

DAÑO, OFENSA Y DISCURSO DEL ODIIO*

Harm, Offense and Hate Speech

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN**

Fecha de recepción: 22/10/2020

Fecha de aceptación: 02/04/2021

acfs, Protocolo I (2021), 235-256

ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716

<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.16245>

RESUMEN Según la doctrina del “discurso del odio”, todo mensaje calificable como tal supondrá por definición un abuso del derecho fundamental a la libertad de expresión. Esta doctrina, elaborada en distintas etapas por el TEDH a lo largo de las últimas décadas, ha sido seguida por la jurisprudencia española como pauta interpretativa de los llamados “delitos apologéticos”. En atención a esta línea, la *ratio legis* de este grupo de delitos consistiría, simplemente, en la prohibición del discurso del odio. La vaguedad de esta idea ha llevado a un sector doctrinal a abandonar el paradigma del bien jurídico, para defender como alternativa la distinción entre daño (vulneración grave de intereses individuales) y ofensa (molestia leve para intereses colectivos). En el presente trabajo se expondrán y valorarán críticamente los presupuestos y efectos de la “doctrina del odio” y se relativizará la eficacia práctica del binomio “daño-ofensa”, para llegar a una conclusión común: ambas concepciones son tautológicas.

Palabras clave: Discurso del odio. Enaltecimiento del terrorismo. Principio del daño. Principio de la ofensa. Libertad de expresión.

ABSTRACT According to the doctrine of “hate speech”, any message qualifying as such will imply an abuse of the fundamental right to freedom of speech. This doctrine, elaborated in different stages by the European Court of Human Rights over the last decades, has been followed by Spanish jurisprudence as an interpretive guideline for the so-called “apologetic crimes”. In keeping with this interpretative line, the *ratio legis* of this group of crimes would consist of the prohibition of hate speech. The vagueness of this idea has led a doctrinal sector to defend the distinction between damage (serious violation of individual interests) and offense (slight annoyance for collective interests). In this paper, the assumptions and effects of the doctrine of “hate speech” will be exposed and critically assessed and the practical efficacy of the “harm-offense” binomial will be relativized, to reach a common conclusion: both conceptions are tautological.

Keywords: *Hate Speech. Exaltation of terrorism. Harm principle. Offense principle. Freedom of speech.*

* Para citar/citation: Gómez Martín, V. (2021). Daño, ofensa y discurso del odio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, pp. 235-256.

** Universidad de Barcelona (España). Departament de Dret Penal i Criminologia, i Dret Internacional Públic i Relacions Internacionals. Avinguda Diagonal, 684. Barcelona 08034 (España). Correo electrónico: victor.gomez@ub.edu.

1. PLANTEAMIENTO

Tras la trágica experiencia del nazismo en Alemania y el fascismo en Italia, en 1950 nace, como es bien sabido, el Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). El Convenio persiguió el firme propósito de sentar las bases de un nuevo modelo de democracia liberal que consiguiera erradicar por completo la amenaza del totalitarismo. Parte fundamental de este objetivo fue la voluntad de limitar decisivamente el ámbito de discursos que, como el nazi y el fascista, o el por aquel entonces floreciente del comunismo estalinista, podían amenazar seriamente los cimientos de la recién recuperada libertad continental (Landa, 2018, p. 27). Con base en el CEDH, el órgano judicial encargado de garantizar el respeto por parte de los Estados miembros del Convenio de los derechos y las libertades en el mismo consagrados, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH), fue elaborando desde entonces y durante décadas la línea jurisprudencial del llamado “discurso del odio”. De acuerdo con la misma, el derecho a la libertad de expresión, reconocido en el art. 10 CEDH¹, quedaría restringido en todos aquellos supuestos en los que el mismo se ejerza de modo abusivo, en correspondencia con lo previsto en el art. 17 CEDH.

El TEDH elaboró esta doctrina a través de diversas etapas. En las líneas que siguen se expondrán las principales líneas de desarrollo de cada una de estas fases, para, posteriormente, someterlas a valoración crítica.

-
1. Según este precepto: “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.* 2. *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”. Por su parte, la cláusula de proscripción de ejercicio abusivo de los derechos del Convenio, prevista en el art. 17 CEDH, reza: “*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo*”.

2. ACERCA DE LA DOCTRINA DEL “DISCURSO DEL ODIO”

2.1. Exposición

En una primera fase de desarrollo del concepto, el TEDH aplicó implacablemente el llamado “efecto guillotina” consagrado por el art. 17 CEDH, de acuerdo con el cual quedaría completamente vedada la posibilidad de que el discurso analizado quedase amparado por el ejercicio de la libertad de expresión del art. 10 CEDH, particularmente a supuestos de incitación directa a la violencia racista o xenófoba y de revisionismo histórico del holocausto nazi (Landa, 2018, p. 29). Esto último resulta particularmente comprensible en atención a la fácil identificabilidad del mensaje negacionista, por medio del que los grupos de extrema derecha y neonazis alimentan la imagen del pueblo hebreo como manipulador y mentiroso, hasta el punto de haber llegado a exagerar o, incluso, inventar el holocausto en aras de la obtención de pingües beneficios económicos (Landa, 2018, pp. 76 ss.). Con ello, el TEDH vendría a asumir para las conductas de expresión la lógica de la “democracia militante”, de acuerdo con la cual ningún mensaje encaminado a destruir el modelo de derechos y libertades consagrado por el Convenio podría quedar amparado por el art. 10 CEDH (Landa, 2018, p. 52). Posteriormente, el TEDH fue ampliando el objeto de su doctrina a otros contextos étnicos, como el fundamentalismo islámico o el pueblo kurdo (Landa, 2018, p. 27; Rodríguez Montañés, 2012, pp. 240 ss.), así como a otros colectivos, como el LGBTI (Landa, 2018, p. 35). El punto de inflexión de esta evolución jurisprudencial vino determinado por la STEDH 16-7-09 (caso *Féret vs. Bélgica*), que se ocupó de un supuesto en el que un candidato político (*Féret*) profirió insultos y vejaciones a inmigrantes. A pesar de contar con tres votos particulares, la resolución acabó considerando irrelevante la ausencia en el discurso político de amenazas o expresiones de incitación a la violencia, para detener su atención en la naturaleza de las víctimas del mensaje como susceptibles de configurar grupos vulnerables o categorías sospechosas².

2. En palabras de la mencionada STEDH 16-7-09, “el lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y el odio racial, lo que no puede ser camuflado por el proceso electoral”. *La incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado*

En correspondencia con esta idea, años más tarde Sentencias del TEDH como la de 10 de julio de 2008 (caso *Soulas* contra Francia), la de 7 de mayo de 2010 (caso *Jean Marie Le Pen* contra Francia) y la de 17 de diciembre de 2013 (caso *Perinçek* contra Suiza), calificaron como “discurso del odio” toda incitación a la discriminación, odio o violencia racial, xenófoba, homófoba, etc., y recuerdan en su fundamentación jurídica que los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política de los Estados democráticos (Aguilar *et al.*, 2015, pp. 42 ss.). Tal interpretación acabó por consolidarse con la STEDH de 9 de mayo de 2012 (*Vejdeland and Others vs. Suecia*), sin que entonces se pronunciara ya voto particular alguno. A través de dicha resolución, el TEDH reconoció que la propaganda emitida en una escuela secundaria por varios escolares en contra de personas homosexuales a los que se les culpó de ser los causantes del SIDA y el VIH, disponía contenidos inaceptables. En esta resolución se destacó la necesidad de proteger a un sector de la población amenazado a consecuencia del discurso del odio declarando: *“La incitación al odio no necesariamente implica un llamado a la violencia y otros actos criminales. El ataque a personas cometido mediante el insulto, exponiendo al ridículo o a la difamación de grupos específicos de la población es suficiente razón para que las autoridades combatan el discurso racista de frente a la libertad de expresión ejercida en una manera irresponsable”*.

En idéntica dirección, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), a través su Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR), en declaración conjunta realizada el 21 de marzo de 2015 con motivo del día internacional para la eliminación de la discriminación racial, calificaron el discurso del odio como una forma extrema de intolerancia, que contribuiría al crimen de odio y que debería ser perseguida penalmente. En concreto, la ECRI del Consejo de Europa, en su Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros, definió la incitación al odio como *“[...] todas las formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, entre otras, la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la*

en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos”. Por todo ello, el TEDH considera las condenas belgas a *Féret* acordes al art. 10 CEDH. Particularmente gráfico a este respecto es el F.J. n.º 46 de la STEDH 17-12-13 (caso *Perinçek* contra Suiza).

*discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante*³. De acuerdo con esta definición, lo que sería objeto de castigo no vendría representado por la mera expresión de ideas, por execrables que sean, sino por realizarse de tal modo y en circunstancias que supongan una provocación al odio, la discriminación o la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social contenidos en los arts. 10 y 14 CE (Aguilar, 2015, p. 35; Dolz Lago, 2011). En términos similares se expresa la Recomendación nº 7 de la ECRI, de 13 de diciembre de 2002. Esta Recomendación identifica el discurso del odio con aquellas expresiones que intencionadamente difundidas implican: a) una incitación pública a la violencia, el odio, la discriminación; o b) insultan y difaman públicamente a personas o grupos de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen, nación o etnia. Dicha recomendación se completa con la Recomendación nº 13 de la ECRI, sobre anti-gitanismo, así como con la Recomendación R (97) 20 del Consejo de Europa, sobre el discurso del odio. Esta última Recomendación define el discurso del odio como aquél que *“cubre todas las formas de expresión que extienden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia”*. Además, insta expresamente a los Estados a *“actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”*.

Ya en España, el concepto de “discurso de odio” que acaba de ser expuesto no ha resultado en absoluto ajeno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. En cuanto al primero, cabe destacar, entre otras, la STS 10-5-11 (Caso *Blood and Honour*) y, más recientemente, la STS 72/18, 9-2 apunta que el art. 510.1 CP *“...sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del “discurso del odio”, que lleva implícito el peligro al que se refieren los*

3. Decisión adoptada por el Comité de Ministros el 30 de octubre de 1997, en la sesión nº 607 de los delegados de los ministros.

Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad” (STS 72/18, 9-2, F.J. 1^a). Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, debe destacarse la ya mencionada STC 176/95 (caso Makoki)⁴.

2.2. Valoración Crítica

Tal y como puede comprobarse por la exposición que acaba de ser realizada, el más reciente desarrollo de la doctrina relativa al discurso del odio, en particular el que corresponde a la jurisprudencia del TEDH, por una parte, y en España a la del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, por otro, pone de relieve la vocación fundamentalmente utilitarista que explica el creciente recurso a la misma. Dicha utilidad consistiría esencialmente en lo siguiente: constituir un instrumento al servicio de una considerable simplificación de la siempre compleja ponderación entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y los intereses jurídicos protegidos mediante la eventual restricción de aquel derecho en supuestos límite, como, por ejemplo, los que plantea la fenomenología del discurso político extremo. De acuerdo con la referida lógica jurisprudencial del concepto, el discurso del odio operaría como un *topos* que desplegaría, tal y como ya se ha expuesto a propósito de la interpretación que del art. 17 CEDH viene realizando el TEDH, una suerte de “efecto guillotina”. De acuerdo con el mismo, ninguna expresión calificable como “discurso del odio” podría quedar amparada, por principio, por la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 21.7^o CP, en relación con los arts. 10 CEDH y 20 CE), de modo que en tales casos ya

4. La doctrina del discurso de odio también se encuentra recogida en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (SSAP Barcelona, 5^a, 27-4-18; Santa Cruz de Tenerife 7-3-14) y de los Juzgados de lo Penal (SSJP n^o 2 Manresa 307/11, 11-11; n^o 2 Lleida 16-11-06; n^o 2 Logroño 2-4-04).

no sería ni siquiera preciso realizar ponderación alguna entre los supuestos derechos fundamentales en juego (Alcácer, 2016, p. 3).

Cuando la manifestación innecesaria de una idea atente de forma particularmente intensa contra el honor y la dignidad de las personas (p. ej., mediante insultos graves) o la libertad (p. ej., a través de amenazas), o no se limite a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo ponga materialmente en peligro, podría prevalecer —tal y como ya se mencionó *supra* en relación con los límites del derecho a la libertad de expresión— el honor, la libertad o la dignidad humana sobre la libertad de expresión (Lascuráin, 2010, p. 1). Dicha conclusión requiere, como es lógico, de un ejercicio de ponderación de los intereses en juego que, sin embargo, el concepto del “discurso del odio” permitiría evitar. De acuerdo con la lógica del discurso del odio, en caso de que se entiendan concurrentes en una determinada expresión o manifestación de ideas sus elementos fundadores, quedará excluida, por principio, la aplicabilidad del art. 21.7º CP en relación con la libertad de expresión. Tal circunstancia conduce a lo que, con razón, críticamente se ha denominado “*uso y abuso de la noción de discurso del odio*”, al dar lugar a una evidente petición de principio: se evita la ponderación de derecho negándose de plano en los supuestos de discurso del odio la posibilidad de que entre en juego el derecho fundamental a la libertad de expresión, cuando de lo que se trata es, precisamente, de conocer si esto último es o no posible a través de la ponderación de la libertad de expresión con otros intereses que puedan entrar en conflicto con ella (Alcácer, 2016, pp. 3 ss.).

No es éste, sin embargo, el único efecto pernicioso del concepto de “discurso de odio”. Una segunda inconsecuencia del mismo, o, al menos, del contenido con el que la jurisprudencia está dotando a la noción que nos ocupa, se refiere a su excesivo grado de vaguedad. Puede compartirse, tal y como ya se ha expuesto a propósito de la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, que algunas formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante podrían no quedar amparadas por el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión (Alcácer, 2016; 2020, *passim*). Esta conclusión puede alcanzarse tanto desde una perspectiva constitucional (art. 20 CE), como desde el punto de vista del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 10 CEDH). En relación con este último instrumento normativo, resultaría perfectamente aplicable a aquella clase de manifestaciones la

ya mencionada cláusula sobre la limitación de la aplicación de las restricciones de derechos prevista en el art. 18 CEDH. No obstante, es igualmente claro que no todo discurso expresivo de un ejercicio abusivo del derecho fundamental a la libertad de expresión resultará automáticamente relevante desde una perspectiva penal. Como es de todo punto lógico, debe existir un espacio reservado para el ejercicio legítimo del derecho fundamental recogido en los arts. 10 CEDH y 20 CE, por un lado; un segundo ámbito, eventualmente, para las manifestaciones expresivas que de modo más socialmente intolerable pongan en peligro los bienes jurídicos que, como el honor, la libertad o la dignidad humana, puedan entrar en peligro con la libertad de expresión; y, finalmente, una esfera intermedia entre ambos extremos en la que tengan cabida, precisamente, todos aquellos supuestos en los que se incurra en un uso abusivo de aquel derecho de modo no típicamente relevante (Alcácer, 2016).

No en vano, la inconcreción de los presupuestos objetivos del concepto “discurso del odio” ha acabado conduciendo de forma prácticamente inevitable a que la jurisprudencia haya empezado a acudir al mismo para justificar la conformidad con el derecho fundamental a la libertad de expresión de resoluciones judiciales condenatorias por delitos que escasa o nula relación guardarían con el contexto natural de la doctrina, esto es, el art. 510 CP. Sucede lo primero con el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) y lo segundo, entre otras constelaciones delictivas, con los delitos contra la corona (art. 490 CP). Paradigmática resulta, en relación con este último grupo de casos, la STC 177/15, 22-7, que se hizo eco del concepto que nos ocupa para confirmar en amparo la sentencia condenatoria dictada en un supuesto de quema de fotos del rey en el seno de una manifestación antimonárquica (Alcácer, 2016, p. 4)⁵. En idéntica línea se expresa, en lo que ahora nos ocupa, la STEDH 13-3-18, F. J. 3º, que condenó a España en este caso por vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión, con base, igualmente, en el argumento de que la conducta, al no implicar incitación a la violencia, tampoco constituiría expresión de discurso del odio⁶.

-
5. *Vid.* también, sobre el particular, la SAN 5-12-08 y, en particular, su interesante voto particular.
 6. Similar referencia se encuentra, ya con anterioridad, en la STEDH 8-3-11, que resolvió el asunto Otegi contra España, F.J. 1º: “Aunque algunos de los términos del discurso del demandante pintan uno de los cuadros más negativos del Rey como institución, adquiriendo así una connotación hostil, no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio, lo que a juicio del Tribunal es el elemento esencial a considerar (véase, a contrario, Sentencia Sürek contra Turquía (núm. 1) [GS], núm. 26682/1995, ap. 62, TEDH 1999-IV). Por otra parte, señala que ni los tribunales internos ni el Gobierno han justifi-

Si alguna virtualidad limitadora de la libertad de expresión típicamente relevante cabe reconocer a la noción del discurso del odio, la misma probablemente pase por el análisis de hasta qué punto el empleo de dicho concepto resulta aceptable en aras de la protección penal de minorías, inmigrantes y otros colectivos especialmente necesitados de protección. Tal y como recuerda Landa Gorostiza, es probable que cuando al TEDH nos referimos, no quepa aludir a un único concepto de “discurso del odio”, sino a varios, en correspondencia con la apertura de esta doctrina a contextos distintos al revisionismo histórico del holocausto nacionalsocialista o la incitación filonazi, como los relativos al discurso político anti-inmigración, el homofóbico o la incitación al odio religioso (Landa, 2018, pp. 33 y 37). Es evidente, en este contexto, que ni el rey, ni los miembros de la corona, ni las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado forman parte de ningunos de los llamados “colectivos-diana” referidos por la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, por lo que el recurso a dicha doctrina en supuestos de amenazas o injurias contra alguno de aquellos delitos se encuentra completamente fuera de lugar (Landa, 2018, p. 46)⁷.

cado la condena del demandante mencionando la incitación a la violencia o el discurso de odio”.

7. En idéntica línea, muy gráficamente, la SAP Barcelona, 6º, 12-12-18, F.J. 2º: *“Es preciso restringir el alcance del concepto a su núcleo originario: el combate contra la desigualdad para proteger a colectivos que puedan ser calificado de históricamente vulnerables en el marco de producción del hecho, lo que no permite abarcar las instituciones del Estado, que pueden ser susceptibles de protección por otras vías, en su caso”.* Prosigue la resolución: *“(…) parece todo un contrasentido institucional afirmar (como hacen el TEDH y el TC) que la libertad de expresión tiene una posición especialmente preferente cuando contribuye al debate público respecto de asuntos de relevancia general, en el que estén implicados sujetos que ejerzan funciones públicas para, acto seguido, matizar que tales sujetos pueden integrar algunos de los colectivos susceptibles de ser discriminados a través del discurso del odio, pues no cabe duda del tremendo efecto desalentador que sobre el ejercicio del derecho se deriva de ese reconocimiento. Por ello, no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser tributario de la protección que le dispensa la prohibición del denominado “discurso del odio”, que debe circunscribirse a los colectivos vulnerables e históricamente discriminados en el contexto concreto en el que se emita el discurso”.* En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la STEDH 28-8-18, que en el caso *Savva Terentyev* contra Rusia estimó que los cuerpos policiales no pueden considerarse un grupo o colectivo que necesite una protección especial bajo el paraguas del discurso del odio. Por el contrario, se trataría de una institución pública, que como otras de su clase, debe tener mayor grado de tolerancia ante las palabras ofensivas. En la misma línea, pero en un contexto más amplio en relación con la libertad de expresión y el delito de calumnias, se pronunció la STEDH 20-11-18, relativa al caso *Toranzo Gómez* contra España.

En correspondencia con cuanto acaba de ser expuesto denuncia la inconcreción del concepto del discurso del odio, con particular claridad y de modo ampliamente compartible, Alcácer Guirao: “Ciertamente, la propia vaguedad e indeterminación de la noción de “discurso de odio”, o de otras fórmulas acuñadas por nuestro legislador penal como “*incitación, directa o indirecta, al odio o la discriminación*” (art. 510 del Código Penal [CP]), permite su aplicación a un amplísimo marco de conductas expresivas —con la consiguiente amplitud en la restricción de la libertad expresión—. Pero dudo mucho que su elasticidad permita extenderlo al discurso simbólico antimonárquico. Si la familia real se considera víctima idónea del discurso de odio, no hay razones para no incluir cualquier otra persona o colectivo sobre la que se proyecten mensajes de odio, discriminación o repudio, ya ejerzan funciones públicas, ya sean ciudadanos de a pie. Con ello, toda injuria, insulto o menosprecio público podría ser considerado “discurso de odio”, perdiendo tal noción el sentido con que había sido acuñada” (Alcácer, 2016, pp. 3 ss.)⁸.

3. DAÑO, OFENSA Y ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO (ART. 578 CP)

3.1. Planteamiento

Tal y como acaba de exponerse, uno de los ámbitos a los que ha acabado extendiéndose la lógica jurisprudencial del “discurso del odio” es el relativo al enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP). La revisión de algunos de los más paradigmáticos supuestos de hecho relativos a la fenomenología de este delito relacionada con el empleo de las redes sociales⁹ pone

8. En un sentido parecido se pronunció la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Barcelona a través de su sentencia 787/12, 6-9, por la que se revocó la condena impuesta en el caso del panfleto de Plataforma per Catalunya por la SJP nº 2 Manresa 11-11-11. Advierte también del riesgo de abuso del modelo normativo que nos ocupa la propia Recomendación sobre política general nº 15, relativa a la lucha sobre el discurso del odio, de 8 de diciembre de 2015.

9. Particularmente reveladores son los casos de Cassandra Vera y César Strawberry. Los hechos del caso Cassandra Vera consistieron en la publicación continuada en la red social Twitter de trece chistes sobre la llamada “Operación Ogro”, esto es, el atentado perpetrado por ETA el 20 de diciembre de 1973 contra el almirante Luis Carrero Blanco, el entonces presidente del gobierno de España durante la dictadura franquista. En los chistes se aludía al modo en que el vehículo siniestrado sobrevoló un muro colindante como si de una suerte de viaje espacial se tratara. La SAN, 4ª, 9/17, 29-3, condenó en primera instancia a Cassandra Vera a la pena de un año de prisión y siete de inhabilitación absoluta por la comisión de

de relieve, como en ningún otro contexto, dos de los principales rasgos de la actual jurisprudencia española en materia de discurso de odio punible: una errática interpretación del art. 578 CP, que acaba conduciendo a resoluciones judiciales de signo muy diverso a propósito de supuestos de hecho similares o, incluso, idénticos; y una (prácticamente) absoluta falta de concreción del bien jurídico protegido en el delito de referencia. Al desarrollo de estas dos eventualidades dedicaremos las siguientes líneas.

un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo con humillación de sus víctimas. Dicha resolución fue casada, sin embargo, por la STS 95/18, 29-2, que consideró que los mensajes de referencia enjuiciados no resultaban subsumibles en el art. 578 CP. Por su parte, Augusto Montaña Lehman, conocido artísticamente como “César Strawberry”, fue juzgado como supuesto autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo por la publicación en *Facebook* de seis chistes de contenido diverso relativo a determinados atentados terroristas y sus víctimas, así como a la Casa Real. La SAN 1^º, 20/16, 19-7, analizó con detalle cada uno de los mensajes de Strawberry, para concluir que en ninguno de ellos se enaltecía realmente ni el terrorismo en general, ni la organización terrorista ETA, en particular. Tampoco observó la Audiencia Nacional en ellos humillación o descrédito de las víctimas del terrorismo. La resolución de la Audiencia Nacional fue casada por la STS 4/17, 18-1, que revocó, por tanto, la absolución de instancia y condenó a César Strawberry como autor de un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo con humillación de sus víctimas a una pena de un año de prisión y seis y medio de inhabilitación absoluta. Esta sentencia ha sido recientemente anulada por la STC 25-2-2020, que considera que las expresiones del condenado quedarían abarcadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión. Otros dos supuestos recientes de enaltecimiento del terrorismo en redes sociales son los casos Valtónico y Pablo Hasél. El primero se refiere a la publicación de canciones que incluyen referencias a las organizaciones terroristas ETA y GRAPO y la expresión del deseo de que atenten contra determinados políticos, miembros de la Casa Real, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, etc.; crítica e insultos a políticos, miembros de la Casa Real, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, etc.; y, como en los casos Cassandra Vera y César Strawberry, chistes sobre el atentado a Carrero Blanco. Valtónico fue condenado por SAN 21-2-17, confirmada posteriormente en casación por STS 79/18, 15-2, a 2 años de prisión por enaltecimiento del terrorismo, a 1 año de prisión por calumnias e injurias graves a la Corona, y a 6 meses de prisión por amenazas no condicionales. En el caso de Pablo Hasél, por material de contenido similar fue condenado por SAN 31-3-14, confirmada en casación por STS 106/15, 19-2, a 2 años de prisión por enaltecimiento del terrorismo; y, años más tardes, por expresiones en idéntica línea de pensamiento, por SAN 3/18, 2-3, a 2 años y 1 día de prisión por enaltecimiento del terrorismo, 12 meses de multa por calumnias e injurias graves a la Corona y 15 meses de multa por calumnias e injurias graves a Instituciones del Estado. La Sala de Apelación de la AN estimó parcialmente el recurso presentado por la defensa del condenado y, por SAN 5/18, 14-9, rebajó la condena por enaltecimiento del terrorismo a 9 meses y 1 día de prisión. La STS 135/20 confirmó en casación la mencionada SAN (Sala de apelación) 5/18, 14-9. Sobre el delito previsto en el art. 578 CP, vid., por todos, Cuerda Arnau, ML (2007) y Alonso Rimo (2010).

3.2. Falta de concreción del bien jurídico protegido

De acuerdo con la doctrina sentada, entre otras muchas, por la STS 812/11, 21-7, el art. 578 CP protege “(...) *la interdicción (...) del discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrizamiento (sic) colectivo como medio de conseguir esas finalidades*”¹⁰.

A la vista de esta referencia jurisprudencial, es obligado preguntarse cuál es exactamente, a juicio del Alto Tribunal, el interés protegido por el precepto. Que el discurso del odio no se encuentra amparado por la libertad de expresión y que, en uno de sus recientes desarrollos jurisprudenciales, el art. 578 CP constituye uno de los mecanismos de sanción penal de dicha clase de discurso es algo que —tal y como ya se expuso *supra*— tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional ya se han encargado de poner de relieve en repetidas ocasiones. Al invocarse la doctrina del discurso del odio con el propósito de concretar el objeto de protección penal del art. 578 CP, lo que en realidad se acaba provocando es, sin embargo, una irremediable petición de principio. De lo que se trata es, precisamente, de determinar en qué supuestos, y en nombre de qué intereses merecedores de protección, la infracción de la prohibición de realización de un discurso de odio debería ser sancionada penalmente. Con ello, la doctrina jurisprudencial de referencia parecería estar abonando el terreno de la tipificación de comportamientos fundamentalmente orientados a la expresión de actitudes internas de ofensa, humillación o descrédito de determinados colectivos, sin un objeto jurídico de protección claramente determinable (Miró, 2018, p. 39).

No es de extrañar, en este contexto, que algunas voces hayan sugerido recientemente una reformulación hermenéutica de los delitos apologéticos y de descrédito que nos ocupan con apoyo en la doctrina del *offense principle*, fundamentalmente defendida por Joel Feinberg (1986, pp. 5 ss.). Dicho principio conduciría a una nueva configuración del conocido *harm principle*, de acuerdo con el cual en una sociedad civilizada el Estado únicamente podría limitar legítimamente la voluntad y las acciones de los

10. Sigue este criterio, por ejemplo, la más reciente SAN 4º, 9/17, 29-3.

individuos para prevenir daños a otros individuos (Stuart Mill, 1859, p. 128). De acuerdo con el *harm principle*, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad constituirían dos de los principios esenciales del bienestar del individuo. El Estado debería garantizar la protección de la libertad individual, de tal modo que cuando el ejercicio de la libertad de un sujeto limite la de otro, provocándole un perjuicio, entonces el Estado, o incluso otro individuo, estarán legitimados para intervenir limitando la libertad del perturbador (Stuart Mill, 1859, p. 127).

De acuerdo con la variante del *harm principle* representada por el *offense principle*, el límite mínimo de la intervención del Estado en la esfera de libertad del individuo vendría representada no ya por los daños a terceros, sino por las molestias a sentimientos colectivos (Feinberg, 1986, pp. 5 ss.). Partiendo de dicho principio, y del esquema daño (*harm*)-ofensa (*offense*) que constituye su pilar fundamental, Miró distingue entre expresiones dañosas y expresiones ofensivas, para concluir lo siguiente: los únicos comportamientos merecedores de ser castigados con pena de prisión serían aquéllos susceptibles de provocar un daño, entendido como puesta en peligro o lesión de intereses íntimamente relacionados con las esferas de libertad esencial y autonomía personal de algún ciudadano en concreto, esto es, los intereses esenciales para el desarrollo de la personalidad en dignidad de individuos determinados (Miró, 2015; 2018, p. 29). Por su parte, aquellas conductas que, no causando grave daño o peligro, sí constituyan ofensas o injustos (*wrongdoing*), esto es, experiencias no placenteras, inconveniencias y molestias no constitutivas de daño, únicamente podrían ser castigadas mediante el Derecho penal, a lo sumo, con una pena de multa (Miró, 2018, pp. 27 ss.). Sería necesario, además, que se tratase de una ofensa grave y que pudiera entenderse que el medio penal no resulta desproporcionado a tal efecto “tanto desde una perspectiva deontológica de proporcionalidad con lo hecho como consecuencialista en términos disuasorios” (Miró, 2018, p. 31). Finalmente, el Derecho penal no debería ocuparse —prosigue Miró— de las meras molestias causadas por comportamientos que puedan perturbar la paz de las personas (Feinberg, 1986, p. 5; Miró, 2018, p. 27).

Con apoyo en esta clasificación tripartita, Miró distingue entre los dos comportamientos tipificados en el art. 578 CP, el de enaltecimiento del terrorismo, por un lado, y el de humillación y descrédito a las víctimas, por otro. Sobre el papel, sólo el primero “constituiría la criminalización de una conducta por su capacidad potencial para causar daño”, mientras que el tipo de humillación a las víctimas “supondría más bien la criminalización de una conducta ofensiva que afectaría al honor de las víctimas, de sus familiares o de la colectividad” (Miró, 2018, p. 37). Pese a esta supuesta distinción legislativa, la jurisprudencia sobre enaltecimiento en redes socia-

les, al no exigir para dicha conducta puesta en peligro o lesión de intereses íntimamente relacionados con las esferas de libertad esencial y autonomía personal de los ciudadanos, vendría a equiparar el enaltecimiento del terrorismo con la humillación de sus víctimas, como si en ambos casos de ofensas a sentimientos colectivos, y no de daños a intereses individuales, se tratara (Miró, 2018, p. 42). Con base en esta exégesis del art. 578 CP, puesto que el precepto dispone como consecuencia jurídica tanto pena de prisión como de multa, la intervención penal del Estado en todos los supuestos contemplados por el tipo, sean de enaltecimiento o de humillación, debería limitarse —siempre a criterio de Miró—, para ser legítima, a la imposición de penas no privativas de libertad (Miró, 2018, p. 43).

La distinción entre expresiones dañosas y ofensivas propuesta por Miró y, en general, la discusión sobre los límites mínimos de la intervención del Derecho penal y, con ello, acerca de la eventual criminalización de comportamiento ofensivos, resulta, sin duda, altamente sugerente. Por de pronto, la asunción del llamado *offense principle* probablemente aporte la indudable ventaja de su capacidad de rendimiento en ámbitos normativos, como el del art. 578 CP, en los que se encuentra lejos de ser incontrovertida la determinación del bien jurídico penalmente protegido. Frente a la incertidumbre de la indeterminación de cuál es, exactamente, el objeto jurídico puesto en peligro mediante las conductas de enaltecimiento del terrorismo o humillación a sus víctimas, el criterio distintivo entre daños y ofensas podría servir para reducir en alguna medida la complejidad de la cuestión planteada. En concreto, permitiría discernir de forma aparentemente sencilla si el correspondiente comportamiento típico pondría en peligro algún interés individual vinculado con la libertad, la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad de individuos en concreto o más bien resultaría supuestamente ofensivo de sentimientos colectivos más o menos determinables. La aplicación del *offense principle* podría contribuir de modo razonablemente fundamentado, así, a una interpretación restrictiva del art. 578 CP en esencia atendible (Miró, 2018, p. 28).

Sin embargo, la supuesta ausencia de concreción del concepto de bien jurídico, en cierto modo justificativa del recurso al *offense principle*, no resulta del todo ajena al criterio que ahora nos ocupa. Las dificultades que entraña la determinación del bien jurídico protegido en el art. 578 CP resultan perfectamente equiparables, si no idénticas, a las que implicaría el conocimiento de cuándo alguna de las conductas recogidas en el precepto de referencia podría llegar a dañar un interés personalísimo individual o molestar un sentimiento colectivo perseguido por el *offense principle*. Por lo demás, si, como parece, la delimitación —decisiva para conocer cómo debe intervenir el Derecho penal, en el supuesto de que debiera hacerlo— se

fundamenta de todos modos en el objeto jurídico de protección (intereses íntimamente relacionados con las esferas de libertad esencial y autonomía personal de los ciudadanos *versus* sentimientos colectivos), no se alcanza a advertir, entonces, qué capacidad de concreción aporta el *offense principle* y su binomio *harm-offense*, con respecto al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Resultaría perfectamente posible establecer, de este modo, un innegable paralelismo entre los anglosajones *harm* y *offense principles*, por un lado, y el principio continental de protección exclusiva de bienes jurídicos, por otro. Nada impide, por tanto, emplear para los referidos intereses sociales, individuales y colectivos, la denominación “bien jurídico”, para centrar la discusión, entonces, en torno a cuáles de ellos, ante qué ataques y con qué consecuencias jurídicas deben ser penalmente protegidos.

Esta conclusión se fundamenta, a su vez, en la premisa de que nada impide albergar en el concepto de bien jurídico intereses o sentimientos colectivos como, por ejemplos, los religiosos o los relativos a la seguridad. Cuestión distinta es que resulten merecedores de protección penal o, en caso de serlo, cuál debe ser la *intensio* y la *extensio* de la respuesta penal. Como es sobradamente conocido, el concepto de bien jurídico nace con Birnbaum (1834) en la Alemania liberal de mediados del XIX. Suele afirmarse que el concepto no surgió con la pretensión de limitar el *ius puniendi* del Estado, sino, al contrario, con la voluntad de ampliarlo, permitiendo, de este modo, la aparición de algunos delitos que, por consistir en la vulneración de intereses supraindividuales (como, por ejemplo, la religión o las buenas costumbres), en modo alguno podían encajar en el Derecho penal exclusivamente protector de los derechos individuales (Mir, 1976, p. 128). De este modo, si nos atenemos al fin con el que la noción de bien jurídico fue concebida en su origen, este concepto no sólo no impidió calificar como delito la lesión o puesta en peligro de intereses colectivos, no individuales, sino que su nacimiento histórico obedeció a la voluntad de extender la protección penal también a ciertos intereses supraindividuales. No en vano, todas las legislaciones penales liberales del s. XIX contenían ya delitos que atentaban o ponían en peligro bienes jurídicos colectivos o de titularidad estatal.

Ciertamente, puede afirmarse que al menos uno de los padres reconocidos del concepto de bien jurídico, Birnbaum no atribuyó a dicho concepto una capacidad particularmente limitadora del *ius puniendi*. Puede discutirse, y de hecho se discute, si el concepto de bien jurídico nació con dicha vocación o si lo hizo, en cambio, con otra de signo distinto o, incluso, opuesto. Así, por ejemplo, mientras que algunos autores se muestran partidarios de la segunda alternativa, otros, en cambio, consideran que, en Birnbaum, el concepto que nos ocupa, aunque por una parte vino

a legitimizar una ampliación del ordenamiento jurídico-penal, por otra contribuyó a incrementar el grado de racionalidad y seguridad jurídica que debe presidir su aplicación. Así, por ejemplo, autores como Alcácer Guirao entienden que el tránsito operado por Birnbaum del delito como lesión de derechos subjetivos individuales al delito como lesión de un bien jurídico, lejos de representar un giro ideológico del liberalismo al comunitarismo, persiguió, en realidad, operar una concreción dogmática y metodológica del concepto “derecho subjetivo”. En concreto, lo que Birnbaum y su noción del bien jurídico habrían perseguido sería dotar al derecho subjetivo de un substrato fáctico, tangible, que sería lo que en realidad resultaría lesionado mediante la comisión del delito, y todo ello en aras de la seguridad jurídica (Alcácer, 2003, pp. 101 s. y 110).

No obstante, dejando al margen la polémica sobre cuál fue la auténtica intención de Birnbaum en el proceso constituyente del concepto de bien jurídico, lo cierto es que existen razones de peso, en mi opinión, para entender que el concepto que ahora nos ocupa puede ser asumido sin traumas desde la perspectiva de un Derecho penal liberal. Creo que el concepto de bien jurídico se encuentra plenamente capacitado para cumplir la función político-criminal liberal limitadora del poder punitivo que normalmente se le encomienda en el marco de un Estado liberal. Los devaneos históricos del concepto no justifican, a mi entender, que el concepto que ahora se analiza no sea válido, sino que, probablemente, lo que viene a demostrar es que se trata, eso sí, de una noción que, todavía a día de hoy, se encuentra pendiente de un mayor nivel de desarrollo y concreción por parte de la doctrina (Alcácer, 2003, p. 68). En mi opinión, no sólo es *posible* configurar de este modo el concepto de bien jurídico, sino que existen sobrados motivos para entender que ello es, además, *recomendable*. Esto último podría apoyarse, principalmente, en tres ideas.

La primera idea es de orden histórico, y pretende llamar la atención sobre el hecho siguiente. Quizá pueda decirse que el concepto de bien jurídico fue acuñado por Birnbaum en un sentido no necesariamente liberal, y que, posteriormente, puesto en manos de algunos autores neokantianos, alcanzó considerables cotas de abstracción y espiritualización, no contribuyendo ello, desde luego, a su comprensión como un concepto liberal. Sin embargo, su concepto de bien jurídico poco o nada tenía que ver con el sentido original del mismo (Schwinge y Zimmerl, 1937, p. 62). De hecho, no resulta en absoluto difícil encontrar antecedentes (no demasiado alejados en el tiempo del origen del concepto) de autores que lo habría utilizado en un sentido inequívocamente limitador del *ius puniendi*. Debe advertirse, además, que aunque es cierto que el concepto que nos ocupa pudo no aparecer originalmente como un instrumento limitador en el sentido indicado,

sino que este sentido se la ha comenzado a ser reconocido por parte de un sector de la doctrina en tiempos relativamente recientes (Mir, 2016, 4/58 ss.; Roxin, 1976, p. 23), un sector cada vez más importante de la doctrina viene sugiriendo en la actualidad la existencia de una posible conexión entre el concepto de bien jurídico y la noción ilustrada del “daño social” (Mir, 1976, p. 129; Rudolphi, 1970, p. 154).

Por último, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que las concepciones espiritualizadas del bien jurídico (defendidas en su momento, por ejemplo, por la llamada Escuela de Marburgo: Zimmerl y Schwinge, 1937, pp. 62 s. y 77 ss.) en absoluto deben verse como una consecuencia necesaria o inevitable de la noción misma de bien jurídico. Al contrario, no solo se trata de los posibles modos de configurarla, sino, seguramente, de uno de los que en mayor medida ha traicionado el espíritu esencialmente liberal del concepto de bien jurídico. En efecto, existe, por ejemplo, una posible fundamentación material del concepto que ahora nos interesa plenamente coherente con el programa político-criminal ilustrado. Me estoy refiriendo a la concepción *personalista* del bien jurídico. En efecto, si desde la perspectiva de un Estado liberal el Derecho penal podría ser visto como un instrumento del Estado en aras de la protección de los intereses del ciudadano, singularmente de su libertad, entonces resultaría perfectamente adaptable a dicha perspectiva un concepto de bien jurídico centrado en los intereses individuales de la persona. Esto es, un concepto de bien jurídico reconducible al individuo, y resistente a toda “comunitarización” y “etización” del Derecho penal (Alcácer, 2003, p. 72). Frente a las concepciones “espiritualizadas” del bien jurídico, una concepción personalista del bien jurídico presenta indudables ventajas en términos de seguridad jurídica. Ello obedece, principalmente, a que, desde el punto de vista de la función de criminalización de conductas, la mencionada perspectiva personalista obligaría al legislador a fundamentar y racionalizar en mayor medida la creación de normas penales, al tomar como punto de referencia “objetos” externos a la propia lógica de la norma y a la “valoración del objeto” subyacente a la misma (Alcácer, 2003, pp. 73 y 77 ss.).

¿Significa este posicionamiento en favor de un concepto personalista de bien jurídico, y el consiguiente rechazo de sus concepciones “espiritualizadas”, que no cabe proteger intereses supraindividuales, esto es, que todo delito que atente contra bienes jurídicos colectivos puede ser tachado, automáticamente, como impropios del Derecho penal de un Estado liberal? La pregunta que acaba de ser formulada debe ser contestada en sentido negativo. Comparto la posición de aquellos autores que defienden la idea de que la protección del individuo, singularmente de su libertad, mediante el Derecho penal no debe articularse exclusivamente a través de la protec-

ción de bienes jurídicos individuales, sino también mediante la de algunos bienes jurídicos supraindividuales especialmente importantes —sólo éstos— para el individuo en términos de participación del sujeto en el sistema social. Paradigmáticos al respecto serían, por ejemplo, la Hacienda pública, el medio ambiente o la Administración de Justicia (Alcácer, 2003, pp. 96 s.).

Tampoco se encuentra justificada, desde mi punto de vista, la crítica según la cual el concepto de bien jurídico tendría naturaleza exclusivamente “causal”, “naturalístico” o “materialista” (Werle, 1989, p. 711). Esto es, únicamente capaz de explicar el contenido de intereses materiales susceptibles de protección jurídica, no, por tanto, el de los intereses de naturaleza “ideal” (Schwinge y Zimmerl, 1937, p. 68; Sina, 1962, p. 81). Tanto la Filosofía del Derecho, como la Jurisprudencia de intereses de Derecho civil, como, por último, el Derecho penal se han encargado de poner de manifiesto que el término “bien jurídico” también puede ser empleado sin traumas en un sentido que no sólo comprenda los intereses estrictamente materiales, sino también los ideales o inmateriales. Así, por ejemplo, desde la lógica del propio lenguaje jurídico y filosófico se considera que no plantea problema alguno, por ejemplo, la afirmación del interés ideal “honor” como un bien jurídico merecedor de protección civil o penal (Schwinge y Zimmerl, 1937, p. 68). No obstante, en este trabajo se estima preferible sostener un concepto de bien jurídico de conformidad con el cual éste no sea contemplado ni como una “cosa”, ni como un “valor” o un “interés” que deba ser protegido, sino como algo participante tanto de lo primero como de lo segundo. Desde la perspectiva que aquí se adopta, defendida en España por Mir Puig, se considera conveniente definir el bien jurídico penalmente protegido, por tanto, como una relación dialéctica de realidad y valor. Esto es, como una “cosa valiosa” (Mir, 2016, 6/40; Alcácer, 2003, p. 90).

Desde la concepción de la antijuricidad penal que aquí se considera preferible, el Derecho penal debe ser contemplado como un medio de control social cuya función consiste en la protección de la sociedad mediante la evitación de delitos, esto es, de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales. De acuerdo con este planteamiento, los bienes jurídico-penales deben ser contemplados como condiciones de la vida social que afectan a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social (Mir, 2016, 4/55 y 6/41), como unidades funcionales sociales valiosas necesarias para la existencia de nuestra sociedad en su concreta configuración (Rudolphi, 1970, p. 167) o como desarrollo de posibilidades en su evolución hacia la consecución del estadio de sujeto de derecho emancipado (Otto, 1971, p. 5). Entendido de este modo el concepto de bien jurídico-penal, para un Estado social y democrático de derecho no sólo es legítimo, sino que es incluso preceptivo castigar con pena los ataques más peligrosos

contra bienes jurídicos por ser socialmente dañosos en términos de posibilidades de participación del individuo en la sociedad. Así las cosas, creo que es posible afirmar que la noción de libertad individual se encuentra en la base misma de dicho concepto. Por este motivo, puede entenderse que la función social-preventiva del Derecho penal, esto es, la protección de la sociedad mediante la prevención de delitos, persigue, en cierta forma, garantizar la libertad de los individuos asegurando la indemnidad de sus condiciones mínimas de vida (bienes jurídico-penales). Así entendida, la libertad individual de los ciudadanos se convertiría no sólo en un límite para el *ius puniendi* del Estado, sino en fundamento mismo de la intervención penal (Mir, 2016, 4/47; Mendoza, 1999, p. 312; Hefendehl R *et al.*, 2007, *passim*).

Con base en todo lo expuesto, y frente a la interpretación del art. 578 CP que se encuentra en las resoluciones condenatorias expuestas *supra*, se impone, tal y como sugiere un sector de la doctrina, una relectura constitucional del precepto, en línea con lo sostenido por la decisiva STC 112/16, 20-6. De acuerdo con esta resolución, “[l]a sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578... supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en 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” (STC 112/16, 20-6, F.J. 4^a)¹¹.

Este criterio ha sido acogido recientemente por la STS 378/17, 25-5. Para esta sentencia sólo es constitucional la sanción penal si aquella negación y justificación opera como incitación, aunque indirecta, a su comisión, debiendo producirse objetivamente una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades abarcada por el dolo del autor. En palabras de la resolución que nos ocupa, “la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578 supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en 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

11. Mediante la STC 112/16, el Tribunal Constitucional hace extensivo a los casos de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, de modo plenamente compatible, el criterio sentado en su momento por la STC 235/07 para las conductas de negación y justificación del genocidio previstas en el ya extinto art. 607.2 CP, integrado desde la LO 1/2015 en el actual art. 510 CP, consistente en que la conducta representara un “*peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación*” Dopico (2017).

o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. De ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas”.

En términos similares se pronuncia el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en su voto particular a la ya mencionada STS 4/17, 18-1, que revocó, por tanto, la absolució de instancia y condenó a César Strawberry como autor de un delito continuado de enaltecimiento del terrorismo con humillación de sus víctimas a una pena de un año de prisión y seis y medio de inhabilitación absoluta. De acuerdo con dicho voto particular, *“puesto que lo que convierte en criminales las conductas de referencia es su aptitud para estimular la práctica de las acciones descritas en los arts. 571 a 577 CP, legitimándolas de algún modo, se hace preciso que aquellas guarden una mínima relación contextual y de efectiva funcionalidad con estas, de manera que quienes ejecutan actos de terrorismo puedan beneficiarse de ellas o rentabilizarlas en términos de apoyo, generación de consenso o de prestigio social. Y en el caso de las relativas a las víctimas, debería tratarse de formulaciones capaces de hacer que una víctima hipotética pudiera considerarse directamente concernida y sentirse vilipendiada por ellas”*¹².

Un último elemento a considerar en los supuestos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas sería, a juicio de Miró, si quien realiza la supuesta ofensa tiene o no derecho a llevarla a efecto. Éste sería el caso, por ejemplo, de los supuestos de crítica política, que *“no puede dar derecho a dañar a otro, pero sí debe limitar al máximo la intervención del Derecho penal frente a lo que simplemente ofende para no poner en peligro la discrepancia”* (Miró, 2018, p. 43). Cuando la eventual ofensa se realice en el marco de la crítica política, el Derecho penal no estará legitimado para intervenir, debiendo hacerlo, a lo sumo, el Derecho civil (Miró, 2018, p. 43). Aunque, ciertamente, este punto de vista es mercedor de ser ampliamente compartido, resulta igualmente claro que adolece, nuevamente, de un elevado grado de circularidad. No resulta razonablemente discutible que

12. Esta argumentación se encuentra, además, en otro reciente voto particular, el emitido por la Magistrada Manuela Fernández Prado a propósito de la SAN 3/18, 2-3, por la que se condenó a Pablo Hasel como autor responsable del delito previsto en el art. 578 CP por tuits de enaltecimiento del grupo terrorista Grapo contra el Rey y la Guardia Civil, entre otras instituciones. En la misma dirección vid. STS 646/18, 14-12 y SAN 6/18, 1-3.

en un Estado democrático el debate ideológico y la discrepancia política constituyan la base del propio sistema, hasta el punto de que sin aquéllos, el sistema mismo difícilmente podría seguir llamándose democrático (Rodríguez Montañés, 2012). Sin embargo, tal y como recuerda la reciente STEDH 13-2-18 (asunto Stern Taulats y Roura Capellera vs. España), también en los casos de crítica política, el derecho fundamental a la libertad de expresión se encuentra sujeto a límites. En concreto, los ya conocidos del honor y la dignidad de las personas (p. ej., mediante insultos graves), la libertad (p. ej., a través de amenazas) o el relativo a aquellos discursos que no se limiten a cuestionar teóricamente el sistema democrático, sino que lo pongan materialmente en peligro (p. ej., mediante actos de promoción del delito) (Lascuráin, 2010, p. 1). Cuando el discurso político entra en colisión con tales intereses es, precisamente, lo que debe determinarse.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar M. A. et al. (2015). *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Barcelona: CEJFE.
- Alcácer R. (2003). *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier.
- Alcácer R. (2016). *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*. RECPC, 18-11.
- Alcácer R. (2020). *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Madrid: Marcial Pons.
- Alonso Rimo, A. (2010). Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales, *RDPC*, 3ª Época, nº 4, pp. 13 ss.
- Birnbaum, J. M. F. (1834). *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito* (trad. Guzmán, J. L., 2010). Valparaíso: Edeval.
- Cuerda Arnau, M. L. (2007). “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 128, pp. 89 ss.
- Dolz, M. (2011). Los delitos de odio en el código penal tras la modificación operada por LO 1/2015. Breve referencia a su relación con el delito del art. 173 CP. *Diario La Ley* 7721: 24-10-11.
- Feinberg, J. (1986). *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, vol 2.
- Hefendehl R. et al. (2007). *La Teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons.
- Landa, J. M. (2018). *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lascuráin, J. A. (2010). La libertad de expresión tenía un precio. *RAD* 6/2010, 24 septiembre 2010.
- Mendoza, B. (1999). Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal. *ADPCP*, pp. 279 y ss.
- Mir, S. (1976). *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*. Barcelona: Bosch.

- Mir, S. (2016). *Derecho penal. PG*, 10^a ed., 2^a reimpr. Barcelona: Reppertor.
- Miró F. (2015). “La criminalización de conductas ‘ofensivas’. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del Derecho penal”, *RECPC* 17-23.
- Miró F. (2018). Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión, en el mismo (dir.) (2018), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización*. Madrid: Marcial Pons.
- Otto, H. (1971). *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*, en Müller-Dietz, H. (dir.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Colonia-Berlín.Bonn-Múnich: Carl Heymanns, pp. 1 y ss.
- Rodríguez Montañés, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*. Tirant lo Blanch.
- Roxin, C. (1976). *Sentido y límites de la pena estatal, en el mismo, Problemas básicos del Derecho Penal* (trad: D-M. Luzón Peña). Madrid: Reus.
- Rudolphi, H. J. (1970). *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, Gotinga: FS-Honig. Otto Schwartz & Co.
- Sina P. (1962). *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut». Helbing y Lichtenhahn*, Basilea.
- Schwinge, E. y Zimmerl, L. (1937). *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. L. Röhrscheid*, Bonn.
- Stuart Mill, J. (1859). *Sobre la libertad* (trad: Azkárate. P. (1997). Madrid: Alianza Editorial.