

¿DISCURSO DE ODIOS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. STC 35/2020, DE 25 DE FEBRERO. CASO *CÉSAR STRAWBERRY*

Patricia TAPIA BALLESTEROS
Profesora Titular de Derecho Penal
Departamento de Derecho Penal,
Historia y Teoría del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Valladolid
patricia.tapia@uva.es

I. INTRODUCCIÓN

Es posible situar cinco años atrás el inicio de la proliferación de casos calificados como delitos de discurso de odio en España. Siendo esto así, el primer impulso será vincular este fenómeno con las dos importantes reformas del Código Penal que se produjeron en el año 2015: Leyes Orgánicas 1/1015 y 2/2015, de 30 de marzo, con las que se amplió de manera desmesurada, bajo nuestro punto de vista, el ámbito de aplicación del art. 510, considerado el delito de discurso de odio por excelencia, y el del art. 578, referido al delito de enaltecimiento del terrorismo.

Sin embargo, solo con detenernos un instante a observar los casos que se enjuiciaron inicialmente, se debe concluir que la modificación legislativa puede ser un elemento facilitador del elevado número de delitos de discurso de odio que se plantean en la actualidad, pero no el desencadenante. Los primeros casos transcurrieron estando en vigor la legislación anterior.

Entendemos que el origen se sitúa en el Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación, presentado por el Gobierno del momento, el 3 de junio de 2011. A raíz de este Proyecto, a pesar de que no llegó a concretarse legislativamente, se mantiene la idea de crear un área especializada dentro de la Fiscalía dedicada a los delitos de odio¹. Si

¹ Se crea una Red de Fiscales Delegados para la Tutela Penal de la Igualdad y contra la Discriminación. La designación de los Fiscales Provinciales se realizó a finales de marzo de 2013.

bien, el ordenamiento jurídico penal español, no contemplaba (ni contempla) esta categoría delictiva de forma explícita. Se trata de una traducción de los *hate crimes* (y *hate speech*) del ámbito anglosajón que se ha adoptado de forma generalizada en el lenguaje común, en medios de comunicación, doctrina y operadores jurídicos. Y esto sin realizar previamente un estudio dogmático que permitiera elaborar un listado claro y coherente de tipos penales que tuvieran cabida en ella.

Esta falta de parámetros o criterios claros, ha provocado que se califiquen como delitos de discurso de odio un amplio número de figuras delictivas que criminalizan conductas situadas muy cerca del ámbito artístico, la crítica política o la opinión contestataria², realizando, además, una interpretación expansiva. Basta con pensar en los ya célebres casos *Cassandra*, *Valtonic* o *Titiriteros*.

No podemos detenernos ahora en esto, pero sí consideramos necesario advertir que, siguiendo a la doctrina española mayoritaria, la utilización del término «odio» resulta desafortunada. Propicia que se trate de vincular la sanción penal a un sentimiento, lo cual resulta totalmente inadmisibles. Pero lo cierto es que se ha despertado una mayor sensibilidad social hacia estas conductas y, por ello, se denuncia y se persigue más. Si bien, no siempre las conductas denunciadas colman los tipos. De este modo, se han generado dos sensaciones antagónicas dentro de la sociedad. Por un lado, se tiene la sensación de que se ha instaurado una censura punitiva hacia todo lo políticamente incorrecto mientras que, por otro, los colectivos susceptibles de ser discriminados no perciben una protección efectiva.

En las líneas que siguen se pretende analizar otro de los casos más conocidos por todos: el del cantante del grupo Def Con Dos, César Strawberry, y la publicación en su cuenta de Twitter de una serie de mensajes haciendo algunas referencias, entre otras, al terrorismo de ETA. El motivo de la elección del caso no es otra que su reciente resolución por parte del

² Así, P. LAURENZO COPELLO, «La manipulación de los delitos de odio», en E. POMARES CINTAS, J. L. FUENTES OSORIO y G. PORTILLA CONTRERAS (coords.), F. VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ (dir.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 453, advierte que resulta obligatorio una interpretación restrictiva de «los tipos penales que rozan ámbitos tan sensibles como la creación artística, la crítica política o, en general, la opinión contestataria». También, A. DAUNIS RODRÍGUEZ, «El modelo español de protección penal frente a comportamientos de odio», en M.^a C. GORJÓN BARRANCO (dir.), R. GUZMÁN ORDAZ y A. N. NIETO LIBRERO (coords.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Salamanca, Universidad de Salamanca, Aquilafuente, 2020, pp. 1050-1053, donde identifica tres grupos de delitos situados dentro de la categoría de delitos de odio, en los que se confunde «el odio como sentimiento con el odio como delito».

Tribunal Constitucional en Sentencia 35/2020, de 25 de febrero. Esta nos sirve para, a partir del relato de hechos probados, hacer un recorrido por su historia procesal e identificar la discusión interpretativa que hay detrás del art. 578 del Código Penal. Precepto que, como ya se ha indicado, ha sido objeto de una amplia reforma en el año 2015, sobre lo que nos detendremos brevemente.

II. RESUMEN DE HECHOS PROBADOS

El cantante y letrista del grupo Def Con Dos, conocido como César Strawberry, es famoso por el «tono provocador, irónico y sarcástico» de las letras de sus canciones, y de toda su obra artística en general. Es común, también, la crítica a «la realidad social y política, tratando que el público comprenda el sentido metafórico y ficticio que envuelve sus obras, respecto al concepto de fondo siempre de carácter pacífico y exclusivamente cultural».

En el año 2012 abrió una cuenta en la red social Twitter, donde tiene cerca de ocho mil seguidores. Entre los meses de noviembre de 2013 a enero de 2014, publicó los siguientes comentarios:

- «El fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO».
- «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora».
- «Street Fighter edición post ETA: Ortega Lara *versus* Eduardo Medina».
- «Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar..., si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado».
- «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco».
- «Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!». Otro usuario le dice: «¿ya tendrás el regalo preparado no? ¿Qué le vas a regalar?». A lo que contesta: «un roscón-bomba».

César Strawberry «ha reconocido haber enviado los tuits que son objeto de acusación, pero ha negado que se tratase de expresiones para humillar a las víctimas o para apoyar cualquier forma de violencia». Por otro lado, «la prueba pericial de la defensa sobre el análisis de su obra ha permitido encuadrar su actividad artística, y los testigos que ha aportado han servido para corroborar que en su vida tanto profesional como privada no

mantiene postulados de apoyo a grupos terroristas o a la violencia de cualquier tipo, aunque si una actitud irónica y provocadora.» En el relato de hechos probados, se considera relevante también «que su grupo Def Con Dos haya actuado en el festival Doctor Music, que se celebró en la localidad de Escalarre, Lérida, en julio de 1997, bajo un gran lazo azul que se instaló en el escenario, como signo de repulsa al asesinato de Miguel Ángel Blanco, que se acababa de producir, y en solidaridad con las víctimas y sus familiares».

III. ITER PROCESAL Y RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS

Los hechos descritos fueron enjuiciados por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en Sentencia 20/2016, de 18 de julio, por la que se absolvió al acusado, César Strawberry, de un delito de enaltecimiento del terrorismo³.

Para ello, se parte de la consideración de que «es importante no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto, las circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión». De este modo, analiza de manera individualizada cada uno de los tuits publicados.

Así, la Audiencia Nacional considera que con la expresión «el fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO» no puede admitirse que el acusado pretenda «hacer apología del terrorismo y provocar el discurso de odio, sino una crítica hacia el extremismo de cualquier signo, llevando su ironía a comparar un partido político con un grupo terrorista.».

En el caso del tuit «a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora», la Audiencia considera relevante la utilización de la forma verbal condicional «habría». «Parece indicar que no estuvo justificado su secuestro, y la referencia condicionada al momento actual puede aceptarse que se enmarque precisamente en el momento en que ETA ya no se encuentra activa, y se

³ Si bien, esta Sentencia cuenta con un voto particular discrepante.

ironice sobre la negociación». Se concluye que el mensaje no cuenta con la claridad exigida por el tipo penal para colmarlo.

«Street Fighter edición post ETA: Ortega Lara *versus* Eduardo Medina» se califica como una expresión de humor negro. Entiende la Audiencia Nacional que, aunque «no puede ser una excusa para justificar un comportamiento que implique una humillación a las víctimas», para que esto ocurra es necesario que suponga «un acto humillante, hostil o vejatorio». En el caso concreto, «la idea del enfrentamiento en un video juego de dos personas que han sido víctimas de acciones terroristas y que mantienen distintas posiciones políticas, puede considerarse desde la perspectiva del humor negro y desprovisto del carácter vejatorio o humillante que el tipo delictivo requiere».

Tampoco se considera que con la publicación del tuit «Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar..., si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado», se pretendiera llamar a la violencia ni sea «directamente vejatorio» para Carrero Blanco. Se califica, de nuevo, como comentario irónico. Y lo mismo ocurre con el comentario en el que se dice: «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco».

Finalmente, sobre el tuit «Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción! [...]», se valora que se produce de forma espontánea, dentro de una conversación pública, «que desde su inicio está cargada de ironía, precisamente el día antes de la festividad de los Reyes Magos y fecha del cumpleaños del entonces rey.

Contra esta Sentencia absolutoria, el Ministerio Fiscal formuló un recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, alegando una inaplicación indebida del art. 578 del Código Penal. Este recurso fue estimado por la Sala de lo Penal (Sección 1.^a) del Tribunal Supremo, en Sentencia 4/2017, de 18 de enero, en la que se dictó una segunda sentencia, esta vez condenatoria.

Entiende el Tribunal Supremo que «afirmaciones evocadoras de una mala entendida nostalgia por la actividad terrorista de los GRAPO, cuyas acciones armadas se echan en falta para acabar con «el fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre»; el deseo de un nuevo secuestro de Ortega Lara [...] la justificación del asesinato de Carrero Blanco aplicado a otros personajes históricos [...]; o, en fin, la descripción de un «roscón-bomba» como un regalo idóneo para el día del cumpleaños del Rey, son expresiones que colman la tipicidad descrita en el art. 578 del CP».

El Tribunal Supremo fundamenta su resolución en que la intención del acusado no forma parte de la descripción de la conducta típica ya que esta

exige solo la concurrencia del dolo en el actuar del sujeto. Es decir, «tener 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 tanto, no es admisible que la exoneración defendida por la Audiencia Nacional se base en que no se acredita que con los mensajes «se buscara defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas». Entiende el Tribunal que las afirmaciones de César Strawberry «alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano». En este sentido, se termina manifestando en la Sentencia que «Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas [...] basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo».

Contra esta resolución, César Strawberry promovió un incidente de nulidad de actuaciones alegando vulneración del art. 24.2 de la Constitución, «por haber sido condenado en segunda instancia revalorando la declaración de hechos probados sobre la consideración que le merece el tenor literal de los tuits enjuiciados, pero sin haber respetado las garantías de inmediación, publicidad y contradicción en la práctica y valoración de pruebas personales que lo sustentan, [...], y porque se ha hecho una nueva subsunción del aspecto subjetivo del delito del art. 578 CP». La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desestimó el incidente de nulidad en auto de 6 de abril de 2017, argumentando que no se han modificado los hechos probados y que «la sala explica por qué los hechos objeto de enjuiciamiento y declarados probados en la instancia son subsumibles en el delito previsto y penado en el art. 578 CP».

Es en este momento cuando César Strawberry solicita al Tribunal Constitucional que se le otorgue amparo por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la libertad de expresión, declarándose la nulidad de las resoluciones impugnadas

IV. REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 578 DEL CÓDIGO PENAL: DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO

Una vez repasado el *iter* procesal por el que han transitado los tuits publicados por César Strawberry y después de identificar el principal argumento discordante para calificarlos como constitutivos de un delito del art. 578 del Código Penal o no, entendemos necesario detenernos, aunque sea brevemente, en el análisis del tipo.

Lo primero que debemos advertir es que, este precepto, ha sido objeto de dos importantes reformas desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995. En un primer momento, el texto punitivo original no contemplaba de forma autónoma la sanción de la provocación o de la incitación a la realización de delitos de terrorismo. En el art. 578 se establecía, únicamente, la previsión de la imposición de una pena inferior en uno o dos grados cuando se produjeran los actos preparatorios de provocación, conspiración o proposición para cometer los delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 577. De este modo, estas conductas se perseguían a través de las fórmulas generales previstas en los arts. 17 y 18 del Código Penal.

La figura de enaltecimiento del terrorismo se introduce en España a través de la reforma del Código Penal de la Ley Orgánica 7/2000. Con ella, la sanción de los actos preparatorios de provocación, conspiración y proposición de los delitos de terrorismo se traslada al art. 579 y, en el 578 se sanciona el enaltecimiento o justificación «por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577 de este Código 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».

La incorporación de esta figura delictiva fue muy criticada por la doctrina, ya que se consideró que se trata de una provocación indirecta mediante la que se pretendía castigar penalmente conductas que, hasta el momento, resultaban atípicas, como podría ser gritar *Gora ETA* en una manifestación⁴. Y así lo confirmó el Tribunal Supremo en el Auto de 14

⁴ Entre otros, J. C. CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas “más allá de la provocación y la injuria”», en A. ALONSO RIMO, M. L. CUERDA ARNAU y A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 341; A. PASTRANA SÁNCHEZ, «Interpretación judicial del Derecho y terrorismo: especial referencia al delito de enaltecimiento», *Revista de Derecho penal y Criminología*,

de junio de 2002⁵. No obstante, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 112/2016, de 20 de junio, ha reconocido que se trata de una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión siempre que «puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades». Por tanto, se puede limitar la libertad de expresión e ideológica en tanto y cuanto supongan incitación y promoción del odio y de la intolerancia⁶. Cuando esto ocurre, estamos ante un discurso del odio, lo que no significa que deba ser sancionado penalmente. Para que el discurso del odio pueda ser punible, adicionalmente, será necesario que de él se derive una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, tal y como se concluyó en la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre.

Pero, aquí, surge el primer problema: ¿cuándo existe esa situación de riesgo y cómo valorarla? El Tribunal Supremo ha señalado que el riesgo debe entenderse en abstracto, es decir, como «aptitud ínsita en la actuación imputada, [...] no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas», pero también es necesario que se valore el riesgo que se crea con el acto imputado⁷. Si bien, con esta delimitación, tampoco se otorga un criterio claro interpretativo⁸.

núm. 17 (2017), pp. 386 y ss.; R. GARCÍA ALBERO, «Artículo 578», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.) y F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español, tomo II (arts. 234 a DF 7.ª)*, 7.ª ed., Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 1933, y A. ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 4 (2010), pp. 38-53.

⁵ En él afirma el Tribunal Supremo que el delito previsto en el art. 578 es «un delito de opinión, que tiene al de terrorismo como referente necesario pero externo, desde el punto de vista del *iter criminis*. De un delito, pues, relacionado con el de terrorismo en el plano ideológico y en la perspectiva del bien jurídico de referencia, pero de cuya naturaleza, de cuyos rasgos constitutivos, de cuya gravedad no participa, aun cuando exista una convergencia ideal en el plano de los fines».

⁶ *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio, en la que el Tribunal Constitucional manifiesta que se debe desarrollar una labor de control constitucional dirigida a «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia».

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 378/2017, de 25 de mayo.

⁸ Prueba de ello es que el propio Tribunal Supremo ha considerado que no era típica la publicación de los siguientes mensajes o imágenes en las redes sociales: la publicación entre los meses de mayo y julio de 2014 en redes sociales de mensajes e imágenes como los siguientes: una foto de una bandera de la organización ilegalizada ASKATASUNA, sugirien-

A esto debemos añadir el problema que se plantea en el caso de César Strawberry: la discusión en torno a si el art. 578 del Código Penal exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, junto con el dolo, que establezca que el sujeto actúa con una finalidad concreta⁹. Como se ha advertido en la Sentencia del Tribunal Supremo que aborda el caso objeto de análisis, el Tribunal entiende que la intención no es un elemento exigido por el tipo y que, por tanto, no puede considerarse para descartarse la consumación del delito. Sin embargo, no se trata de una línea jurisprudencial constante. En el también célebre caso del rapero Valtonic, el Tribunal Supremo resolvió en Sentencia 397/2018, de 15 de febrero, que la concreta finalidad con la que se realiza el enaltecimiento del terrorismo sí es una exigencia del tipo y el cantante, con sus letras, la colma. Con frases como: «Kale borroka, al ministerio de Educación, esto es amor, goma 2 y kalashnikovs»; «A ver si te enteras, como el caso Bárcenas, pierdo los papeles y en cuarteles grito “gora ETA”. Nena, no apoyo la violencia gratuita, pero justicia sería pasarlos por la guillotina» o «No podemos elegir, no tenemos ninguna opción, pero un día ocuparemos Marivent con un kalashnikov». De este modo, se utiliza la exigencia o no del elemento subjetivo del tipo para, en los dos casos, entender que se colma el tipo¹⁰.

La segunda reforma realizada en el art. 578, ha sido a través de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, con la que se ahondó en una mayor punibilidad de las conductas relacionadas con el terrorismo. En el caso concreto del art. 578, se endurecieron las penas y se amplió todavía más su ámbito de aplicación: la conducta de enaltecimiento del terrorismo se

do a otro usuario de la red social que utilice esa bandera para protestar por la dispersión de presos de ETA; las fotos de algunos miembros de ETA acompañadas de un texto en euskera dándoles la bienvenida; «Yo SI odio al PP y al PSE. A mi SI me gustaría ver a cada uno de ellos colgado de un pinar completo»; «siempre con los principios de H.B»; «EHBIL-DU condena el ataque a un cajero de Kutxabank. ¿Cómo quieren que se defienda a la ciudadanía de la banca? ¿Pidiéndolo por favor? Fariseos»; entre otras, teniendo como imagen de perfil de usuario el logotipo de la organización ilegalizada ASKATASUNA (Sentencia 600/2017, de 25 de julio), pero sí entendió que colmaba el tipo del 578 las manifestaciones de César Strawberry.

⁹ De ello se hace eco, entre otros, M.^a C. GORJÓN BARRANCO, *Ciberterrorismo y delito de odio motivado por ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad de Salamanca, 2019, pp. 250 y ss.

¹⁰ Si bien, en Sentencia del Tribunal Supremo 58/2018, de 31 de enero, referida al caso *Arkaitz Terrón*, se considera que la publicación en Twitter entre los años 2010 a 2016 de mensajes sobre Carrero Blanco, ETA, la extrema derecha y el entonces Rey, Juan Carlos I, no son constitutivos de delito los hechos no colman el tipo por no concurrir un elemento tendencial en los tuits. *Id.* el análisis jurisprudencial que realiza M.^a C. GORJÓN BARRANCO, *Ciberterrorismo y delito de odio...*, *op. cit.*, pp. 252-256.

convierte en tipo básico y se incorporan dos modalidades agravadas. Estas se contemplan 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» o «Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella»¹¹.

Con esta nueva previsión, las conductas que antes de la reforma constituían el delito de enaltecimiento del terrorismo colmarán la modalidad agravada. Por tanto, el tipo básico se convierte en un tipo residual, donde *a priori* solo se contemplan los actos que se realizan a viva voz ante una multitud¹². El uso de medios de comunicación, internet o servicios de comunicaciones electrónicas o uso de tecnologías de la información, que antes representaban el núcleo central del tipo básico, ahora colman la modalidad agravada¹³. Si bien, parece necesario limitar esta mayor sanción, entendiendo que el uso de estos medios deberá constituir «un instrumento esencial en la divulgación del mensaje terrorista», por lo que la apreciación de la modalidad agravada no deberá ser de modo automático¹⁴.

Junto a lo anterior, la nueva redacción plantea un problema de constitucionalidad del tipo básico ya que se desvincula el enaltecimiento del terrorismo, entendido como discurso de odio, de la creación de un riesgo de que se produzcan uno o varios delitos de terrorismo. Tal y como se acaba de indicar, la reforma de 2015 establece como modalidad agravada el que los hechos sean «idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella». Siendo esto así, entendemos que crear un riesgo de que se produzcan

¹¹ Se puede llegar a aplicar una pena de prisión de hasta cuatro años y medio mientras que, antes de la Ley Orgánica 2/2015, el límite máximo era de dos años.

¹² Al respecto, J. C. CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 348.

¹³ Puede verse G. M. TERUEL LOZANO, «Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo», *InDret*, núm. 3 (2018), pp. 25-26, quien critica la confusión del legislador al aludir a Internet junto con otros medios de comunicación sin tener en cuenta que es «necesario desgranar los elementos que deben definir aquello que se entiende por «público» como requisito típico, teniendo en cuenta, por un lado, el canal o espacio de difusión [...] y, por otro, la audiencia potencial que haya podido tener el mensaje. Todo ello con independencia de que el mensaje se difunda en el mundo analógico o en el digital».

¹⁴ Así lo advierte J. BERNAL DEL CASTILLO, «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del «discurso del odio»», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 16 (2016), pp. 26-27.

los delitos deja de ser una característica propia de la tipificación del enaltecimiento del terrorismo¹⁵.

En cualquier caso, los hechos objeto de discusión en este comentario, transcurrieron antes de esta última reforma de 2015 por lo que resulta de aplicación el art. 578 resultado de la Ley Orgánica 7/2000.

V. SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El amparo solicitado por César Strawberry se ha resuelto mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, de 25 de febrero, con la que se estima parcialmente el recurso de amparo, declarando que ha sido vulnerado el derecho a la libertad de expresión.

Entiende el Tribunal que no se ha ponderado adecuadamente la libertad de expresión con las circunstancias que concurren en el caso. En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que se debe ponderar previamente a la subsunción de la conducta dentro del tipo penal, la «eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho a la libertad de expresión» y en esta valoración sí es relevante la intención del sujeto que emite el mensaje, «en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores [...] lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho». Así, el Tribunal Constitucional considera que, con independencia de que la intención del sujeto forme parte de la descripción del tipo o no, aspecto sobre el que no se pronuncia, sí debe valorarse en la delimitación de la libertad de expresión.

De este modo, en el caso concreto, entiende el Tribunal que la resolución del Tribunal Supremo «desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental». No se discute lo reprochable de los tuits, sin embargo, se enmarcan dentro de la libertad de expresión como

¹⁵ Coincidimos con A. PASTRANA SÁNCHEZ, «Interpretación judicial del derecho y terrorismo...», *op. cit.*, p. 387, «parece darse a entender que los apartados precedentes al tercero sancionan comportamientos que ni siquiera tienen que resultar idóneos para incitar directa o indirectamente a la comisión de delitos, alterar la paz pública o crear sentimientos de inseguridad».

manifestación de la crítica en el terreno político y social «a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que, en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político».

No obstante, esta Sentencia cuenta con un voto particular del magistrado Alfredo Montoya Melgar. Entiende el magistrado que el Tribunal Supremo sí que ponderó suficientemente la vulneración de la libertad de expresión, así como la situación de riesgo para las personas, para los derechos de terceros o para el sistema mismo de libertades.

Reconoce Montoya Melgar que «las referencias a la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión se vierten con sistemática mejorable a lo largo de la resolución recurrida» pero no considera que esto signifique que el Tribunal Supremo se haya desentendido del análisis y, mucho menos que «si el análisis no se efectúa sistemáticamente con carácter previo, ello determine automáticamente la existencia de una lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión».

En este sentido, enumera los factores que han sido considerados por el Tribunal Supremo para resolver que los mensajes emitidos por César Strawberry no se encontraban dentro de la libertad de expresión: condición de quién emite el mensaje, el medio utilizado para la emisión del mensaje, identificación del mensaje con el denominado discurso de odio, tutela de las víctimas y, más en concreto, la especial tutela a las víctimas del terrorismo.

Termina su argumento, contrario al sentir mayoritario de la Sentencia, estableciendo que dicha Sentencia se centra en el delito de enaltecimiento del terrorismo y, sin embargo, los hechos se sancionaron penalmente por constituir un delito de humillación a las víctimas. El magistrado considera que esto es así porque: la acusación no alude de forma específica al delito de enaltecimiento del terrorismo, «sino que utiliza esa expresión siempre juntamente con la de «humillación o vejación a las víctimas del terrorismo»», tal y como se desprende de la Sentencia de la Audiencia Nacional y a ello alude la Sentencia del Tribunal Supremo en distintos momentos. De este modo, Montoya Melgar desvincula del mensaje de César Strawberry la exigencia de que anime directa o indirectamente a la comisión de nuevos delitos, como resulta necesario para colmar el tipo de enaltecimiento del terrorismo.

Se concluye afirmando que «la sentencia del Tribunal Supremo anulada no lesionó derecho fundamental alguno. La necesidad de tutela de las víctimas frente a conductas violentas, intimidatorias, hostiles o discrimina-

torias, se desprende sin mayor dificultad de la Recomendación de Política General núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio adoptada el 8 de diciembre de 2015 por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia [...] Expresiones como las vertidas en el caso que nos ocupa conllevan una segunda victimización de los ofendidos por el delito de terrorismo, que multiplica su sufrimiento al obligarles a recordar episodios tan dolorosos. No hay razón alguna para que esas víctimas tengan que soportar, además, burlas y escarnios, con la indiferencia del Estado, inermes ante un ataque directo a su dignidad y sin que el Derecho penal pueda ser utilizado legítimamente, con una finalidad también preventiva, para su defensa».

VI. CONCLUSIONES Y UNA BREVE VALORACIÓN PERSONAL

De la lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020 y de su voto particular extraemos una conclusión: la constitucionalidad de la sanción del discurso de odio en detrimento de la libertad de expresión, exige tener en cuenta el elemento tendencial de quien emite el mensaje. Y ello a pesar de que no se exija de forma explícita en la descripción de la conducta delictiva. Se trata de un requisito previo que debe cumplir el mensaje para situarlo dentro o fuera de los límites de la libertad de expresión, con independencia de que el legislador decida sancionarlo penalmente, en el supuesto en el que quedase fuera de esos límites.

No obstante, como demuestra la formulación de un voto particular, no resulta pacífica la concreción de ese elemento tendencial, ¿cómo determinar si la intención con la emisión del mensaje es instar a la violencia, justificar el terrorismo o humillar a las víctimas, hacer un chiste de dudoso humor, ser sarcástico, interpretar un papel, o hacer una crítica político-social?

En el voto particular se hace referencia a la Recomendación de Política Criminal núm. 15 de la ECRI, donde se establecen una serie de criterios que ayudan a delimitar la punibilidad del discurso de odio. En ella se indican como aspectos a tener en cuenta: el contexto en el que se utiliza el discurso de odio, especialmente, si hay tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad; la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer la influencia sobre los demás, por ser un líder político, religioso o de la comunidad; la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado, así por ejemplo, difusión de estereotipos negativos y estig-

matizantes, uso de información engañosa; contexto de los comentarios, es decir, habrá que valorar si es un comentario aislado, si forma parte de un debate en el que se está utilizando un lenguaje similar; el medio utilizado, en el sentido de si puede provocar respuesta inmediata de la audiencia; y la naturaleza de la audiencia, es decir, si es posible que se mezcle con actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación¹⁶. Si bien, previamente se indica que la imposición de sanciones penales debe reservarse a los casos más graves, es decir, a aquellos en los que quepa suponer razonablemente que va a tener efecto el discurso.

Estos criterios siguen siendo excesivamente amplios en su interpretación. De su análisis, el magistrado Montoya Melgar deduce que César Strawberry colma el tipo, mientras que nosotros entendemos que no.

El contexto en el que se emiten sus tuits no es especialmente problemático. Es un momento en el que ni la banda terrorista GRAPO ni la banda terrorista ETA estaban en activo. En relación a la capacidad de César Strawberry para influir en los demás, qué duda cabe que se trata de un artista que cuenta con numerosos seguidores, si bien, y aquí enlazamos con el análisis de la naturaleza del mensaje, se caracteriza por su actitud irónica y provocadora, como ya señalara la Audiencia Nacional en su momento. Sus seguidores lo conocen y esperan de él que mantenga ese estilo en sus mensajes, sin que signifique que se ensalza el terrorismo con la intención de que se produzcan actos de este tipo. La emisión de los mensajes o la conversación de César Strawberry con sus seguidores se produce en una red social donde no utilizan habitualmente un lenguaje formal, más bien todo lo contrario, siempre dirigido a la crítica social ácida. De este modo, entendemos que ni el uso de la red social ni la naturaleza de la audiencia permiten concluir que vaya a producirse una respuesta terrorista más o menos inmediata derivada de estas frases.

Finalmente, en el voto particular se critica que se limite la aplicación del art. 578 al enaltecimiento del terrorismo y no se traten de reconducir los hechos a la otra conducta punible que se contempla: humillación a las víctimas.

Tampoco consideramos que los hechos sean reconducibles a esta modalidad delictiva. Que la humillación a las víctimas no exija el riesgo de que se produzca un delito de terrorismo, no quiere decir que cualquier

¹⁶ Memorándum Explicativo de la Recomendación de Política General núm. 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio elaborado por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, la denominada ECRI, de 8 de diciembre de 2015, párrafo 16.

manifestación colme el tipo. Los límites de la libertad de expresión deben respetarse igualmente y, por tanto, el elemento tendencial, determinado por el contexto en el que se emite el mensaje, será también relevante. Así lo entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia 95/2018, de 26 de febrero, relativa al caso *Cassandra* cuando afirmó que «es el contexto el único sustento o clave que se puede utilizar para distinguir entre una conducta ilícita y otra que no lo es», refiriéndose precisamente a esta modalidad específica del art. 578 del Código Penal.