humillación para las víctimas de actos terroristas, la LO 2/2015 ha introducido una modificación cualitativa que debe ser tenida en cuenta respecto del análisis de este precepto. En la redacción inicial del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, de acuerdo con la LO 7/2000 que modifica el Código penal, se entiende cometida la conducta típica de enaltecimiento correspondiente al art. 578.1 CP cuando dicha exaltación o justificación de la actividad terrorista, así como la humillación a las víctimas sea realizada “por cualquier medio de expresión pública o difusión”. De este modo, se entendía que la modalidad genérica del delito de enaltecimiento debía cometerse utilizando medios de expresión o difusión públicos que faciliten así dicha exaltación o justificación de la actividad terrorista. Sin compartir los fundamentos ni la necesidad de introducir dicha manifestación apologética *ad hoc* para los delitos de terrorismo mediante la LO 7/2000⁹, podía entenderse como inherente a los requisitos objetivos del tipo del art. 578.1 CP que la expresión de opiniones en que consiste el delito de enaltecimiento o humillación a las víctimas fuese realizado utilizando aquéllos medios que aseguraran la difusión pública de estas opiniones. Por lo tanto, se le atribuía al delito de enaltecimiento un necesario carácter público, para que así fuera posible reconocer los elementos objetivos del tipo genérico, esto es, la difusión exitosa en la esfera pública de un mensaje que ensalzara la actividad terrorista.

No obstante, la reforma operada mediante la LO 2/2015 ha supuesto una redefinición conceptual en la redacción típica del delito de enaltecimiento del terrorismo, la cual supone una modificación cualitativa en el tratamiento, tanto político-criminal como penológico, del art. 578.1 CP. Pese a mantener el enunciado que se castigará “el enaltecimiento o la justificación públicos” de los delitos de terrorismo, ha desaparecido de esta definición típica la referencia a que esta expresión pública deba ser llevada a cabo “por cualquier medio de expresión pública o difusión”, como quedaba recogido en la formulación original fruto de la LO 7/2000. En su lugar, el legislador penal ha optado por redactar un apartado segundo, donde se establece que la pena prevista en el art. 578.1 CP para el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 18 meses), se impondrá

⁹ Crítico con la introducción del enaltecimiento del terrorismo mediante la LO 7/2000, ALONSO RIMO, A. “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *Revista de Derecho penal y Criminología* (UNED), 3ª época, nº 4, 2010.

en su mitad superior “cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información”, estando la voluntad del legislador básicamente centrada en las redes sociales de consumo masivo.

De acuerdo con lo expuesto, el punto de crítica a la modificación del art. 578 CP mediante la LO 2/2015 parece claro: prácticamente ha quedado desvirtuado el contenido del art. 578.1 CP, en la medida en que difícilmente podrán hacerse públicos aquéllos actos de enaltecimiento o humillación a las víctimas que no sean expresados mediante el uso de servicios o contenidos puestos a disposición del público a través de medios de comunicación (televisión, prensa, radio), internet (redes sociales) o cualquier otro tipo de servicio derivado de las tecnologías de la información. Así las cosas, el apartado primero quedaría limitado a la difusión de opiniones emitidas públicamente ante una concurrencia de personas o, aunque pueda sonar paradójico, a la expresión pública de una opinión en un ámbito privado. Por lo demás, el tipo agravado del art. 578.2 CP pasaría a convertirse *de facto* en la modalidad genérica del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, tanto por la necesaria proyección pública establecida en los requisitos objetivos del tipo, como teniendo en cuenta que el contexto socio-comunicativo resultante de la revolución digital facilita que puedan apreciarse los delitos de enaltecimiento o humillación a las víctimas a través de la expresión de opiniones mediante las redes sociales. En consecuencia, el tratamiento jurídico-penal de este delito supondría llegar a una situación tal de absurdo que para reconocer los elementos objetivos del tipo genérico fuera necesario aplicar la modalidad agravada del delito. Una muestra más de la incoherencia del legislador penal español, como también lo es que en aplicación de este tipo agravado se impone la pena prevista para el art. 578.1 CP (prisión de 1 a 3 años) en su mitad superior, lo que podría suponer la entrada en prisión sin siquiera existir antecedentes penales por parte del ciudadano que comete este delito de opinión. Esto ocurría, por ejemplo, en la SAN 34/2017, de 4 de diciembre, en la que se condenaba a la pena de dos años y un día a los doce miembros del colectivo de raperos *La Insurgencia*¹⁰. No obstante, la pena fue reducida recientemente en apelación por la SAN 5/2018, de 14 de septiembre, limitándose a seis meses

¹⁰ Cfr. MIRA BENAVENT, F.J. “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional; ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales* (Alonso Rimo Dir.), Tirant lo Blanch, 2018, p. 313.

de prisión por entender que la desaparición del GRAPO, organización terrorista enaltecida en las letras del colectivo, suponía la reducción del peligro de la conducta apologética.

La agravación contenida en dicho apartado segundo no hace sino reforzar las propias dudas razonables expresadas por la doctrina respecto de la aceptación del enaltecimiento del terrorismo como conducta delictiva en los términos del art. 578.1 CP. En primer lugar, por los problemas que plantea su compatibilidad con la apología recogida en el art. 18 CP como acto preparatorio genérico, siendo el art. 578.1 CP una extensión ad hoc para la actividad terrorista, pero desprovista de los requisitos que establecen una aplicación judicial en términos estrictos de los comportamientos apologéticos, en tanto que para su apreciación es necesario reconocer una alabanza del delito o de la figura del delincuente que supusiera la creación de un contexto donde fueran promovidos deseos de emular este comportamiento, cuestión que no puede afirmarse respecto del art. 578.1 CP¹¹. En segundo lugar, atendiendo a los problemas que representa limitar el bien jurídico protegido en dichas conductas al daño o la indignación social que puede causar la expresión de una opinión que apoye la actividad terrorista u ofenda el sentir de las víctimas. En este sentido, la necesidad del castigo debe ser considerada a partir de una interpretación estricta de la preeminencia del principio de prohibición de exceso como marco de referencia de un concepto de Derecho penal limitado por los principios constitucionales. Esto debe ser así porque de lo contrario, si se permitiera una extensión del bien jurídico protegido en los delitos de enaltecimiento a cláusulas generales del tipo “daño social”, o incluso a la propia supresión del concepto de bien jurídico¹², se terminaría legitimando el castigo del propio contenido político o ideológico que pudiera ser coincidente con el que remotamente pudiera orientar una actividad terrorista.

¹¹ Como se pregunta ALONSO RIMO: ¿qué se castiga entonces con el tipo de apología del terrorismo previsto en este último precepto? ¿La *justificación* de un delito terrorista que no ‘puede resultar fecunda y generar deseos de emular’? ¿el *enaltecimiento* de su autor desprovisto de cualquier *peligro potencial* de determinar a la comisión de futuros delitos? ¿No implicaría esto castigar la expresión de una mera opinión o adhesión ideológica, o de una simple –y aunque desafortunada- manifestación de solidaridad?”. Cfr. “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, ob. cit., p. 36; En sentido similar, CUERDA ARNAU, M. L. “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, *Estudios de derecho judicial*, nº 128, 2007, pp. 105 ss.

¹² Como señala PORTILLA CONTRERAS, esta sería una propuesta próxima a los postulados del neofuncionalismo sistémico, a partir de una suerte de *autolegitimación normativa* que posibilita la asunción de unos presupuestos técnicos donde subyacen, desde su fundamentación ontológica, una serie de intereses ligados a la consideración de la norma como *expectativa de conducta institucionalizada*. Cfr. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *Revista General de Derecho penal*, nº 4, 2000, p. 2.

Sobre esta cuestión, podría mantenerse la referencia al principio de prohibición de exceso para analizar la redacción típica del art. 578 CP en relación con la llamada *función dogmática del efecto de desaliento*¹³, esto es, considerando las limitaciones en los derechos y libertades fundamentales, libertad de expresión en este caso, que derivan de la sanción desproporcionada de comportamientos conectados con la expresión de opiniones en que consiste en última instancia el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. De este modo, considerando la crítica a la indeterminación del art. 578 CP como forma apologética específica, desconectada de lo dispuesto en el art. 18.1 CP para la modalidad genérica de la apología, el delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas experimenta una flexibilización favorecida por su desconexión con la categoría del bien jurídico.

Así las cosas, esta extensión permite incluir dentro del tipo del art. 578 CP la mera adhesión política o ideológica a los objetivos perseguidos por la actividad terrorista. Los límites a la libertad de expresión que impone la interpretación extensiva del delito de enaltecimiento pueden ser analizados desde la desproporción y la indeterminación del precepto, circunstancias que pueden favorecer este efecto de desaliento, a sabiendas de la posible sanción que podría acarrear una expresión de opiniones que pudiera ser interpretada como una justificación de actos terroristas. De acuerdo con lo expuesto, puede recordarse la integración realizada por la STC 136/1999¹⁴, de 20 de julio, respecto del efecto de desaliento como parte del juicio de proporcionalidad en sentido amplio, cuestión que como indica CUERDA ARNAU “no persigue privar a las normas penales de su eficacia intimidatoria. Lo que prohíbe es que dicha eficacia intimidatoria se extienda a conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio de la libertad de expresión o que sancione éstas con desproporción manifiesta”¹⁵. En este sentido la *vis expansiva* representada por el delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas supone una colisión con la protección de la libertad de expresión reconocida en el art. 20 CE¹⁶, tanto

¹³ Siguiendo a CUERDA ARNAU, M.L. “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho penal*, nº 8, 2007.

¹⁴ STC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 20 y 29: “Precisamente por ello, una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada” (...) “es indudable que las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y, en consecuencia, una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos”

¹⁵ Cfr. “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, ob. cit., p. 22.

¹⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ discute la situación de conflicto que representan estos casos en la ponderación entre libertad de expresión y protección del honor. Cfr. “Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor”, *RJUAM*, nº 36, 2017.

por la desproporción en la tipificación de las conductas, como por la coacción a la libre expresión de opiniones que representa el propio precepto desde la perspectiva del efecto de desaliento, integrado como se ha dicho en la estructura argumental de la prohibición de exceso.

4. La interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas en los casos Zapata, Strawberry y Casandra: entre el activismo judicial y la inseguridad jurídica

Como se ha apuntado previamente, el auge de las redes sociales ha supuesto la aparición de una nueva cultura de la vigilancia. La revolución digital acontecida en el s. XXI ha provocado una modificación en los usos sociales propios de una ciudadanía que adapta a esta nueva realidad su forma de comunicarse y expresarse en el medio social. De este modo, la dependencia de los ciudadanos por encontrarse conectados a la red supone una muestra palpable de cómo puede desnaturalizarse algo tan cotidiano como expresar una opinión o un sentimiento, como consecuencia de una malentendida transparencia que lleva a banalizar el alcance de una noción tan básica como la libertad de expresión.

Conectando esta realidad social con el estudio de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, puede criticarse el activismo judicial desarrollado por la Audiencia Nacional para la apertura de procedimientos por enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas en las redes sociales, así como la disparidad de criterios jurisprudenciales seguidos tanto por la propia Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo para la interpretación del tipo penal. En los casos que serán citados a continuación, los hechos son enjuiciados con la normativa vigente previa a la introducción de la LO 2/2015, de forma que todavía no se aplica la modalidad agravada del art. 578.2 CP. No obstante, puede considerarse de qué manera la notoriedad y alcance mediático de estos supuestos motivó la reforma emprendida por la LO 2/2015.

En los casos que se plantearán a continuación como muestra de esta tendencia, parece relativizarse el significado del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, especialmente por la relevancia mediática que han tenido estos procedimientos. Efectivamente, la interpretación realizada por los órganos jurisdiccionales parece seguir una línea político-criminal dirigida, más que al tratamiento preventivo-penal de la actividad terrorista, a la criminalización de determinadas opciones políticas o ideológicas que pudieran haber servido históricamente como justificación de la actividad terrorista. Además, la función expansiva del delito estudiado termina afectando a opciones políticas

alternativas, desconectadas del relato terrorista propio del siglo XX en España, como lo son el movimiento político surgido a partir del 15-M y sus posteriores ramificaciones en la sociedad civil.

Sobre esta cuestión, puede citarse el caso de Guillermo Zapata, uno de los supuestos mediáticos que a buen seguro hicieron reflexionar al legislador español sobre la introducción del nuevo régimen agravatorio del art. 578 CP. En este caso, el concejal del Ayuntamiento de Madrid fue absuelto por la SAN 35/2016, de 15 de noviembre de 2016, después de ser investigado por un delito de humillación a las víctimas a causa de una serie de comentarios en la red social Twitter¹⁷. En su resolución, la Audiencia Nacional considera que no se cumple el elemento objetivo del tipo dado que “no se percibe el ánimo injurioso, o maltratador, ante la falta de continuidad, que nos situaría en el marco de un debate, que elimina el enfoque renovado de agravio que exige el tipo penal ‘realización de actos’, dado que el comentario siguiente nos sitúa antes las víctimas del holocausto. Es por ello, que, si se analiza la frase en el contexto cercano, se aprecia que el otro mensaje resulta ajeno a la temática, se utiliza también en una similar clave de humor hacia todas las víctimas en ambos comentarios, lo que es objetivamente una derivación de humor macabro que se sustenta sobre toda clase de ofendidos por hechos delictivos sean o no de naturaleza terrorista. Existe un parangón entre todas ellas, y no específicamente por ser una de las ofendidas directamente perjudicada por hecho de la banda terrorista ETA”¹⁸. Así las cosas, se valora la falta de conexión de los mensajes para apreciar la inexistencia de un delito de humillación a las víctimas, siendo además de especial importancia la consideración de que estas expresiones fueron proferidas en el contexto de un debate sobre los límites del humor. Asimismo, debe considerarse que en el momento de realizar dicho comentario éste no tuvo ninguna repercusión, sino que fue su nombramiento como concejal de cultura del Ayuntamiento de Madrid la causa de que se desatara la polémica por sus comentarios.

También dictó sentencia absolutoria la Audiencia Nacional (SAN 20/2016, 18 de julio de 2016) en el procedimiento por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas dirigido contra

¹⁷ Por ejemplo, en un debate sobre los límites del humor, escribió los siguiente mensajes en Twitter: “han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcañes para que no vaya Irene Villa a por repuestos (...) ¿cómo meterías a cinco millones de judíos en un 600? en el cenicero”.

¹⁸ SAN 35/2016, de 15 de noviembre de 2016, FJ 2.

Cesar Montaña, más conocido como Cesar Strawberry, cantante del grupo Def Con Dos¹⁹. No obstante, ante dicha sentencia presentó recurso de casación el Ministerio Fiscal, dando como resultado la posterior condena a Strawberry en la STS 4/2017, de 18 de enero. Esta resolución comienza reconociendo la crítica realizada previamente a las redes sociales como nuevo escenario de control social, al considerar de qué manera “la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión”²⁰. Así las cosas, la STS 4/2017 parece reconocer en los medios resultantes de la revolución digital un mayor impacto por lo que respecta a la extensión de aquella expresión de opiniones que pueda incardinarse dentro del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas.

Por lo que respecta al reconocimiento de los elementos del tipo, la STS 4/2017 los considera probados por la “plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia. Es así como queda colmada la tipicidad subjetiva del delito por el que el Fiscal formula acusación. La afirmación de que César Montaña no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba despreciar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación”²¹. Este razonamiento no hace más que confirmar la posición del delito de enaltecimiento del terrorismo en el ordenamiento jurídico-penal español, completamente desvinculado del entendimiento tradicional dado a las formas apologéticas como actos

¹⁹ Utilizando la red social Twitter emitió, entre otros, los siguientes mensajes: “el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO”; “Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina”; “Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco”.

²⁰ STS 4/2017, 18 de enero, FJ 2.

²¹ *Ibid*, FJ 3.

preparatorios, en la medida en que termina siendo un precepto de difusa concreción, introducido en el sistema penal español para la persecución penal de aquéllas opiniones que pudieran tener una mínima conexión con la justificación política de los actos terroristas.

Sobre esta cuestión, no se valora el peligro potencial para la comisión de futuros delitos derivado del mensaje en que se concreta el enaltecimiento, sino la mera expresión de opinión o adhesión ideológica, desafortunada y debatible sin duda, pero libertad de expresión, al fin y al cabo. En este sentido, puede destacarse el voto particular a la STS 4/2017 del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, al encuadrar las frases de Strawberry como “expresivas de la subcultura de algunos grupos sociales, integrados preferentemente por sujetos jóvenes, duramente maltratados, en sus expectativas de trabajo y vitales en general, por las crueles políticas económicas en curso. Forman parte de una manera difusa de reaccionar, de contestar, aquí exclusivamente en el plano del lenguaje, la cultura de un establishment del que, no sin razón, se consideran excluidos”. Así las cosas, puede considerarse la necesidad de contextualizar este tipo de comentarios, en primer lugar a la propia realidad derivada del uso masivo de las redes sociales, pero también a las prácticas propias de toda una generación que, ante la existencia de una situación social de conflicto y precariedad, canalizan su emergencia mediante esta forma agresiva, también desafortunada, de responder mediante la utilización del lenguaje en el que se mueven con mayor comodidad. En este sentido, puede reconocerse en el debate sobre los casos de enaltecimiento del terrorismo mediante el uso de redes sociales una muestra de lo que se ha venido a denominar como *guerra cultural*, entendida como disenso respecto del pensamiento y usos sociales hegemónicos derivados de la transición española, siendo los límites de la libertad de expresión uno de los muchos campos de discusión que pueden apreciarse en el estado de cosas actual. De acuerdo con lo expuesto, el error cometido por los órganos jurisdiccionales es tratar de desarrollar mediante la aplicación extensiva de los tipos penales una suerte de reeducación que termina siendo, no sólo contraproducente, sino también contraria al disfrute de los derechos y libertades de la ciudadanía.

Para cerrar la crítica a este activismo judicial asumido por la Audiencia Nacional, puede citarse la SAN 9/17, de 29 de marzo de 2017, donde se castiga a la tuitera Cassandra por un delito de humillación a las víctimas²². En esta resolución la Audiencia Nacional considera probado el dolo requerido por el art.

²² Entre los años 2013 y 2016, Cassandra publicó en su perfil de Twitter una serie de chistes de humor negro sobre el atentado que terminó con la vida de Carrero Blanco en 1973: “ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa

578 CP, en tanto que consideran que la investigada tenía conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo, teniendo plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una merma de la dignidad de las víctimas del terrorismo y sus familiares. Sobre esta cuestión, la SAN 9/17 considera que esto “ocurre cuando el mensaje de burla llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que lo suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el agente alega que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. En aquellos casos, los mensajes de burla y afrenta difundidos alimentan el discurso de odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia del asesinato de un familiar cercano”²³. Como puede apreciarse en este argumento, asume la Audiencia Nacional una posición de defensa de las víctimas, entendiendo éstas desde una perspectiva extensiva, aceptando que una ofensa al sentir de éstas como colectivo justifica la apreciación del delito de humillación a las víctimas del art. 578 CP. Sobre esta cuestión, resulta especialmente paradójico que la SAN 9/17 busque proteger el interés de las víctimas, en primer lugar cuando los hechos sobre los que versan los chistes acontecieron en 1973, y teniendo además en cuenta que una de las potenciales víctimas directas, nieta de Carrero Blanco, criticó públicamente este proceso en un artículo de opinión²⁴. En consecuencia, resulta de nuevo preocupante la posición asumida por la Audiencia Nacional, donde su defensa a ultranza de cualquier comentario que pudiera resultar ofensivo a las víctimas como colectivo en abstracto venga a justificar el castigo por el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. La condena impuesta a Cassandra Vera fue posteriormente anulada por el Tribunal Supremo (STS 95/20178, de 4 de febrero), considerando que el contexto temporal lejano sobre el que se proyectaban los chistes sobre Carrero Blanco, así como la reiteración de éstos en el tiempo, suponen que no pueda sostenerse la condena impuesta por la Audiencia Nacional²⁵: “el propio transcurso del tiempo y la oxidación o agotamiento del tema en clave de humor negro permiten considerar que ya no estamos ante acciones especialmente perversas que tienen como objetivo específico la humillación o el descrédito de las víctimas, incrementando su padecimiento moral o el de sus familiares y ahondando en la herida que

especial”; “Kissinger le regaló a Carrero Blanco un trozo de la luna, ETA le pagó el viaje a ella”; “¿Carrero Blanco también regresó al futuro con su coche?. Además de los comentarios, aparecían en su perfil una serie de montajes satíricos sobre dicho atentado.

²³ SAN 9/17, de 29 de marzo de 2017, FJ 1.

²⁴ http://politica.elpais.com/politica/2017/01/18/actualidad/1484767780_556799.html

²⁵ STS 95/2018, de 26 de febrero de 2018, FJ 2.

en su día abrió el atentado terrorista. De tal forma que aun cuando la conducta del acusado es reprobable y reprochable tanto desde un prisma social como incluso moral, al hacer mofa de una gravísima tragedia humana atribuible a actos terroristas injustificables, no parece que estemos ante un caso que requiera una respuesta del sistema penal, al no estimarla aquí como una reacción adecuada y proporcionada para solventar una situación controvertida como la suscitada, que presenta unos matices muy peculiares en el marco contextual y temporal en que emerge”.

Como puede apreciarse, la solución adoptada por Audiencia Nacional y Tribunal Supremo en los casos Strawberry y Cassandra es contradictoria, absolución por la AN y condena por el TS en el caso del primero, condena por la AN y absolución por el TS para la segunda, pese a tratarse de supuestos idénticos. De este modo, puede observarse la falta de un criterio jurisprudencial claro para la interpretación del art. 578 CP, situación que refuerza las críticas dirigidas a la propia indeterminación del precepto, así como a la sobrecriminalización que representa respecto de los delitos de opinión.

5. Conclusiones

La reforma operada por la LO 2/2015 sobre delitos de terrorismo ha supuesto una modificación cualitativa en el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del art. 578 CP. En este sentido, los cambios en la redacción típica del art. 578 CP, donde se castigan los actos públicos de enaltecimiento, pero se trasladan los realizados mediante difusión pública de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación o internet a la modalidad agravada del art. 578.2 CP, ha supuesto *de facto* que esta agravación pase a ser la modalidad genérica del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. En este contexto, se ha considerado la conveniencia metodológica de adaptar el concepto de *panóptico digital* para definir los nuevos espacios de control social resultantes de la revolución tecnológica, los cuales han permitido la agravación de estas modalidades delictivas.

De acuerdo con lo expuesto en estas páginas, la agravación introducida en el art. 578.2 CP, muestra de qué manera, más que proteger al Estado contra la actividad terrorista, la criminalización de los delitos de opinión en las redes sociales sirve como instrumento de control de la discrepancia política e ideológica, así como del necesario disenso en un Estado democrático de aquéllas opiniones que no pueden enmarcarse en el pensamiento político y cultural dominante. Por lo tanto, esta tendencia

político-criminal no puede justificarse por el indudable mal gusto de ciertos comentarios proferidos en las redes sociales, ni tampoco por la repulsa que pueda causar en las víctimas entendidas como colectivo, en la medida en que supone una limitación de la libertad de expresión inasumible por un Estado democrático de derecho.

6. Bibliografía

ALONSO RIMO, A. “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *Revista de Derecho penal y Criminología* (UNED), 3ª época, nº 4, 2010.

BENTHAM, J. *Panóptico*, Círculo de Bellas Artes, Madrid, 2011.

CUERDA ARNAU, M. L. “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, *Estudios de derecho judicial*, nº 128, 2007.

- “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho penal*, nº 8, 2007

FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid, 2009

HAN, B.C. *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. “Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor”, *RJUAM*, nº 36, 2017.

MIRA BENAVENT, F.J. “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional; ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales* (Alonso Rimo Dir.), Tirant lo Blanch, 2018

- “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, en *Terrorismo y contraterrorismo en el Siglo XXI. Un análisis penal y político criminal* (G. Portilla Contreras/A.I. Pérez Cepeda Dirs.), Ratio Legis, Salamanca, 2016

RENDUELES, C. *Sociofobia. El cambio político en la era de la utopía digital*, Capitán Swing, Madrid, 2013, p. 26.

PORTILLA CONTRERAS, G. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *Revista General de Derecho penal*, nº 4, 2000.