

## Capítulo VIII

# La opinión como delito

JUANA DEL-CARPIO-DELGADO\*

*Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. ¿QUÉ SON LOS DELITOS DE OPINIÓN? III. ¿QUÉ PROTEGEN LOS DELITOS DE OPINIÓN? IV. ¿LOS DELITOS DE OPINIÓN COMO DELITOS DE PELIGRO PARA OTROS BIENES JURÍDICOS?: LA OPINIÓN COMO INCITADORA DE DELITOS. V. LA “CONVERSIÓN” DE LA OPINIÓN EN ODIOS: LA HUIDA HACIA LOS DELITOS DE ODIOS. VI. EL TIPO SUBJETIVO EN LOS DELITOS DE OPINIÓN: A SU VEZ, LA UTILIZACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO COMO FACTOR SELECTIVO DEL HECHO PUNIBLE. VII. A MANERA DE COROLARIO: SEGÚN EL TC DECIR “AQUÍ TENÉIS EL SILENCIO DE LA PUTA BANDERA” Y “HAY QUE PRENDERLE FUEGO A LA PUTA BANDERA” NO ES EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ES UN DELITO DE OPINIÓN. VIII. BIBLIOGRAFÍA. IX. JURISPRUDENCIA. 1. Tribunal constitucional. 2. Tribunal supremo.

RESUMEN: Debemos estar realmente preocupados porque en términos de libertad de expresión no lo estamos haciendo bien. El mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico de delitos que castigan la expresión de una idea o de un contenido de pensamiento que es crítico o disidente suscita cierta perplejidad, sobre todo si a esto le sumamos que los tribunales están siendo especialmente prolivos en su aplicación. Su razón de ser

---

\* Este trabajo de investigación se enmarca en el Proyecto de Investigación (UPO-1255802) *Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?* **Convocatoria** de Ayudas a Proyectos de I+D+I en el marco del Programa Operativo Feder Andalucía 2014-2020.

es limitar o criminalizar el ejercicio de la libertad de expresión independientemente de si estos protegen o no otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes. Por ello, los márgenes de legitimidad constitucional de los delitos de opinión quedan ligados a su consideración como incitadores a la violencia y la consecuente puesta en peligro para otros bienes jurídicos, por enmarcarse en el “discurso del odio” o por la exigencia de la presencia de un elemento específico del tipo subjetivo. Sin embargo, como estos criterios limitadores no forman parte del respectivo delito terminan siendo una fuente de inseguridad jurídica con la consecuente vulneración del principio de igualdad y, obviamente, la libertad de expresión. Todos estos temas se tratan en este trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** libertad de expresión; delitos de opinión; incitación a la violencia; discurso de odio.

## I. INTRODUCCIÓN

1. La sociedad en su conjunto tiene poca o nula confianza en las instituciones, tal como lo vienen demostrando desde hace algunos años los datos del Centro de Estudios Sociológicos (CIS). El barómetro de enero de 2021 en el que el COVID y la falta de recursos suficientes para hacer frente a la pandemia, la crisis económica y los problemas de índole económico y el paro son las tres primeras preocupaciones, los problemas políticos en general y el mal comportamiento de los políticos ocupan el cuarto y quinto puesto en el ranking de preocupaciones sociales<sup>1</sup>. En el barómetro de septiembre de 2018 los datos del CIS revelaban que el 42,5% de la población estaba poco satisfecha con la forma en que funciona la democracia en España<sup>2</sup>. No tenemos datos actuales sobre el nivel de satisfacción o grado de confianza en la monarquía porque desde hace varios años no se pregunta al respecto, pero podemos hacernos una idea<sup>3</sup>.

1. CIS, 2021, p. 8.

2. CIS, 2018, p. 8.

3. En el barómetro de abril de 2015 se preguntó por el grado de confianza que tenía la población con relación a algunas instituciones. El 21.7% de los encuestados manifestaron que no tenían ninguna confianza en la monarquía (CIS, Barómetro de abril de 2015, p. 9). Es cierto que usualmente en los barómetros, la monarquía aparece como respuesta de algunas preguntas. Así en el barómetro de enero de 2021 a la pregunta “¿Cuál es el principal problema que existe actualmente en España?”, en la respuesta espontánea la monarquía aparece en la 24.<sup>a</sup> posición. Es muy pequeño el porcentaje de los encuestados que mencionan a la monarquía entre uno de los tres problemas que existen actualmente en España o que les puede afectar directamente, pero esto no deber ser interpretado, en ningún caso, tal como se pretende desde determinados sectores, como un apoyo tácito a la monarquía.

La falta de voluntad o capacidad de los políticos para resolver los problemas agravados por la pandemia, jueces que se permiten descalificar públicamente a miembros del Gobierno o a profesionales de otros ámbitos, la corrupción política, los escándalos de corrupción que relacionan a la monarquía y, en general, el descrédito institucional y la consecuente pérdida de confianza en las instituciones corre el riesgo de cronificarse.

En este contexto de descrédito o debilidad institucional se observa cómo, de forma paralela, se viene produciendo un recrudecimiento de la represión contra la libertad de expresión creando nuevos tipos penales y/o incrementando la persecución de otros de viejo cuño. Parece que se pretende recuperar la credibilidad o reforzar a determinadas instituciones castigando, vía Ley “mordaza” o Código penal, opiniones vertidas en redes sociales o a través de creaciones artísticas, entre otras. Ahora bien, el prestigio de las instituciones no se resguarda con leyes administrativas sancionadoras o penales, sino a través de su correcto funcionamiento, en una lógica dialéctica que debe aceptar las críticas, especialmente las duras<sup>4</sup>.

El año 2015 supuso un verdadero punto de inflexión en la restricción de las libertades. Por un lado, fue aprobada la conocida como Ley *mordaza* que sanciona, entre muchas otras, conductas que son necesarias para el ejercicio del derecho fundamental de la manifestación pacífica y restringe innecesariamente y de forma desproporcional el ejercicio de la libertad de expresión u opinión<sup>5</sup>. Por otro lado, las reformas del Código penal fueron en la misma línea al introducir nuevos tipos penales y reformar algunos ya existentes con la finalidad principal de limitar las libertades públicas.

- 
4. Como sostiene PRESNO LINERA (2014, p. 288), se viene acentuando “la represión de los actos de comunicación de los que muestran su desafección a las instituciones o a sus símbolos se extiende al derecho administrativo y ello, a pesar, de que nuestro sistema constitucional ha optado por colocar a la libertad de expresión “en una posición preferente y objeto de especial protección””.
  5. Cuya constitucionalidad de algunas de sus disposiciones, a juicio de constitucionalistas, resulta dudosa. Así, expresamente BILBAO UBILLOS, 2015, p. 218. Para PRESNO LINERA (2014, pp. 280 y ss.), la “Ley mordaza”, constituye un ejemplo del Derecho Administrativo sancionador del enemigo al contemplar en numerosos preceptos: una anticipación de la punibilidad administrativa al tipificar conductas que pueden perturbar la mera “tranquilidad” ciudadana; un incremento injustificado de las sanciones a imponer a la variedad de infracciones que contempla y la disminución de las garantías procesales de los ciudadanos. Desde la perspectiva penal, véanse ampliamente al respecto, entre otros, los trabajos de CUTIÑO RAYA (2018) y MACÍAS CARO (2020).

La Plataforma en Defensa de la Libertad de Información calificó el año 2017 como “el año de los delitos de opinión”, por el número de casos enjuiciados por enaltecimiento del terrorismo, ofensas a los sentimientos religiosos e injurias al rey entre otros delitos, que han llevado a la cárcel a personas por determinadas manifestaciones de la libertad de expresión<sup>6</sup>. Precisamente por ello, desde hace varios años, distintos colectivos vienen denunciado el incremento del castigo de estos delitos sin apenas éxito<sup>7</sup>.

A principios de 2020, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través del mecanismo del Examen Periódico Universal, ha evaluado los últimos progresos en materia de garantías fundamentales de España<sup>8</sup>. Del conjunto de recomendaciones, España aceptó expresamente algunas relacionadas con la libertad de expresión bajo la premisa de seguir “trabajando en garantizar el respeto a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de asociación<sup>9</sup>”. En el anejo explicativo de las observaciones de España a las recomendaciones recibidas, el gobierno destacó que “la libertad de expresión se refuerza si el Estado renuncia a regularla”; que en este país “apenas hay regulación de la libertad de expresión<sup>10</sup>” y que el delito de “injurias a las instituciones del Estado está restringiéndose por los tribunales”.

El gobierno de España aceptó, entre otras, la recomendación de Canadá de “revisar las leyes relativas a los delitos de injurias a la Corona y ofensas a los sentimientos religiosos”, así como la de Bélgica de “garantizar la libertad de expresión y de opinión mediante una reforma del Código Penal para que los delitos tipificados en él se ajusten a las definiciones reconocidas internacionalmente” y señaló que “pretende llevar a cabo una revisión de los delitos de injurias a la Corona y delitos contra sentimientos religiosos recogidos en el Código Penal”. Con relación a la

6. Disponible en <http://libertadinformacion.cc/2017-el-ano-de-los-delitos-de-opinion/>.

7. Así, por ejemplo, en su informe de 2017, AMNISTÍA INTERNACIONAL lamentó que España pudiese estar limitando ilegítima, innecesaria y desproporcionadamente el ejercicio de la libertad de expresión, reunión e información.

8. El conjunto de las 275 Recomendaciones puede verse en HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020a.

9. Dentro de las recomendaciones caben destacar también las formuladas por varios países relacionadas con la necesidad de reformar la actual Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC). El gobierno de España ha señalado que esta Ley será oportunamente reformada para incorporar las modificaciones necesarias y en función del recurso de inconstitucionalidad presentados por varios grupos políticos que el TC fallará próximamente; HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020b.

10. Respuesta dada a la recomendación formulada por Ghana de “adoptar medidas para garantizar el respeto de los derechos de libertad de expresión y asociación”: HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020b, p. 95.

recomendación de Luxemburgo de “despenalizar las injurias e incluirlas en el Código Civil, de conformidad con las normas internacionales de necesidad y proporcionalidad con respecto a las restricciones a la libertad de expresión”, el gobierno tomó nota de esta recomendación. Se afirma que “la tipificación del delito de injurias en la legislación española cumple con el principio de proporcionalidad requerido por los estándares internacionales y respeta el derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en la Constitución<sup>11</sup>”.

En la misma línea de estas recomendaciones, en marzo de 2021, la comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa remitió una carta al Ministro de Justicia en la que manifiesta su preocupación por el “impacto negativo” de algunos preceptos del Código penal, incluido el “efecto amedrentador” sobre el ejercicio de la libertad de expresión, “un derecho de crucial importancia para un debate público libre y plural”. En la carta se resalta que la ambigüedad e imprecisión con la que están redactados algunos tipos penales, por ejemplo, el enaltecimiento del terrorismo, provoca que los tribunales realicen interpretaciones divergentes, -a veces contradictorias, de este delito, contrarias a las estándares internacionales en materia de libertad de expresión<sup>12</sup>.

El contenido de la carta abarca a cuatro modalidades específicas y también hace una referencia general a la difamación. Con relación al delito de enaltecimiento del terrorismo se destaca que los tribunales no han logrado determinar si realmente conlleva el riesgo de un peligro real, concreto e inminente, considerándose incluso de manera abstracta sin tener en cuenta ningún otro elemento que no sea la literalidad del precepto, por lo que reitera que “la legislación terrorista solo debe aplicarse a contenidos o actividades que impliquen necesaria y directamente el uso o la amenaza de violencia con la intención de sembrar el miedo y provocar el terror”. En línea con el TEDH se considera preocupante que los delitos contra la Corona tengan prevista la pena de prisión y que se espera que el CP se armonice con la jurisprudencia de este Tribunal en virtud del artículo 10 del CEDH, es decir, la crítica política a las autoridades y personalidades públicas, por muy provocadora y radical que sea, no puede considerarse un discurso de odio e incitación a la violencia. Para evitar restricciones innecesarias y desproporcionadas de la libertad de expresión, es fundamental restringir la aplicación de las disposiciones relacionadas con el discurso

11. HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2020b, pp. 93 y ss.

12. El texto de ambas cartas están disponibles en la web del Consejo de Europa (<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/spanish-authorities-should-amend-the-criminal-code-to-strengthen-existing-safeguards-of-the-right-to-freedom-of-expression>).

del odio a los casos prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos, es decir, a las expresiones de odio basadas en la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de discriminación. Odios basados en la intolerancia que constituyan incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Por limitar la libertad de expresión y obstaculizar el debate pluralista debe considerarse la posibilidad de despenalizar las ofensas a los sentimientos religiosos previstos en el art. 525 CP. Finalmente, la comisaria invita al Gobierno a considerar la posibilidad de despenalizar la difamación porque, tal como ha destacado el TEDH, la imposición y aplicación de penas por estos delitos pueden en sí mismas tener un efecto disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión.

No solo desde fuera se vienen reclamando cambios. La mayoría de la doctrina que viene estudiando los delitos de opinión de forma particularizada, se cuestiona y expresa cierta perplejidad sobre la conveniencia de mantener estos delitos en el contexto de una política criminal cuya orientación debe ser compatible con la CE que reconoce como derecho fundamental el ejercicio de la libertad de expresión.

Parece que habrá cambios. El gobierno tendrá que cumplir sus compromisos asumidos ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y ante el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa<sup>13</sup>. Esperemos que esa especie de frenesí que parece haber surgido, tras el ingreso en prisión de un rapero condenado por los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e injurias a las Fuerzas Armadas, entre los partidos en el Gobierno planteando la reforma o la derogación de los delitos de opinión no se quede en solo eso<sup>14</sup>.

13. En la carta de respuesta a la Carta de la comisaria, el Ministro de Justicia destaca la intención del Estado de revisar, y si procede, reformar el enfoque de los delitos que “más claramente chocan con la libertad de expresión”, es decir, el enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), los delitos de odio (Art. 510 CP) y la difamación de las instituciones del Estado (Arts. 490, 491 y 504 CP), entre otros. Esta reforma tendrá como objetivos definir claramente el ámbito de prohibición de cada una de los delitos y equilibrar la gravedad de la conducta con el de la pena. De esta forma, se busca garantizar una mayor seguridad jurídica y, al mismo tiempo, evitar cualquier impacto disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión.
14. Como se sabe, tras el revuelo generado por la entrada en prisión de un rapero, los partidos en el Gobierno se apresuraron en informar su intención de reformar o derogar algunos delitos de opinión. Véase la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común. BOCG núm. 149-1, 19 de febrero de 2021. En la anterior legislatura el mismo Grupo Parlamentario Confederal presentó una Proposición de Ley Orgánica para la protección de libertad de expresión que decayó por la disolución de las Cortes. A principios de marzo de 2020 volvieron a presentarla, pero posteriormente fue retirada (BOCG N.º 69-1 de 06.03.2020). Al mes

Este trabajo tiene como objetivo fundamental determinar lo que se entiende por delitos de opinión y los problemas que plantea esta categoría de delitos.

## II. ¿QUÉ SON LOS DELITOS DE OPINIÓN?

1. Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con un concepto de delitos de opinión y la ubicación sistemática de aquellos que pudieran ser considerados como tales tampoco sirve de referencia<sup>15</sup>. A falta de esto, aunque cualquiera puede considerar su inutilidad y lo discutible que sea necesario, lo que puede hacerse es seleccionar de entre los delitos que contiene el Código penal aquellos que se consideran relacionados con la criminalización de la manifestación de la opinión y, por lo tanto, están en conflicto con el derecho al ejercicio de la libertad de expresión reconocido en el art. 20 CE. El contenido de injusto de los delitos de opinión se fundamenta en la manifestación o expresión de una opinión<sup>16</sup>. Castigan manifestaciones, entre otras, de crítica, disenso o protesta realizadas de forma tal que pueden considerarse lesivas para determinados bienes jurídicos que el legislador ha considerado merecedores de protección<sup>17</sup>.

---

siguiente, el Grupo parlamentario Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu, presentó una Proposición de Ley para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España (BOCG N.º 37 de 02.04.2020).

15. Tradicionalmente, los delitos de opinión han sido analizados en el contexto de la criminalización de la crítica política intentándolos diferenciar de los comúnmente denominados como delitos políticos. Así, según Benlloch Petit (2001, *passim*), un delito político castiga la manifestación de opiniones políticas o ideológicas y, por ello, se “opone a los fundamentos mismos de nuestro sistema y pertenece más bien a nuestra historia predemocrática”, de forma que el “único “delito político” del que hoy en día puede legítimamente ocuparse el Derecho penal democrático es aquel delito común cometido por motivaciones políticas”. Dentro de estos últimos incluye los delitos de ultrajes a España, negación del genocidio, provocación al odio y la discriminación, exaltación del terrorismo y la agravante de motivos racistas, antisemitas o reconducibles a cualquier otra clase de discriminación.
16. Ahora bien, la denominación “delitos de opinión” no tiene, ciertamente, una pretensión científica, sino que se utiliza para agrupar aquellos casos que comparten el hecho de que el contenido del injusto se fundamenta en la expresión de una opinión, en la manifestación de un mensaje que pretende ser prohibido por su contenido.
17. Crítico con esta denominación se manifiesta CÁMARA ARROYO (2017, pp. 148 y s.) por considerar que “no pueden existir delitos de opinión en un Derecho penal del hecho como el nuestro” y que la utilización de tal expresión debe entenderse por el “gancho mediático” que supone. Sobre esto último, cabe resaltar que esta expresión ha sido utilizada por el Tribunal Supremo al referirse al delito de enaltecimiento de terrorismo (véase ATS de 14 de junio de 2002 cuyo ponente fue el magistrado Andrés Ibáñez) y por importantes sectores de la doctrina. En cualquier caso, tiene razón el autor cuando afirma que un Estado social democrático y de Derecho no puede criminalizar la opinión, sin embargo, como veremos en este trabajo, los delitos de opinión

Los delitos que pueden tener la consideración de delitos de opinión podemos clasificarlos en los siguientes grupos: el primer grupo estaría compuesto por aquellos que castigan las diversas formas de injuria, ultraje o escarnio: delitos contra la Corona (arts. 490.3 y 491 CP), delitos contra las instituciones del Estado (arts. 496, 504 y 505.2 CP), los ultrajes a España (art. 543 CP) y los delitos contra los sentimientos religiosos (art. 525 CP); el segundo grupo estaría formado por algunos delitos contra la discriminación y el odio (art. 510 CP)<sup>18</sup> y finalmente, en el tercer, se incluirían los delitos que castigan la apología con un determinado contenido como es el caso de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas (art. 578 CP)<sup>19</sup>.

2. Empecemos por determinar qué se castiga en los delitos de opinión. Según la RAE una opinión es un “juicio o valoración que se forma una persona respecto de algo o de alguien” o la “fama o concepto en que se tiene a alguien o algo”. En atención a ello, podemos decir que una opinión puede ser entendida como una idea o pensamiento con un contenido principalmente valorativo.

Sin embargo, esta idea o pensamiento, aunque sea de cometer un delito, es irrelevante para el Derecho penal en aplicación del principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Este principio es el fundamento del Derecho penal y a la vez constituye uno de los principales límites del *ius puniendi* de cualquier Estado democrático que imposibilita castigar actitudes puramente subjetivas. La configuración de nuestro Derecho penal sobre la base de la responsabilidad por el hecho, es decir del acto cometido, por ser lo único que puede ser controlado y limitado democráticamente, condiciona que esta idea o pensamiento solo tenga relevancia cuando se

---

castigan la manifestación de esa opinión por su contenido. Aunque estoy de acuerdo en que “No puede criminalizarse la opinión en un Estado social democrático y de Derecho” porque un Derecho penal basado en los principios de intervención mínima y exclusiva protección de bienes jurídicos “no puede vencer de esta manera tan burda el pulso a la libertad de expresión”, no hay que negar que la práctica jurisprudencial contradice este reclamo. Tal como lo vienen denunciando importantes sectores de la doctrina penal y constitucional, se está criminalizando la manifestación de determinadas opiniones y los tradicionales principios a los que el autor hace referencia han terminado por diluirse.

18. Con relación al delito del negacionismo del genocidio en general, véase el voto particular del magistrado Vicente Conde a la STS de la Sala de lo Contencioso de 1 de abril de 1995 que denegó la condición de refugiado político a Gerd Honsik (FJ: Undécimo). En el mismo sentido, BENLLOCH PETIT, 2001, p. 190;
19. Así, expresamente el Auto del TS de 14 de junio de 2020: “Se trata de un delito de opinión, que tiene al de terrorismo como referente necesario pero externo, desde el punto de vista del iter criminis”. En el mismo sentido, véanse también, BERNAL DEL CASTILLO, 2016, p. 33; MENÉNDEZ CONCA, 2019, p. 101.

exteriorice mediante la realización de algún acto<sup>20</sup>. Por lo tanto, no es la opinión o el pensamiento en sí lo que constituye un delito sino su expresión o comunicación<sup>21</sup>.

Esto último puede llevar a la hipótesis de que un delito de opinión podría ser todo aquel que castiga la expresión de una idea o pensamiento. Sin embargo, no se trata de castigar cualquier conducta de expresión. Si así fuera, la calificación de delitos de opinión debería abarcar a todos aquellos que supongan la manifestación o exteriorización de cualquier acto de pensamiento. Así, por ejemplo, de acuerdo con De Luca, si expresiones son todos los mensajes que emiten los seres humanos de cualquier forma y a través de cualquier medio entonces, desde este punto de vista, un homicida también se expresa al matar y el inductor se expresa cuando determina a otro a matar a un tercero<sup>22</sup>. Lo mismo cabría decir de cualquier otro delito que incrimina la manifestación de un acto de pensamiento como puede ser el caso de los delitos de amenazas, falso testimonio, acoso, entre otros muchos.

No todos los delitos que castigan la expresión de una idea o pensamiento deben ser calificados como delitos de opinión. El principal criterio delimitador es considerar como tales aquellos delitos que están en conflicto con la libertad de expresión. Desde esta perspectiva, también podrían tener la consideración de delitos de opinión, los delitos de injurias y calumnias que, como delitos contra el honor, se regulan en el Título XI del Libro II del Código penal. Sin embargo, estos delitos que se incluyen dentro de una categoría más amplia denominada “delitos de expresión<sup>23</sup>” y presentan problemas similares, especialmente porque también limitan el ejercicio de la libertad de expresión, no deben tener la consideración de delitos de opinión. A diferencia de estos delitos que tutelan bienes jurídicos individuales, como el honor, los delitos de opinión existen con la

20. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010a, p. 213.

21. Precisamente por ello, pueden asumirse las críticas respecto a la utilización del término “delitos de opinión” porque no se trata de castigar la mera opinión, por el contrario, su relevancia deriva de su exteriorización o expresión en virtud del principio de materialidad del hecho que rige nuestro sistema jurídico.

22. DE LUCA, 2012, p. 27.

23. Sobre esta categoría de delitos de expresión, véase Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una Propuesta Alternativa de Delitos de Expresión* (pp. 11 y s.), en el que se incluyen, además de los que desde mi punto de vista constituyen los delitos de opinión, los delitos de injurias y calumnias como delitos contra el honor. En este manifiesto se aboga por la “necesidad de una profunda reforma del Código penal, en la línea de despenalizar o modificar todos los delitos de expresión” que no superen el test de los principios de intervención mínima, legalidad y taxatividad, lesividad y materialidad de la acción y proporcionalidad.

pretensión de proteger determinados intereses colectivos relacionados con un sistema de valores, ideales o sentimientos morales o espirituales y, por lo general, no se ven afectados por la problemática que tradicionalmente presentan los delitos de opinión, tal como veremos en este trabajo.

3. Los delitos de opinión no castigan la manifestación de la opinión que tenga un contenido meramente narrativo, informativo o divulgativo; por el contrario, se trata de una opinión que tiene un determinado contenido principalmente valorativo y especialmente crítico. Al castigar los delitos de opinión, el legislador pretende prohibir que determinados contenidos del pensamiento, particulares mensajes u opiniones sean transmitidos o comunicados<sup>24</sup>. En la mayoría de ellos, se trata de evitar la emisión de opiniones críticas que pueden ser ofensivas contra determinadas instituciones del Estado o, por ejemplo, tal como refiere Mira Benavent, la expresión o manifestación de un contenido de pensamiento dirigido a la justificación política o ideológica de conductas constitutivas de delito de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución o en la exteriorización de expresiones que entrañan una humillación, desprecio o descrédito hacia víctimas del terrorismo<sup>25</sup>.

4. Como premisa es importante destacar que no basta con manifestar o exteriorizar la opinión sino que se requiere que sea percibida por terceras personas. Por lo que, un monólogo que se queda en la esfera de quien lo pronuncia o un escrito o tuit que nadie lee no tienen relevancia penal aunque por su contenido puedan constituir un delito de opinión.

Teniendo en cuenta lo anterior, la expresión de la opinión puede manifestarse de cualquier forma o a través de cualquier medio. El núcleo de la conducta típica no se encuentra ni en la forma ni el medio empleado para exteriorizar la opinión sino en su contenido. Así, un insulto contra el rey emérito proferido de forma grosera soez o realizado en una actitud pendenciera, no tiene por qué ser automáticamente constitutivo de un delito de injurias a la Corona. Ahora bien, como toda opinión necesita una forma o un medio a través del cual exteriorizarse, hay delitos que requieren que la comunicación del mensaje sea oral o a través de conductas lingüísticamente articuladas –decir algo–; sin embargo, hay otros que pueden cometerse mediante la realización de distintos actos expresivos como quemar, destrozar o pisotear –hacer algo–.

Por lo general, estos delitos no limitan los medios a través de los cuales se transmite la conducta comunicativa porque son irrelevantes, en consecuencia, esta puede canalizarse mediante un discurso, una entrevista,

24. Ampliamente al respecto, SPENA, 2007, pp. 692 y ss.

25. MIRA BENAVENT, 2018, p. 302.

la música, un libro, la radio, la televisión, internet, el teatro, el cine, entre otros. Sin embargo, en determinados delitos el legislador prevé expresamente las formas a través de las cuales debe realizarse la conducta típica. Así, por ejemplo, en el delito contra los sentimientos religiosos, se requiere que el escarnio se realice de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento lo que, en principio, supone que puede quedar excluido el realizado mediante lenguaje de signos o mímica<sup>26</sup>.

También hay que tener en cuenta que algunos delitos exigen explícitamente que la expresión de la opinión se realice públicamente o con publicidad, independientemente del medio a través del cual se consiga esta, tal como sucede en los delitos contra los sentimientos religiosos, los ultrajes a España o algunos delitos contenidos en el art. 510. En general, con relación a los tipos que se configuran en torno a la publicidad, un sector de la doctrina considera que habrá que estar a lo que se dice al respecto en sede de las injurias y calumnias como delitos contra el honor. En atención a este criterio, la tipicidad del escarnio o de los ultrajes dependerá de que sean realizados por medio de imprenta, radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia suficiente<sup>27</sup>. Sin embargo, otro sector considera que solo basta que los destinatarios de las conductas comunicativas sean una multiplicidad de personas<sup>28</sup>. Se opte por una u otra interpretación, no cabe hablar de publicidad ni considerar que la manifestación de la opinión es pública, cuando se realiza en el contexto de un círculo limitado de

- 
26. Así, TAMARIT SUMALLA (1996, p. 2110). Aunque el mismo autor considera que puede resultar difícilmente explicable que el escarnio pueda realizarse a través de una obra de teatro mientras que quede impune un escarnio cometido mediante mímica o gestos. En la sentencia n.º 214/2020 del Juzgado de lo penal número 10 de Málaga, de 10 de noviembre, que condena a una de las mujeres que participó en la conocida como procesión del “santo chumino rebelde” por un delito de escarnio, no solo se tuvo en cuenta lo que a viva voz la mujer declamaba, sino también la *performance* que según se dice en la sentencia se “antoja una imitación de un paso de Semana Santa, cuya imagen es una vagina de grandes dimensiones”. GÓMEZ TOMILLO (2015, Artículo 525) también considera que el tipo excluye la posibilidad de hacerlo gestualmente o mediante cualquier lenguaje de signos. En el mismo sentido, ROCA DE AGAPITO, 2016, pp. 504 y s.
27. Así, TAMARIT (1996, pp. 2109 y 2159), considera que dada la analogía estructural del escarnio y de los ultrajes a España con el delito de injurias, la exigencia de la publicidad debe entenderse en el sentido de lo previsto para este delito por la necesaria interpretación unitaria del concepto de publicidad y porque proporciona mayores garantías de certeza. En el mismo sentido REBOLLO VARGAS, 2016, p. 872. Por el contrario, GÓMEZ TOMILLO (art. 525), con relación al escarnio considera que el requisito de la publicidad se colma cuando los destinatarios sean una pluralidad de personas, aunque sea determinada, a diferencia de lo que se exige para las injurias.
28. En este sentido con relación a los ultrajes, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS. 2001, pp. 247 y s.; SANTANA VEGA, 2009, p. 57.

personas<sup>29</sup>, por ejemplo, un grupo de chat de WhatsApp. Además, como destaca algún sector de la doctrina, la exigencia de que los hechos sean cometidos públicamente se debe a que es una característica del *modus operandi* en los delitos de opinión, pero también hay que tener en cuenta que, por ejemplo, en los delitos relacionados con la negación del genocidio, la exigencia de la publicidad permite contextualizar estos hechos y determinar la idoneidad de las opiniones vertidas para crear violencia u hostilidad en tanto que es la comunicación de estas ideas a un amplio número de personas lo que permite determinar la peligrosidad de las mismas<sup>30</sup>.

El medio a través del cual se transmite el mensaje fundamenta la imposición de mayor pena como es el caso del enaltecimiento del terrorismo. Tras la reforma de 2015 del Código penal, el enaltecimiento o justificación del terrorismo realizado 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, se castiga con pena más grave que la prevista para el tipo básico<sup>31</sup>.

5. Las normas que regulan los delitos de opinión no son normas imperativas que ordenan la realización de una acción cuya omisión tenga que producir algún tipo de efecto. Son normas prohibitivas que castigan la realización de una acción: calumniar, injuriar, ofender, ultrajar, enaltecer o vejar, por ejemplo. En términos generales, excluyo la posibilidad de que un comportamiento meramente omisivo<sup>32</sup>, como forma específica de

29. Esto supone, por ejemplo, que la expresión “que mal huele la bandera española” escuchada solo por dos personas no tiene relevancia penal, tal como lo estimó el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.<sup>a</sup>, de 9 de febrero de 2006.

30. Así, expresamente BERNAL DEL CASTILLO (2016, p. 12), considera que aunque la exigencia de la publicidad solo se requiera con claridad para el caso de la negación de un genocidio, teniendo en cuenta que en el texto actual del CP ya no se pretende equiparar el enaltecimiento o la apología con los requisitos de la provocación del art. 18 CP no habría problema en extender el requisito de la publicidad cuando se trate de castigar la trivialización o el enaltecimiento del genocidio.

31. Tal como críticamente ha destacado la doctrina, la incorporación de este tipo cualificado supone que el ámbito de aplicación del tipo básico quedaría limitado a la difusión de las opiniones ante una concurrencia de persona o en palabras de CORRECHER MIRA (2019, p. 494) “aunque pueda sonar paradójico, a la expresión pública de una opinión en el ámbito privado”.

32. Cabe destacar que el tema de la tipicidad de las injurias por omisión no es un tema pacífico dentro de la doctrina. Así, por ejemplo, según MUÑOZ CONDE (2010b, p. 299), una actitud omisiva puede considerarse injuriosa en determinadas circunstancias. En el mismo sentido, DE PABLO SERRANO (2018, p. 257), quien sostiene que “no puede rechazarse de ninguna manera la posibilidad de las injurias por omisión”.

manifestación de la opinión, pueda configurar un delito de opinión. Teniendo en cuenta que los delitos de opinión limitan o restringen, cuando no criminalizan, la libertad de expresión, es indispensable restringir todo lo que sea posible su ámbito de aplicación<sup>33</sup>. En este sentido, considero que no puede constituir, por ejemplo, un delito de injurias al rey cuando en un acto público alguien omite o le niega el saludo, ni menos un delito de ultraje a España cuando ante el paso de la bandera española el sujeto no se pone de pie o no baja la cabeza<sup>34</sup>. Este tipo de comportamientos, aunque también pueden considerarse manifestaciones de la opinión que se tenga sobre el Jefe de Estado o lo que representa una determinada bandera, no deben dar lugar a su castigo a través de los delitos de opinión ni de cualquier otro contemplado en el Código penal.

6. Los delitos de opinión son de mera actividad, es decir, los tipos solo exigen la realización de la conducta típica sin que sea necesario que como consecuencia de ello se produzca un cambio en el mundo exterior distinto a la acción. Esto supone que el legislador considera consumado el delito en el momento en que el autor realiza la conducta comunicativa o manifiesta su opinión, sin ser relevante que esta produzca un resultado material de lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se trate. Cuestión que pasamos a analizar a continuación.

### III. ¿QUÉ PROTEGEN LOS DELITOS DE OPINIÓN?

1. Al margen de otras teorías o consideraciones sobre lo que las normas penales o el Derecho penal en su conjunto protege<sup>35</sup>, de acuerdo con la mayoría de la doctrina entiendo que la misión principal del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, pudiéndose establecer que la razón de ser de esta rama del ordenamiento jurídico es precisamente la existencia

33. En este punto estoy de acuerdo con quienes consideran necesario limitar el ámbito de aplicación del delito de injurias, como delito contra el honor, a la acción o expresión manifestadas a través de conductas activas, descartando así la posibilidad de que puedan castigarse como tal, determinadas omisiones como no saludar o no guardar un comportamiento adecuado, entre otros. Vid. por todos, LAURENZO COPELLO (2002, p. 131). Al margen de que no exista un deber jurídico de ser "políticamente correcto", ni menos de saludar o de responder el saludo y aunque lo exista en el caso de los subordinados frente a los superiores en el contexto de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, su omisión puede constituir una desobediencia o falta de respeto, pero nunca debe dar lugar a un delito.

34. Así, expresamente, SANTANA VEGA, 2009, pp. 55 y s.; REBOLLO VARGAS, 2016, p. 874.

35. De esta forma descarto que al Derecho penal, desde una perspectiva funcional, le corresponda la protección de la vigencia de la norma.

misma de estos, por lo que, en principio, no debería existir un delito sin un bien jurídico preciso, merecedor y necesitado de protección<sup>36</sup>.

Esto supone que una prohibición o mandato penal se justifica únicamente cuando protege bienes jurídicos penales<sup>37</sup>. Estos deben ser producto del acuerdo social o de un proceso constitutivo, debiéndose adecuar a la realidad, de forma que los bienes colectivos, supraindividuales o de la comunidad solo son legítimos en cuanto sirven al desarrollo personal del individuo. No deben dirigirse a proteger una situación social, sino a proteger al individuo porque solo de esta forma se puede legitimar la acción del Estado<sup>38</sup>.

El bien o los bienes jurídicos protegidos por los delitos de opinión son de difícil delimitación. A priori, se puede afirmar que estos protegen determinados valores, sentimientos, ideales o sensibilidades. Sin embargo, no se trata de un valor o ideal atribuible a un sujeto individualmente considerado<sup>39</sup>, sino a un determinado colectivo: parlamentarios nacionales o autonómicos, jueces, miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado; a toda una institución abstractamente considerada independientemente de los sujetos que la compongan en un momento concreto como puede ser el Gobierno de la Nación, e incluso a España como Estado y las Comunidades Autónomas. Esta última consideración plantea la cuestión sobre la legitimidad de la intervención penal para proteger intereses que no tienen entidad suficiente e importancia para las personas individualmente consideradas como para que el Derecho penal se ocupe de ellos. Además, como ha destacado la doctrina, algunos de estos delitos carecen de un contenido de injusto material en tanto que, realmente, no protegen ningún bien jurídico o simplemente este es inexistente<sup>40</sup>.

36. Planteamos la cuestión en términos relativos porque hay delitos que, a pesar de los esfuerzos hermenéuticos realizados por la doctrina por determinar el bien jurídico protegido, no tutelan ninguno que sea merecedor o necesitado de protección por parte del Derecho penal.

37. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, pp. 69 y s.

38. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 109.

39. Precisamente, este es el elemento que permite excluir del conjunto de los delitos de opinión a los delitos de injurias y calumnia comunes, en tanto que estos protegen un bien jurídico personalísimo como es el honor.

40. Así, por ejemplo, con relación al delito de ultrajes a España, la mayoría de la doctrina aboga por su derogación, entre otros motivos, porque no se identifica un bien jurídico penalmente protegido; véanse por todos, SANTANA VEGA, 2009, pp. 49 y ss.; REBOLLO VARGAS, 2016, pp. 867 y s. Por el contrario, según la STC 190/2020, no cabe alegar ninguna duda razonable sobre la relevancia y legitimidad de la finalidad del tipo penal, pues se dirige a “proteger los símbolos y emblemas del Estado constitucional, entre los que se encuentran las banderas, únicos símbolos expresamente constitucionalizados”. Según la STC, este delito “protege el mantenimiento

Aunque en base a lo anterior y en un momento concreto podía afirmarse que algunos delitos de opinión, más que una función de protección de bienes jurídicos, cumplían una simple función simbólica<sup>41</sup>, lo cierto es que las estadísticas policiales y judiciales vienen demostrando lo contrario. No estamos ante normas penales con un valor meramente simbólico, por el contrario, se trata de normas penales que vienen siendo utilizadas, cada vez más, para justificar y fundamentar la criminalización de la opinión crítica o disidente<sup>42</sup>, llegándose a plantear incluso que estemos ante manifestaciones propias de un Derecho penal de autor<sup>43</sup>.

En principio, los únicos límites a la libertad de expresión contenidos en el art. 20.4 CE son el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. De esta forma, se reconoce que este derecho fundamental no es absoluto y que puede encontrar sus límites, no solo en estos, sino también cuando se trata de proteger otros bienes jurídicos que están garantizados por la Constitución. En todo caso, tal como expone la STC 254/1988, “la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.

Precisamente porque el honor es uno de los límites expresos a la libertad de expresión y se le configura como un bien jurídico penal, los conflictos entre ambos son más que habituales. De acuerdo con la mayoría de la doctrina el honor es un bien jurídico personalísimo<sup>44</sup> y, desde esta

---

del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a la función de representación que los símbolos y emblemas identificadores de España y sus comunidades autónomas desempeñan”.

41. De esta opinión, entre otros, CARMONA SALGADO (2016, p. 30) quien considera que la permanencia de algunos de estos delitos en el Código penal “está exclusivamente destinada a engrosar el cúmulo de figuras delictivas que corren similar suerte que ellas al incrementar conjuntamente el de por sí ya engrosado *Derecho Penal Simbólico*”. En el mismo sentido BENLLOCH PETIT, 2001, pp. 199 y ss.; ALASTUEY DOBÓN, 2016, p. 30.
42. Así, entre otros, CARMONA SALGADO, 2012, p. 222; ALCÁCER GUIRAO, 2012, p. 19;
43. Así, por ejemplo, ALONSO RIMO, A. (2018, p. 472) considera que, teniendo en cuenta cómo los tribunales vienen aplicando el delito de enaltecimiento del terrorismo, es posible “advertir la sombra de un Derecho penal de autor”. Pone como ejemplo, que en determinadas condenas por este delito se esté penando, sobre todo, “cómo es el autor o su pertenencia a un determinado colectivo” cuya conexión con el terrorismo o su entorno resulta muy forzada o casi inexistente.
44. Así, por todos, LAURENZO COPELLO, (2002, pp. 127 ss.) quien considera que de acuerdo con un concepto de honor como bien jurídico ligado a la dignidad

perspectiva, no debería ser objeto de consideración en delitos como los de opinión que protegen bienes jurídicos colectivos<sup>45</sup>. Esta también es la postura que puede encontrarse en algunas sentencias del TC y del TS. Así, por ejemplo, la STC 107/1988, que otorgó amparo a un objetor de conciencia que había sido condenado como autor de un delito de injurias contra el colectivo de los jueces, declara que el honor tiene en nuestra Constitución un “significado personalista”, en el sentido de que es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual “hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado” respecto de las cuales cabe hablar de otros valores que merecen la protección penal, pero que “no son identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental<sup>46</sup>”. En el mismo sentido, la STS 408/2016, considera y “fija como doctrina que las personas jurídicas de Derecho Público –como el Ayuntamiento...– no son titulares del derecho fundamental al honor<sup>47</sup>”.

A raíz del caso Violeta Friedman, el TC reconoce que el honor puede ser también un derecho colectivo del que puede ser titular, como víctima indirecta, cualquier miembro del grupo contra quien se dirigen las expresiones hostiles. Según esta sentencia, el significado personalista del derecho al honor “no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun

---

y fundamentalmente a la libertad personal, la consideración de la persona jurídica como sujeto pasivo de estos delitos (calumnias e injurias “comunes”) se hace insostenible.

45. En este sentido, con relación al delito de injurias a determinadas instituciones previstas en el art. 496, TAMARIT SUMALLA (1996, p. 2050), considera que el bien jurídico protegido no es el honor, “cualidad que por su estrecha vinculación con la idea de dignidad humana, tan solo puede predicarse de las personas físicas; de la misma opinión MATÍA PORTILLA (2015). Por su parte ÁLVAREZ GARCÍA (2016, p. 205) considera la única posibilidad de “reinterpretar” este precepto es entender que lo protegido es el honor de los componentes personales de estas instituciones.
46. En la misma línea se pronuncia la STC 121/1989, que otorga amparo a un sujeto que fue condenado por una falta de respeto al colectivo de los jueces. También cabe resaltar la STC 51/1989, de 22 febrero, que: “... máxime cuando las opiniones o informaciones que pueden atacar contra tales valores se dirigen, no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino indeterminadamente contra los individuos que pertenezcan o formen parte de los mismos en un momento dado”. Esta sentencia también otorgó amparo a un sujeto que fue condenado por un delito de injurias al ejército.
47. En la misma sentencia se reitera, tal como había señalado la STC 139/1995, de 26 de septiembre, que las personas jurídicas de Derecho privado sí son titulares del derecho honor.

tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad”.

En base a este argumento se ha sostenido, por ejemplo, que existe un “derecho colectivo –protegido penalmente– a la indemnidad, a la intangibilidad” a la “sacralidad de determinadas ideas, sentimientos y valores colectivos” extensible a los símbolos que los representan. Se mantiene que el ultraje dirigido contra la comunidad española o contra sus símbolos o el escarnio puede redundar en una ofensa a todos aquellos que se identifican como miembros de esa comunidad. Según este planteamiento, aunque la ofensa tenga un destinatario plural, en forma de injurias colectivas “no por ello deja de afectar a la postre a personas individuales y a su dignidad como miembros de un colectivo nacional o territorial”, es decir, el delito de ultrajes a España tutela el honor junto a sentimientos de identificación nacional o territorial de quienes se identifican con el modelo constitucional vigente. En este sentido, el ataque al símbolo colectivo supone mediatamente una “injuria masiva y plural a todos aquellos que sitúan parte de su identificación personal en su pertenencia a ese colectivo<sup>48</sup>”.

Si el sentido de la resolución del caso Friedman se extrapola a otros delitos como, por ejemplo, las injurias contra los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o las injurias contra las Cortes Generales, supondría reconocer a todos y cada uno de los miembros de estas instituciones su consideración de víctimas indirectas y, por lo tanto, su derecho a obtener satisfacción cuando las injurias se dirijan contra el colectivo al que pertenecen.

De esta forma, aunque el TC haya determinado que las expresiones ofensivas que se dirijan contra cualquiera de las instituciones públicas no constituyen un atentado contra el derecho al honor, en sentido tradicional del término y, consecuentemente, no podrían ser excluidas del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión, su “conversión” en un derecho colectivo atribuible a todos y cada uno de los miembros del grupo posibilitaría que, por ejemplo, las injurias proferidas contra la Guardia Civil, constituyan una lesión del derecho al honor de cualquiera de sus miembros.

Teniendo en cuenta que cuando se trata de las injurias a las instituciones no puede ser el honor el bien jurídico protegido, un sector de la

48. BENLLOCH PETIT, pp. 182 y s.

doctrina<sup>49</sup> y la jurisprudencia consideran que lo que se protege es la “dignidad, prestigio y autoridad moral” de las instituciones, que son valores que merecen la protección penal que les dispensa el legislador<sup>50</sup>. Según este planteamiento, la tipificación de las conductas injuriosas contra los altos organismos responde a la necesidad de garantizar y tutelar la dignidad de estas instituciones que se reputan como esenciales dentro de la estructura del Estado democrático<sup>51</sup>. Pero, además de no llegarse a concretar el contenido de estos bienes jurídicos, cualquiera podría cuestionar la legitimidad del uso del *ius puniendi* para proteger el prestigio de las instituciones si tenemos en cuenta que este no se consigue con la amenaza de la pena sino a través de su correcto funcionamiento<sup>52</sup>. Con razón advierte MUÑOZ CONDE que “el prestigio proviene del ejercicio concreto y democrático del poder, no del poder mismo<sup>53</sup>”. Pretender “inmunizar” a la Corona o a las instituciones públicas de las críticas de las que pueden y deben ser objeto es una injerencia a la libertad de expresión y, en cualquier caso, no tiene por qué ser misión del Derecho penal.

También son evidentes las dudas sobre lo que se protege en el delito de enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas<sup>54</sup>. En un intento de darle legitimidad a estos delitos, por ejemplo, se ha planteado que el enaltecimiento, como conducta de opinión por su contenido o contexto, puede afectar a bienes jurídicos protegidos penalmente como la

49. Dentro de esta línea pueden considerarse a CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN (1995, p. 1968), quienes refieren a la “*dignidad de la función*” desempeñada por las instituciones, entendida como pretensión de respeto indispensable para el normal funcionamiento de los poderes públicos.

50. STC 107/1988. Véanse también, entre otras, SSTC 42/1995, 2/2001, 115/2004.

51. La STC 51/1985, estimaba una relación directa entre el desprestigio de las instituciones y la seguridad exterior e interior del Estado. Se establece expresamente que “la seguridad exterior e interior del Estado, puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas en la medida que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política”.

52. Así, dentro de la doctrina española, TAMARIT SUMALLA (1989, p. 307), rechaza que el “prestigio de las instituciones pueda prevalecer sobre la libertad fundamental de un sistema democrático liberal; el prestigio de las instituciones es solamente el resultado de un modo de funcionar de las diversas instituciones, no un instrumento para privilegiar ulteriormente a los detentadores del poder”. De la misma opinión, entre otros, CARMONA SALGADO, 2016, p. 23.

53. MUÑOZ CONDE, 1989, p. 852.

54. Así, con relación al delito de humillación a las víctimas de terrorismo, MUÑOZ CONDE (2010b, p. 931) considera se protege “el derecho de la víctima a la dignidad de su recuerdo (sobre todo cuando ha muerto), o el de sus familiares a que se respete y no se incremente su dolor”.

seguridad ciudadana o el orden constitucional<sup>55</sup> o que el delito de humillación de las víctimas del terrorismo afecta al honor o dignidad del colectivo de víctimas del terrorismo y de la propia sociedad<sup>56</sup>. Descartando que sean estos los bienes jurídicos protegidos, según Carbonell, serán “los sentimientos de repulsa” el bien jurídico protegido en ambas modalidades delictivas<sup>57</sup>.

En la misma situación se encuentra el debate en torno a qué se protege en los delitos contenidos en el art. 510<sup>58</sup>. Así, algunos autores consideran que se protegen las “condiciones de seguridad existencial” de grupos o colectivos especialmente vulnerables<sup>59</sup>, otros consideran que es “el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquéllas<sup>60</sup>”; llegando incluso a sostener, que la incitación al odio no protege ningún bien jurídico<sup>61</sup>.

55. En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, 2016, p. 19. RUIZ LANDÁBURU (2002, p. 78) se refiere a “la paz social y el mantenimiento del orden constitucional”.

56. Así, MIRO LLINARES, 2017. p. 40.

57. Haciendo una interpretación unitaria del art. 578 CARBONELL MATEU (2018, pp. 344 y ss.), considera que, descartado el honor y el riesgo de comisión de actos terroristas y que se trata de una provocación o una injuria, serán “los sentimientos de repulsa” el bien jurídico protegido; se trata de un delito “exclusivamente contra los sentimientos”. Por ello, en opinión de este autor, se trata de delitos que no pueden superar un test serio de constitucionalidad porque “sólo se basan en el rechazo moral que, sin duda, merecen muchas (o, al menos, algunas) de las conductas a las que se viene aplicando. Pero un rechazo moral nunca puede justificar penas de privación de libertad”.

58. Sobre la problemática del bien jurídico protegido en los delitos de odio previstos en el art. 510 véase el trabajo de DE PABLO SERRANO, A./TAPIA BALLESTEROS, P., 2017, *passim*.

59. Así, LANDA GOROSTIZA, 2018, pp. 57 y ss.

60. De esta opinión GÓMEZ MARTÍN (2016, pp. 11 y s.). Este autor considera que no se trata de un delito de peligro abstracto contra bienes jurídicos individuales, sino uno de “lesión de un bien jurídico mixto individual-colectivo: el derecho fundamental a la igualdad y la protección de determinadas minorías vulnerables frente a actuaciones idóneas para iniciar procesos agresivos y de hostilidad contra aquéllas”.

61. En este sentido, PORTILLA CONTRERAS (2016, pp. 385 ss.), quien sostiene que este delito “es tan sólo la excusa para reprimir la libertad de expresión”. Respecto al resto de modalidades típicas considera que el bien jurídico protegido depende de cada una de estas. Así, cuando se trata de las conductas de discriminación es el derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil discriminatorio (incitación directa) o el peligro del peligro abstracto de la igualdad (fomento, promoción e incitación indirecta y las que se refieren a la incitación a la violencia es la seguridad e igualdad del grupo contra la que va dirigida. Niega que la incitación al odio proteja algún bien jurídico.

Como podrá observarse, se prohíbe la manifestación de una opinión con un contenido valorativo para proteger determinados valores como: el “prestigio institucional”; los “sentimientos” religiosos, de repulsa o colectivos; la “paz social”; la “seguridad” existencial, la “igualdad”, entre otros. Valores morales, espirituales, ideales o sentimentales, que se ven afectados por la manifestación de opiniones cuyo contenido representa juicios de valor crítico o negativo hacia estos. Se tratan de bienes jurídicos colectivos, sociales o supraindividuales que, como tales, no afectan a una persona individualmente considerada sino a un número determinado o indeterminado de personas pertenecientes a un colectivo o a la sociedad en general. Bienes jurídicos difusos, de difícil delimitación, cuya necesidad y merecimiento de protección penal es cuestionado por importantes sectores de la doctrina. En cualquier caso, partiendo de la premisa de que la libertad de expresión es un derecho fundamental que ocupa un papel preferente en el seno de nuestro orden constitucional de orientación netamente personalista, es muy discutible que la protección de estos bienes jurídicos puedan limitarla cuando no criminalizarla si tenemos en cuenta, además, que ninguno de estos se encuentra dentro de los derechos cuya protección lo justifica.

2. Suponiendo que se ha identificado el bien jurídico protegido por el delito en cuestión, se entiende que solo la conducta que lo lesiona o pone en peligro debe ser prohibida por el Derecho penal y, por lo tanto, merecedora de pena según criterios de utilidad social y oportunidad<sup>62</sup>.

Un rasgo que caracteriza a estos delitos es que el núcleo de su conducta típica está descrita con expresiones sintéticas: injuriar, ofender, ultrajar, enaltecer, justificar, vejar, negar o humillar, incluido el escarnio. Aunque aparentemente esta simplificación de la descripción de lo típico tendría que ser una ventaja a la hora de determinar el ámbito de aplicación de cada uno de los delitos, termina siendo una gran desventaja porque al dotarles de contenido el ámbito de discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales puede terminar siendo casi ilimitado<sup>63</sup>.

Los esfuerzos de la mayoría de la doctrina por delimitar su ámbito de aplicación a través de una interpretación restrictiva de cada una de las conductas típicas, contrastan con la amplitud con la que se vienen

62. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 65 y ss.

63. “Así, por ejemplo, el art. 491.2 CP castiga el que de ‘cualquier forma’ pueda dañar el prestigio de la Corona, un precepto excesivamente abierto que, tal como advierten CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN (1995, p. 1969), imposibilita apreciar en absoluto con claridad dónde comienza el daño al prestigio de la Corona que provenga exclusivamente de la utilización de esa imagen”.

aplicando por parte de los tribunales. Así, partiendo de la consabida premisa de que la Constitución no reconoce un pretendido “derecho al insulto<sup>64</sup>” los límites del ámbito de lo punible son cada vez más amplios, de forma que cualquier expresión ofensiva, irreverente, satírica o crítica que no encuadre dentro de los parámetros de lo que se ha decidido como “políticamente correcto” puede dar lugar a un delito de opinión.

Cualquier conducta comunicativa puede ser calificada como injuriosa siempre que tenga la virtualidad de generar, en el caso concreto, un efecto lesivo contra el bien jurídico protegido, sin embargo, solo debería adquirir relevancia penal, es decir, solo será constitutiva de delito aquella que “por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”, tal como se exige en el art. 208 CP. Sin embargo, a la indeterminación semántica de lo que debe constituir una injuria, aunque se limiten a las que generen un efecto sobre el bien jurídico protegido, se une la utilización de conceptos vagos para determinar su relevancia penal.

Existen manifestaciones de opinión que por su contenido o el mensaje que se transmite pueden ser claramente constitutivas de un delito de opinión, pero hay otras que se quedan en “terrenos intermedios” y, sin embargo, pareciera que automáticamente se las criminaliza<sup>65</sup>. Pensemos en una conducta que está en el límite de lo que puede ser constitutivo de un delito de injurias o ultraje o, por el contrario, considerarse como una grave falta de respeto por ser manifiestamente soez; otra que aunque es apologética, solo lo es de forma implícita. La tipicidad de estos casos se debería resolver acudiendo al bien jurídico protegido, es decir, habrá que determinar si la conducta desplegada por el autor supone una afectación al bien jurídico protegido por la norma. Sin embargo, como hemos visto, este es uno de los principales problemas que presentan estos delitos: la indefinición del bien jurídico protegido; en consecuencia, a la indeterminación del bien jurídico protegido se une la indeterminación de la conducta típica, lo que quiebra toda seguridad jurídica. Aunque este no es un problema que afecta solo a los delitos de opinión sino que, por el contrario, puede afirmarse que se ha convertido en una característica que, cada vez más, se extiende por el Derecho penal español. En este ámbito es

64. STC 105/1990. Así también entre otras, SSTC 204/1997, 134/1999, 6/2000, 11/2000, 110/2000, 297/2000, 49/2001, 148/2001, 89/2018, 18/2020.

65. Sin tener en cuenta que por aplicación del principio de intervención mínima los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos *por* el Derecho penal, sino también *ante* el Derecho penal. Tal como refiere MUÑOZ CONDE (2010a, p. 79), si para el restablecimiento del Orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales.

imprescindible diferenciar las conductas constitucionalmente protegidas que, aunque puedan suponer un abuso o exceso del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, no alcanzan a desnaturalizarlo o desfigurarlo porque se encuadran en su contenido y finalidad, de aquellas que tengan relevancia penal, sin perder de vista que entre unas y otras habrá conductas que se encuentren en un terreno intermedio<sup>66</sup>.

Estas últimas, en ningún caso deben ser automáticamente objeto del Derecho penal, porque pueden ser reguladas por otros ámbitos del Derecho como el civil. Además, teniendo en cuenta la delgada línea que separa, en numerosos casos, las expresiones comunicativas que pueden ser constitutivas de delito de las que no lo son, tal como expone la STC 110/2000, el Juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, “ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal”. En tal caso, la dimensión objetiva de la libertad de expresión como derecho fundamental y su carácter de elemento esencial del Ordenamiento jurídico, imponen a los órganos judiciales, al aplicar una norma penal, la obligación de tener presente el contenido constitucional de tal derecho, “impidiendo reacciones que, por su severidad, supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio<sup>67</sup>”.

Tal como sostiene Sáez Valcárcel, la indeterminación de los verbos típicos, sin otra referencia, han demostrado su potencial criminalizador de conductas relacionadas con la comunicación de ideas o deseos, “abren la puerta a las convicciones personales del intérprete, hacen muy complicado por la falta de estándares de valoración, incluso para el jurista”. En consecuencia, el ejercicio de autocontención que deben realizar los tribunales al aplicar estos tipos penales sin vulnerar el derecho a la libertad de expresión se presenta como una tarea hartamente difícil, situación que se complica por el exceso de retórica por no decir locuacidad que puede observarse en algunas resoluciones. Así, por ejemplo, en reiteradas ocasiones el TS ha llegado a afirmar, que el delito de enaltecimiento del terrorismo pretende prohibir conductas de “alabanza” de actividades terroristas que propicien un “clima favorable” a su reproducción o se constituyan en “germen remoto pero real”, de nuevas acciones de esa naturaleza,

66. Lo contrario supondría, tal como destaca la STC 104/2011, que “existirían sólo dos terrenos, el de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible, lo que no puede admitirse”.

67. ATC 377/2004.

acciones que cuartejan los “pilares del Estado de derecho”. Igualmente, respecto al delito de humillación a las víctimas se indica que el “descrédito” ha de entenderse como “disminución o pérdida de la reputación de las personas”, que “menosprecio” es equivalente a “poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén”; la “humillación” implica “herir el amor propio o dignidad de alguien”, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra “algún” menoscabo<sup>68</sup>. Términos y expresiones lo suficientemente amplias y ambiguas en las que caben un considerable número de conductas expresivas o comunicativas que pueden ser susceptibles de adquirir una cuestionable relevancia penal. Por ello, a fin de legitimar su castigo, en el seno de la doctrina y jurisprudencia, se vienen arbitrando otros criterios que veremos a continuación.

#### IV. ¿LOS DELITOS DE OPINIÓN COMO DELITOS DE PELIGRO PARA OTROS BIENES JURÍDICOS?: LA OPINIÓN COMO INCITADORA DE DELITOS

1. A través de los delitos de opinión el legislador ha decidido castigar la mera expresión de determinados mensajes cuyo contenido puede afectar a los bienes jurídicos que se pretende proteger que, como hemos advertido *supra*, son de difícil determinación y, en cualquier caso, al tratarse de bienes jurídicos de naturaleza colectiva o supraindividual, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección.

La puesta en “peligro” o la “lesión” del “prestigio de la Corona” que, como bien jurídico protegido penalmente, puede suponer la publicación de tuits en los que se habla de despilfarro económico, de relaciones extramatrimoniales, de negocios privados, de vínculos de amistad con la monarquía saudí a la que se acusa de financiar al terrorismo islámico, entre otros, es más que cuestionable por su inidoneidad para desacreditar a uno de sus miembros a quien van dirigidos estos tuits. Se trata de una reprobación basada en hechos que, aunque cualquiera pueda sostener que carecen de una verdad objetiva o formal, no es invención de su autor porque forman parte del debate público a través de los medios de comunicación<sup>69</sup>. Sin embargo, son hechos probados en los que el TS basa una condena por injurias a la Corona<sup>70</sup>.

68. Véanse entre otras, SSTS 656/2007, 846/2015, 820/2016, 334/2018, 646/2018, 196/2020.

69. Véase al respecto, el voto particular que suscriben los magistrados Colmenero Menéndez de Luarca y Ferrer García a la STS 135/2020.

70. STS 135/2020, de 07 de mayo.

2. Al analizar los preceptos que regulan los delitos contra los sentimientos religiosos, Muñoz Conde sostiene la necesidad de realizar una interpretación restrictiva y considera que solo deben aplicarse “a aquellos casos en los que la ofensa al sentimiento religioso se concretiza además en la ofensa a algún bien jurídico más específico<sup>71</sup>”. La razón por la que, desde mi punto de vista, Muñoz Conde considera necesaria esta exigencia, es porque solo así este delito no entraría en conflicto con la libertad de expresión. Si este derecho imposibilita al legislador a prohibir cualquier conducta por la única razón de que esta represente la expresión de cierto pensamiento, las manifestaciones de opinión que objetivamente pueden constituir una ofensa a los sentimientos religiosos estarían amparadas por la libertad de expresión si no dañan o ponen en peligro otros bienes jurídicos penalmente protegidos.

Como el TC ha destacado de forma reiterada, el reconocimiento del ejercicio de la libertad de expresión como un derecho fundamental no supone reconocer “un pretendido derecho al insulto”, sí cualquier libertad de crítica aunque esta se manifieste de forma “desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige. Es decir, a nadie se le puede prohibir manifestar lo que piensa, salvo que se trate de expresiones manifiestamente injuriosas y resulten innecesarias para su exposición<sup>72</sup>”.

Precisamente por las dudas de inconstitucionalidad que rodean a casi todos los delitos de opinión, la jurisprudencia sostiene que no se castiga la opinión como tal, es decir, no se castiga en razón del contenido de los pensamientos o ideas que se expresan ni menos la mera creación de un clima de opinión que puede formarse en base a estas sino que, por el contrario, lo que se castiga es la potencial peligrosidad que para otros bienes jurídicos puede suponer la expresión de esa opinión. Es decir, se construye un relato que justifica el castigo de la manifestación de la opinión porque es una forma de incitar a la violencia, una puesta en peligro para bienes jurídicos individuales.

De especial importancia es la STC 235/2007 en la que se declara inconstitucional el delito de negación del genocidio y constitucional la justificación de este. El TC determinó que la negación del genocidio es conforme a la Constitución, siempre que se pueda deducir del mismo que la conducta sancionada “implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos...”, es decir que sea algo más que la mera transmisión de opiniones, por más deleznales que resulten. De forma que, si la conducta castigada por el tipo no exige “adicionalmente

71. MUÑOZ CONDE, 2010b, p. 853.

72. En este sentido, véanse entre otras SSTC 105/1990, 6/2000.

la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos” no es conforme a la Constitución; por el contrario, si la difusión de las ideas opera como incitación a la comisión de delitos, entonces sí lo es.

3. Aunque esta construcción tiene difícil encuadre en las injurias, porque a diferencia de otros delitos la fuente de desvalorización jurídica es la simple injuria cuando va dirigida contra determinadas instituciones, está siendo utilizada por el TC para rechazar algunos recursos de amparo. En el caso de la quema de las fotografías de los reyes, uno de los fundamentos para negar el amparo y, por lo tanto, confirmar la condena por un delito de injurias a la Corona, es la incitación a la violencia que supone la realización de estos hechos. Según la STC 177/2015, este acto simbólico “traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados...”. “Quemar en público (...) la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza”. Para el TC el que los sujetos no profririeran ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión y se limitaran a quemar las fotografías, es un indicio de que no se trata de actos de censura u oposición políticamente articulada contra la monarquía o los reyes; los sujetos “lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión..., tal acción pudo suscitar entre las presentes reacciones violentas...”, exponiendo a los reyes “a un posible riesgo de violencia”.

En esta misma línea, al margen del exceso de locuacidad advertida en la STS 135/2020, de 7 de mayo, en la que directa e indirectamente, a través de sus manifestaciones, al condenado se le presupone un poder tal que no solo puede poner en riesgo la seguridad de la familia real sino también al conjunto de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y de paso conseguir que alguno de sus seguidores retome el pasado terrorista “colocando a la sociedad ante el riesgo de que, nuevamente, pueda someterse a determinados colectivos a su azote”, la confirmación de la condena por delitos de enaltecimiento al terrorismo, injurias a la Corona e injurias a los cuerpos y fuerzas de seguridad, se basa en la hipotética incitación a la violencia. Así, con relación a estos dos últimos delitos la STS declara que los tuits publicados ponen en “riesgo la integridad y seguridad de la familia Real y de los cuerpos y fuerzas de seguridad” al incitar a actuar violentamente contra estas instituciones. Se declara que, además del hostigamiento verbal contra el rey y los cuerpos policiales, hay concretos actos de apoyo explícito a la violencia que se use contra ellos. “De la literalidad de los tuits, en relación con el contexto en que fueron emitidos (...) se puede advertir que aparecen como medio idóneo para suscitar reacciones violentas...”.

Al configurar las injurias a las instituciones como una incitación, aunque sea indirecta, a la comisión de otros delitos, su castigo dependerá de su idoneidad para ello, por lo que la cuestión es en base a qué parámetros se determina esta idoneidad. De forma que, a la dificultad que supone diferenciar una injuria típica de otra que no lo es por no tener la consideración de grave, se une el que tenga que determinarse si estas son o no idóneas para incitar a la violencia, elemento que no forma parte de ninguno de los tantos delitos de injurias que castiga el CP.

Cualquier observador imparcial podría afirmar que es extremadamente improbable, por no decir imposible, que mensajes en muchos casos, groseros, desmedidos, carentes de algún tipo de rigor, zafios, o cualquier otro adjetivo descalificativo que se les quieran poner, que retratan los escándalos en los que están inmersos algunos miembros de la familia real o que pueden ser encuadrados dentro de la crítica a su funcionamiento, o al empleo de métodos violentos por parte de la policía o guardia civil o al funcionamiento del sistema judicial que no profundiza en la investigación de los excesos policiales, pueda suponer una incitación a la violencia ni menos entrañar peligros para la seguridad de la Corona o de la Guardia Civil como institución.

4. Es en el ámbito del delito de enaltecimiento del terrorismo en el que se ha desarrollado con más amplitud el criterio de la incitación a la violencia para fundamentar su castigo. Tras la reforma de 2002 del Código penal, el art. 578 tipifica como delito específico el enaltecimiento o la justificación, por cualquier medio de expresión pública o difusión, de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. En el mismo artículo también se castiga la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

La variedad de interpretaciones respecto a la cuestión ¿qué castiga la primera parte de este precepto? pueden ser agrupadas en torno a quienes realizan una interpretación amplia y quienes sostienen una interpretación restrictiva. Los primeros consideran que, teniendo en cuenta la literalidad del precepto, lo que se castiga es el mero comportamiento apologético, sin necesidad de que este suponga al mismo tiempo algún tipo de incitación<sup>73</sup>. Por el contrario, otro sector sostiene que el comportamiento enaltecedor

73. En este sentido, entre otros, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, 2004, pp. 580 y s. Igualmente, CUERDA ARNAU (2019, p. 821), aunque destaca que no basta la simple adhesión ideológica por ser contrario a CE, pero “tampoco se exige la potencialidad incitadora” de ninguno de ambos comportamientos.

requiere cierta eficacia instigadora, al menos de forma indirecta e incluso débil<sup>74</sup>.

A esta misma cuestión, en un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretó que este precepto sanciona el mero acto apologético sin que sea necesario que este suponga incitación alguna, es decir, se optaba por una interpretación amplia. Como expresamente establece, entre otras, la STS 523/2011, se exigiría “solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los ejecutaron” sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito concreto<sup>75</sup>. Castigar por enaltecimiento del terrorismo la mera conducta apologética sin que esta suponga alguna incitación, tal como se interpretó y aplicó por los tribunales, planteaba serias dudas respecto a su constitucionalidad, tal como lo advirtió Muñoz Conde<sup>76</sup>. Castigar la “mera alabanza” de actos terroristas o a sus autores, supone criminalizar actos amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

La STC 112/2016, de 28 de julio, fue la primera en la que el TC tuvo la oportunidad de analizar la incidencia del delito de enaltecimiento del terrorismo en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Trayendo a colación lo que ya había previsto la STC 177/2015, se reafirma en que este derecho no es de carácter absoluto porque tiene, al igual que todos los demás, sus límites cuando entra en conflicto con otros derechos. Para el TC, “la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios”; es decir, el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión deriva, entre otros, de “manifestaciones que alienten la violencia”.

En coherencia con este planteamiento, para el TC el mensaje apologético exige para ser constitucional la presencia de un elemento incitador,

74. Así, por todos, BERNAL DEL CASTILLO (2001), quien afirma que el art. 578 CP castigaría las conductas de enaltecimiento o justificación del terrorismo siempre que de las mismas “se derive un riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación o el favorecimiento de un clima de aceptación social del terrorismo (...), sin que sea necesario que constituya una provocación directa a delitos concretos y personas determinadas”.

75. Sobre esta premisa, el TS determinó que los elementos de este delito son los siguientes: 1.º. La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica... 2.º. El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos: a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577 .10 b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos... 3.º. Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión.

76. En su opinión, el art. 578 no se atiende a los límites previstos para la apología, es decir, a la incitación directa a cometer un delito, por lo que “la constitucionalidad de este inciso puede plantear algunas dudas”; MUÑOZ CONDE, 2010b, p. 931.

aunque sea indirecto a la comisión de delitos de terrorismo<sup>77</sup>, elemento que, como se ha visto, no está previsto expresamente en el tipo. En este contexto, cabría preguntarse si cualquier acto apologético supone siempre, por definición, una incitación indirecta a la comisión del terrorismo o si, por el contrario, habrá que analizar, caso por caso, si este es o no incitador. El TC aclara esta cuestión. La incitación que se derive del mensaje debe, desde una perspectiva *ex ante*, aumentar el riesgo de que se cometa el delito. El enaltecimiento del terrorismo se configura así como un delito de peligro que pretende evitar la creación de un “determinado caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo”.

Partiendo de la base de que por imperativo del principio de legalidad, la interpretación gramatical opera como límite de los otros métodos interpretativos que la complementan y que “no podrán desbordar el tenor literal de los términos legales<sup>78</sup>”, la cuestión es si esta Sentencia puede ser considerada como “interpretativa”, a través de la cual se declara que este precepto no es inconstitucional si se entiende de esta manera o si por el contrario es *contra legem*. El art. 578 no contempla explícita ni implícitamente que los actos apologéticos estén dirigidos o tengan como finalidad incitar a otros a cometer cualquier delito de terrorismo. Se prevé, tal como venía interpretando el TS el castigo de la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los ejecutaron. Es cierto que esta interpretación, tal como reconocen algunos autores, es contraria a la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión<sup>79</sup> por lo que lo más apropiado hubiese sido que, tras su cuestionamiento, el TC lo hubiese declarado inconstitucional<sup>80</sup>.

77. Ya en el Auto del TC 4/2008, se aplicó la tesis del elemento incitador para inadmitir una demanda de amparo contra una sentencia condenatoria por enaltecimiento o justificación del terrorismo. En este Auto, trayendo a colación lo previsto en la STC 235/2007 se dice expresamente que: “la justificación de quienes actuaron con extraordinaria violencia en relación precisamente con esta actuación violenta y la adición a la misma de una expresión amenazante permiten afirmar que el escrito contiene la provocación a la violencia, siquiera indirecta, pero referida a la comisión de gravísimos delitos, que impide su cobertura en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión”.

78. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2010, p. 483.

79. Manjón Cabeza “Apología...”, cit., pp. 580 y 581. Esta autora asume dicho resultado pese a considerarlo contrario a la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión, y por entender, como ya se ha destacado más arriba, que otra interpretación del art. 578 carece de apoyo legal.

80. De acuerdo con MIRA BENAVENT (2018, pp. 301 y ss.) este delito castiga la mera exposición pública o a través de cualquier medio de difusión de ideas o doctrinas, por lo que constituye un “auténtico” delito de opinión “incompatible con las exigencias derivadas de la libertad ideológica y de la libertad expresión”. En atención a ello considera que, ni el enaltecimiento del terrorismo, ni la humillación a sus víctimas

Ahora bien, asumiendo que el TC dicte sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera, lo cierto es que ha tenido un éxito desigual en sentencias que con posterioridad ha dictado el TS en las que la relevancia penal del enaltecimiento del terrorismo no se fundamenta en la incitación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito<sup>81</sup>. Esta situación ha sido reconocida expresamente en la STS 52/2018, en la que se declara que no cabe interpretar que el “enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito” si se tiene en cuenta que el TC ha estimado que para entender constitucionalmente legítima dicha injerencia legislativa en la libertad de expresión, este delito “requiere algún tipo de incitación, aun cuando fuere indirecta”. Sin embargo, a pesar de este pronunciamiento, existen sentencias posteriores en las que se insiste en que este delito “no requiere la concreta incitación al delito, sino la genérica conducta de enaltecer o justificar un actuar incardinado en la delincuencia terrorista<sup>82</sup>”.

Pero, admitiendo que al criminalizar estas conductas comunicativas por ser incitadoras a la comisión de un delito se pretende proteger a otros bienes jurídicos, como adelantamos *supra*, es evidente que estas están desprovistas de cualquier capacidad lesiva, aunque se las quiera entender como peligrosas para estos bienes jurídicos. ¿De qué tipo de peligro se trata? Si consideramos que se trata de un peligro concreto es harto difícil que, gritar “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera” en el transcurso de una protesta sindical, pueda entrañar algún peligro para el mantenimiento del orden público protegido, ni riesgo de generar respuestas violentas, ni eventual riesgo de daños para personas o bienes<sup>83</sup>.

---

deberían ser constitutivas de delitos, y de seguir manteniéndose, tal como se establece en la Directiva 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, debería exigirse que las conductas conlleven el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas (p. 318).

81. Véase por ejemplo, STS 820/2016, de 02 de noviembre: “Objetivamente las frases encierran esa carga ofensiva para algunas víctimas y laudatoria y estimuladora del terrorismo que a nadie escapa... En delitos de expresión en que el mensaje, objetivamente punible, ha quedado fijado, una vez aceptada la autoría, se complica evidentemente la posibilidad de eludir la condena”. Igualmente, SSTS 948/2016, 512/2017.
82. STS 72/2018, de 9 de febrero (FJ: Único), el enaltecimiento o justificación del terrorismo supone un “adelanto de la barrera de protección” en la medida que “no requiere la concreta incitación al delito, sino la genérica conducta de enaltecer o justificar un actuar incardinado en la delincuencia terrorista”.
83. En este sentido, el voto particular de los magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón a la STC 190/2020.

Puede que la alternativa sea configurarlos como delitos de peligro abstracto, tal como se califica al enaltecimiento al terrorismo en la SSTS 135/2020 y 291/2020. En estas se determina que el considerar este delito como peligro abstracto implica, entre otras cuestiones, que las manifestaciones de opinión vertidas por el procesado son en sí mismas peligrosas e idóneas para la generación de ese riesgo abstracto y que la inexistencia de los grupos terroristas mencionados en los mensajes (ETA y GRAPO) “no altera la existencia del riesgo, por cuanto lo es en abstracto, no específico o de resultado, o de realidad palpable” siendo deducible de las expresiones utilizadas. En suma, si “*Hay riesgo abstracto, no hay libertad de expresión*”, se declara en la primera de ellas.

Pero entre lo que se declara y lo que se motiva hay un abismo. En ambas sentencias la identificación del riesgo que deriva de la incitación a cometer el delito es casi inexistente. En la primera de ellas, se habla de un “potencial riesgo final de que algún seguidor... acabe usando la violencia”, como si de este pronóstico, cual adivino pretende leer el futuro, pueda concluirse sin más la generación de “algún” riesgo y que la actuación del sujeto tenía como finalidad de que “alguno de sus lectores asumiera el discurso del odio que así propagaba para ver si reanudaba la acción violenta terrorista..., poniendo en riesgo, a la mayoría pacífica de la población, de sufrir de nuevo el azote de facciones terroristas en fase de superación”. Palabras y más palabras que solo consiguen disfrazar la “falta de motivación justificativa” que permita concluir de este tipo de mensajes la “efectiva incitación a la comisión de actos terroristas, aunque fuere indirecta, así como la efectiva generación del riesgo de cometerse delitos de esta naturaleza, o incluso más limitadamente una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades<sup>84</sup>”.

La “reconfiguración” de los delitos de opinión como delitos de peligro para otros bienes jurídicos tampoco es suficiente para pasar el filtro de constitucionalidad, no sólo porque no existen criterios objetivos a través de los cuales se pueda determinar cuándo la manifestación de la expresión supone una incitación indirecta a la violencia, sino también porque no se establece concretamente qué riesgo o peligro se pretende prevenir al criminalizarla. Más aún cuando de exigirse una “incitación indirecta” se pasa a la “aptitud” para generar el riesgo, tal como contempla la STS 646/2018, lo que, por ejemplo, con relación al delito de enaltecimiento, supone una interpretación y aplicación más extensiva.

---

84. Tal como pone de manifiesto el voto particular del magistrado Palomo del Arco a las STS 291/2020.

Limitar la libertad de expresión por la mera presunción de un peligro que puede entrañar la manifestación de una opinión es, además, incompatible con los principios básicos del Derecho penal. Por ello, tanto un sector de la doctrina como mayoritariamente la jurisprudencia vienen recurriendo a otro criterio “legitimador” como es el discurso del odio que pasamos a exponer.

## V. LA “CONVERSIÓN” DE LA OPINIÓN EN ODIO: LA HUIDA HACIA LOS DELITOS DE ODIO

El interés por proteger a determinados grupos, tradicionalmente considerados vulnerables, de conductas discriminatorias, del llamado discurso del odio, ha provocado una cierta expansión de las normas que pretenden castigarlas. Paralelamente a ello, se observa cómo los tribunales utilizan esta figura para justificar las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión<sup>85</sup>.

Tanto en el TS como en el TC se viene imponiendo la tesis según la cual el derecho a la libertad de expresión encuentra sus límites cuando la conducta expresiva es constitutiva de discurso de odio, llegándose a afirmar con cierta rotundidad, que “el “discurso del odio” no está protegido por la libertad de expresión ideológica<sup>86</sup>”. Sirva como ejemplo la reciente STC 35/2020 en la que se reitera que el derecho a la libertad de expresión no tiene carácter absoluto sino que debe coordinarse con otros valores como la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos como fundamento de una sociedad democrática. Por ello, las sociedades democráticas pueden considerar necesario “sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”. Tal como se había pronunciado anteriormente en las SSTC 177/2015 y 112/2016, se insiste en que debe examinarse si los hechos cometidos “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”.

Al margen de lo cuestionable que supone hacer depender la tipicidad de una conducta en base a criterios totalmente subjetivos como “reflejo

85. Ampliamente al respecto, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, 2018, pp. 2 y ss.; LAURENZO COPELLO, 2019b, pp. 453 y ss.; TERUEL LOZANO, 2018, pp. 23 y ss.

86. SSTC 106/2015, 623/2016.

emocional de hostilidad”, es especialmente preocupante que el llamado “lenguaje de odio”, “mensajes de odio”, “discurso del odio” y, en general, cualquier acto expresivo al que los tribunales le añadan la palabra odio sirva no sólo justificar la limitación de la libertad de expresión sino para criminalizar su ejercicio<sup>87</sup>.

Esta tendencia es cada vez más extensiva en doble sentido: banalizando el discurso del odio y ampliando su aplicación a personas o colectivos que en ningún caso pueden considerarse como vulnerables<sup>88</sup>.

Por un lado, inicialmente el TC identificaba el discurso del odio con las “manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo” que supongan una “incitación directa a la violencia” contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. Según se establece en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, la difusión de ideas amparadas por la Constitución encuentra su límite en las “manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes”. Con posterioridad, del discurso del odio se pasa al “discurso fóbico” que, por sus consecuencias, se considera como equivalente del primero. Así, en la STC 177/2015, se destaca que al margen de las manifestaciones “más toscas del denominado ‘discurso del odio’ que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas, el discurso fóbico “persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”.

Por otro lado, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, los delitos de odio están previstos para proteger a personas o colectivos más vulnerables de la sociedad castigando a través del art. 510 CP determinadas conductas discriminatorias<sup>89</sup>. Sin embargo, en la actualidad para el TC, desde una concepción puramente subjetivista, desvinculándolo del componente discriminatorio, cualquier manifestación de rechazo o aversión termina

87. En palabras de FUENTES OSORIO (2017, p. 47), “una declaración queda excluida del ámbito de la libertad de expresión en cuanto se etiquete como discurso de odio”.

88. “En su voto particular a la STC 177/2015, de 22 de julio, el Magistrado Xiol Ríos considera que la opinión de la mayoría ‘al argumentar que la conducta de los recurrentes supuso un ejercicio de la libertad de expresión incurso en extralimitación por incitar al odio contra el Jefe del Estado, banaliza el discurso del odio y su significación como restricción legítima de la libertad de expresión’. En el mismo sentido, el voto particular de la magistrada Asúa Batarrita cuestionó que la interpretación que hace la mayoría de los magistrados para fundamentar que la quema de la foto real fue expresión de un verdadero ‘discurso del odio’ ‘no solo carece totalmente de sustento fáctico’, sino que desfigura su concepto y distorsiona peligrosamente su alcance”.

89. Por todos, LAURENZO COPELLO, 2019b, pp. 459 y ss.

considerándose como discurso de odio<sup>90</sup>, independientemente de las características de la persona o colectivo al que se dirige<sup>91</sup>.

La sentencia del TEDH en el caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España descarta la posibilidad de incluir dentro del discurso del odio la quema en un acto público de las fotografías de los reyes. Según el TEDH, incluir en el discurso de odio un acto que es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión que se deriva del ámbito de protección garantizado por la libertad de expresión “conllevarían una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH, lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna “sociedad democrática”.

A pesar de esta visión restrictiva del TEDH sobre lo que puede incluirse dentro del discurso del odio, tanto el TC como el TS siguen utilizando un concepto amplio de este para fundamentar el castigo no sólo de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas<sup>92</sup>, sino también las injurias contra la Corona o contra las fuerzas y cuerpos de seguridad. La anteriormente citada STS 135/2020, es un claro ejemplo en el que se determina que las expresiones vertidas por el recurrente “persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la Democracia, incitando al uso de la violencia con respecto a un representante del Estado, el monarca o contra los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado”. Además de este hostigamiento verbal, del contexto en el que fueron emitidas tales expresiones se descarta que fueran realizadas como una opinión personal y por tanto ser calificadas como meras críticas políticas;

90. Como destaca FUENTES OSORIO (2017, p. 34), cuando el odio se conecta con el sentimiento moral mayoritario se desvía del factor aversivo-discriminatorio y termina definiéndose como “discurso impopular”, considerándose como discurso del odio la quema de fotos del rey o el enaltecimiento del terrorismo.

91. Un ejemplo de esta situación es que el TC considerara a los reyes, que ni pertenecen a un colectivo vulnerable ni menos pueden ser objeto de discriminación, ni víctimas de discurso de odio cuando en un acto público unos sujetos quemaran fotos suyas.

92. Cabe resaltar que dentro de la doctrina se justifica el castigo del enaltecimiento por considerarlos como “delitos de odio en el ámbito del terrorismo”. Así, BERNAL DEL CASTILLO (2016, *passim*) considera que configurar el delito de enaltecimiento como un delito de odio es correcto porque “respeta la necesaria perspectiva de valoración constitucional cuando se trata, como es el caso del art. 578, de conductas de opinión que pueden por su contenido o su contexto afectar a bienes jurídicos protegidos penalmente como pueden ser en el caso del terrorismo la seguridad ciudadana o el orden constitucional” (p. 19). En la misma línea, GALAN MUÑOZ (2018, *passim*), desde una perspectiva crítica, también considera que este delito es un instrumento más “para luchar contra el discurso del odio terrorista”.

por el contrario, estas aparecen como medio idóneo para suscitar reacciones violentas, minar la confianza en las instituciones democráticas, avivar el sentimiento de desprecio y odio contra esas instituciones y menoscabar la dignidad de las personas. “No es libertad de expresión. Es odio y ataques al honor”, se declara.

Lo anterior refleja lo que desde algún tiempo vienen denunciando importantes sectores de la doctrina penal<sup>93</sup> y constitucional<sup>94</sup>. Tal como expone Lorenzo, estamos asistiendo a una situación en la que cualquier acto expresivo de intolerancia radical o extrema, con independencia de las características del colectivo o personas contra las que se dirija, se les identifica con los delitos de odio, “dando lugar así al sorprendente resultado de utilizar estas figuras para conceder una protección penal reforzada a alguno de los grupos o instituciones asentados en la cúspide del poder político o con mayor reconocimiento social, como es el caso de la monarquía, la Guardia Civil, la Iglesia católica o las víctimas del terrorismo<sup>95</sup>”.

Aunque en el seno del TS y del TC existen voces discrepantes sobre el abuso del discurso del odio y la banalización de su concepto, teniendo en cuenta lo que al respecto ha establecido la jurisprudencia del TEDH, ha sido asumido unánimemente no solo como “criterio de delimitación negativa del derecho fundamental a la libertad de expresión”, sino también como criterio legitimador de la incriminación penal, “en cuanto se presupone su lesividad para bienes jurídicos esenciales, y el funcionamiento mismo del sistema democrático<sup>96</sup>”.

De esta forma, el discurso del odio, sobre el cual no existe un consenso terminológico ni conceptual, se ha convertido en una especie de cajón de sastre en el que cabe casi todo y, lo más preocupante, como un criterio limitador de la libertad de expresión y, en consecuencia, para criminalizar su ejercicio a través de los delitos de opinión.

93. Así, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, 2018, pp. 2 y ss.; LAURENZO COPELLO, 2019b, pp. 453 y ss.

94. Véanse por todos, TERUEL LOZANO, 2018, p. 23 y ss.

95. LAURENZO COPELLO, 2019b, p. 459.

96. Sirvan como ejemplo, los votos particulares a la STC 177/2015, en los que a pesar de manifestarse en contra de considerar la quema de las fotos como discurso de odio, lo asumen como criterio limitador de la libertad de expresión. Los magistrados Asúa Batarrita y Valdés Dal-Ré. –consideran que otro límite– “generalmente” aceptado es el discurso del odio, por ser “un exponente histórico del reverso de la democracia, o del peligro de su quiebra”. Lo mismo cabe decir de los otros dos votos particulares formulados por los magistrados Roca Trías y Xiol Ríos. Igualmente en el voto particular del magistrado Ollero Tasara a la STC 190/2020, entiende que las expresiones que fundamentan la condena por un delito de ultrajes, estaban destinadas a molestar a la autoridad militar... por lo que de modo alguno “parecen enderezadas a generar odio o intolerancia, que merecerían diverso tratamiento”.

## VI. EL TIPO SUBJETIVO EN LOS DELITOS DE OPINIÓN: A SU VEZ, LA UTILIZACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO COMO FACTOR SELECTIVO DEL HECHO PUNIBLE

1. Limitar el castigo de los delitos de opinión solo a aquellos supuestos en los que pueda apreciarse la incitación, al menos indirecta, a la comisión de otros delitos o cuando se trate de discursos de odio parece insuficiente porque, tal como viene denunciado la doctrina, según sea la interpretación que realice el órgano jurisdiccional encargado de juzgar el delito de opinión en cuestión, el ámbito del ejercicio de la libertad de expresión será más amplio o más estrecho. Es decir, lo que para un tribunal puede ser ejercicio legítimo de la libertad de expresión, para otro, por el contrario, será constitutivo de delito.

En un intento más por limitar el ámbito de aplicación de los delitos de opinión, cierto sector doctrinal, y en algunas ocasiones la jurisprudencia, proponen utilizar el elemento subjetivo del tipo como la frontera que divide las manifestaciones de expresión que tienen relevancia penal de las que no la tienen por constituir un ejercicio de la libertad de expresión. Es decir, la relevancia penal de las manifestaciones de expresión dependerá también de la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo.

2. Los delitos de injurias (contra la Corona, Instituciones del Estado, cuerpos y fuerzas de seguridad y miembros de las corporaciones locales) y los ultrajes a España no requieren expresamente un elemento subjetivo del tipo de injusto, sin embargo, un sector de la doctrina, tal como se interpreta con relación al delito de injurias como delito contra el honor, sostiene que además del dolo es necesaria la concurrencia del *animus iniuriandi*<sup>97</sup>. De esta forma, acciones objetivamente injuriosas realizadas sin ánimo de injuriar, sino con otros fines legítimos como la crítica política u otros, no constituirían delito de injurias<sup>98</sup>. Aunque esta posición sea minoritaria

97. En este sentido, TAMARIT SUMALLA (1996, pp. 2053 y 2159) quien destaca que aunque este elemento haya dejado de constituir “la clave de la resolución del conflicto respecto al alcance de la protección del honor y de las libertades de expresión e información, sigue desempeñando una función importante en orden a definir el carácter injurioso de una expresión” en tanto permite la exclusión del ámbito del tipo de los comportamientos no presididos por tal “específica tendencia interna intensificada”. Igualmente, REBOLLO VARGAS (2016, p. 872) considera, con relación al delito de ultraje, que si la conducta se realiza sin la presencia del elemento subjetivo del injusto, es decir, sin ánimo de ultrajar, el comportamiento debería ser atípico.

98. Así, por ejemplo, la SAN 14/2018, que absuelve de los delitos de injurias a la Corona y de ultrajes a España, al que había sido condenado el recurrente por promover la pitada al himno nacional y menospreciado al rey Felipe VI, en la Final de la Copa del rey celebrada en el Camp Nou, el 30 de mayo de 2015. En los hechos probados en la sentencia que se apela se declaraba que el sujeto actuó con el “deliberado y firme

dentro de la doctrina española, lo cierto es que la presencia del *animus iniuriandi* no se descarta completamente. Algunos autores lo consideran incluido en el dolo y otros, tal como contempla la STC 107/1988, como un criterio para resolver, en sede de antijuricidad, los conflictos entre ejercicio de la libertad de expresión y el honor.

3. En los delitos contra los sentimientos religiosos, el tipo requiere expresamente la presencia de un elemento subjetivo del injusto, es decir, la conducta típica debe realizarse con la finalidad de “ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa”, por lo que manifestaciones de opinión objetivamente ofensivas pero realizadas, por ejemplo, con *animus criticandi*, no son típicas<sup>99</sup>. Aunque a nivel teórico la aplicación de este criterio parece sencilla, en la práctica no lo es por la disparidad constatada en la resolución de los mismos hechos. Es el caso, por ejemplo, de las dos causas seguidas contra algunas de las mujeres que participaron en las procesiones del coño insumiso y chumino rebelde en Sevilla y Málaga respectivamente. En la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 10 de Sevilla, el magistrado considera que la conducta realizada “ofendió claramente a muchos católicos, practicantes y devotos (...), e igualmente de resaltar que también hay católicos, igualmente practicantes y devotos, que no se sintieron expresa y directamente atacados”; las acusadas “participaron en una actividad de protesta que puede gustar o no, que puede ser considerada como una mamarrachada o no, que puede ser compartida o no, pero dicha actividad, absolutamente prescindible y gratuita en sus formas para este juzgador, tenía igualmente una finalidad concreta y era la protesta inordinada en el contexto social propio de aquellas fechas”, es decir, el “intenso debate social” sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto. Aunque desde la perspectiva del magistrado para efectuar la protesta no era necesaria tal *performance*, absuelve a las acusadas porque su “finalidad no era ofender los sentimientos religiosos, y por tanto carecería del elemento subjetivo, a pesar de emplear elementos que objetivamente pueden servir para ello<sup>100</sup>”. Por el contrario, el magistrado del Juzgado de Instrucción n.º 11 de Málaga, consideró que la *performance*

---

propósito de ofender y menospreciar al Jefe del Estado español y al himno nacional”. Sin embargo, la sentencia que lo absuelve determina que del contenido del manifiesto tiene “como ilusorio y confesado fin conseguir” la proclamación de un Estado Catalán Independiente, que aunque se trata de actos profundamente reprobables, merecedores de los calificativos más abyectos, no constituyen ninguno de los dos delitos por los que el sujeto fue condenado.

99. Así, entre otros, ROCA DE AGAPITO, 2016, pp. 505 y ss.

100. Sentencia n.º 448/19, de 9 de octubre de 2019. Esta sentencia absolutoria ha sido confirmada en febrero de 2021 por la Audiencia Provincial de Sevilla. La ausencia de la finalidad de ofender a los sentimientos religiosos también ha fundamentado,

que recorrió algunas calles de Málaga, de similares características a la realizada en Sevilla y en el mismo contexto de la crítica al proyecto de reforma de la ley del aborto, era constitutiva de delito en tanto que, a pesar de que la acusada declaró que su intención no era ofensiva, sino crítica, según el magistrado, se trata actos gravemente ofensivos y vejatorios para los sentimientos de los católicos, con publicidad y que no se justifican por su desacuerdo con las ideas de la Iglesia católica acerca de la reforma de la ley del aborto<sup>101</sup>". De estos dos ejemplos y de otros varios solo cabe concluir que, aunque el tipo contenga un elemento subjetivo del tipo de injusto que permita limitar su ámbito de aplicación, queda a discreción de los órganos jurisdiccionales determinar su concurrencia o no y por lo tanto la relevancia penal o no de los hechos sometidos a juicio.

4. En el ámbito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas la concurrencia o no de un elemento subjetivo específico distinto del dolo también tiene importancia. Algunas sentencias absolutorias se basan precisamente en la inexistencia de la intención o finalidad de enaltecer el terrorismo o de humillar a sus víctimas; por el contrario, en otras se descarta expresamente por considerar que no forman parte del tipo. Un ejemplo de las primeras son las Sentencias de la Audiencia Nacional en los casos de Strawberry y del ex concejal del Ayuntamiento de Madrid. En la primera de ellas, la mayoría de magistrados parten de la base de que en los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas es importante no sólo 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 por lo que es preciso determinar "cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión". Tras el análisis del contenido de cada uno de los tuits, la SAN absuelve al acusado por considerar que no queda acreditado que con sus mensajes buscara defender los postulados de una organización terrorista, ni tampoco despreciar o humillar a sus víctimas. Lo mismo cabe decir respecto al segundo supuesto en el que la SAN absuelve al ex concejal porque en los mensajes "no se percibe el ánimo injurioso, o maltratador, ante la falta de continuidad", se realizan sin "la tendencia ofensiva que exige la norma".

El TS se ha manifestado en contra de esta interpretación. Así, la STS 4/2017, considera irrelevante la finalidad o la intención que tuvo el autor

---

entre otras razones, la absolución de otros supuestos que también han trascendido a la opinión pública como el caso del actor Willy Toledo o Javier Krahe.

101. Sentencia n.º 214/2020, de 10 de noviembre.

de los mensajes al no ser un elemento del tipo contenido en el art. 578 CP. Desde esta perspectiva, es constitutivo de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a sus víctimas el mero hecho de querer y saber “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 cierto que, tal como sostiene esta y otras sentencias, estos delitos no exigen expresamente como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, la finalidad de enaltecer el terrorismo o humillar a sus víctimas, pero también es cierto que la mera comprobación de la concurrencia de los elementos objetivos del tipo no es suficiente para determinar la relevancia penal del hecho en cuestión. El que objetivamente las manifestaciones de opinión puedan ser consideradas como enaltecedoras o humillantes no supone que automáticamente tenga que atribuirse, sin más, un ánimo deliberado de enaltecimiento o menosprecio al autor de las mismas porque estas han podido ser realizadas con una finalidad completamente distinta. Es necesario realizar otro tipo de consideraciones como, por ejemplo, el “estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, en su autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y de sus destinatarios, es equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional”, tal como se refleja en la STC 35/2020.

Esta sentencia que trae causa en el recurso presentado contra la STS 4/2017, destaca que no le corresponde pronunciarse sobre si la *intención* perseguida con los mensajes enjuiciados se integra como elemento en el tipo del art. 578 CP, pero sí determinar si la sentencia en cuestión ha analizado si los mensajes que fundamentan la acusación suponen el ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Esta *intención*, se afirma, lejos de constituir una falacia resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su omisión “hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho”. El respeto a este derecho “impide categóricamente extraer conclusiones penales” sin ponderar también el hecho de que los mensajes son susceptibles de ser interpretados como producto de la *intencionalidad crítica en el terreno político y social*. El que la sentencia impugnada rechace expresamente la valoración, entre otros, de los elementos *intencionales*, puede considerarse en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto

y circunstancias de los mensajes emitidos, esta omisión, por sí sola es suficiente para considerar vulnerado el derecho a la libertad de expresión, subraya la sentencia.

Quienes pudimos ver esta sentencia como un avance, aunque tímido, en favor de la libertad de expresión porque incide en la necesidad de analizar y ponderar de forma más rigurosa la intención del autor de la conducta comunicativa porque puede suponer una opinión crítica, política o disidente y, por lo tanto, atípica, no debemos ser muy optimistas. En sentencias posteriores, un Tribunal Constitucional cada vez más dividido, pero con suficiente mayoría, ni este ni ninguno de los criterios anteriormente analizados han sido tenidos en cuenta.

## **VII. A MANERA DE COROLARIO: SEGÚN EL TC DECIR “AQUÍ TENÉIS EL SILENCIO DE LA PUTA BANDERA” Y “HAY QUE PRENDERLE FUEGO A LA PUTA BANDERA” NO ES EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ES UN DELITO DE OPINIÓN**

Las páginas anteriores las hemos dedicado a analizar los rasgos que caracterizan a los delitos de opinión y los problemas que presentan al suponer una limitación al ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de expresión y, en algunos casos, su criminalización.

Son delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de difícil delimitación, cuyo merecimiento y necesidad de protección por parte del Derecho penal es cuestionable porque, la mayoría de ellos, no se vinculan a la protección de los derechos del individuo. La intervención penal en este ámbito también es cuestionable si tenemos en cuenta que pueden ser otras ramas del ordenamiento jurídico quienes puedan asumir el rol de protección, si es que se considera necesario. Adolecen de problemas de seguridad jurídica porque o bien la forma de describir la conducta típica es demasiado lacónica o es lo suficientemente vaga para ser interpretada con una precisión incierta, lo que implica un amplio margen de discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales a la hora de determinar qué manifestaciones de opinión son típicas y cuáles no.

Para legitimar el castigo de las manifestaciones críticas o de disenso como delitos de opinión, se observa cómo la jurisprudencia y, algunas veces también en el seno de la doctrina, han utilizado lo que Ferrajoli llama *parábola involutiva*. Es decir, para no rechazar el castigo de los delitos de opinión, se los *manipula* con las mismas herramientas del Derecho penal agregándoles otros elementos como la potencial peligrosidad que para

otros bienes jurídicos puede suponer la expresión de esa opinión y/o que estas suponen un “discurso del odio” o exigiéndose la presencia de un elemento específico del tipo subjetivo.

Pero ninguno de estos “criterios legitimantes” se puede apreciar en la STC 190/2020, que deniega el amparo a un delegado sindical que fue condenado por un delito de ultrajes a España.

La descripción, sorprendentemente sucinta, de los hechos probados da cuenta de que el sujeto, representante sindical de la Confederación Intersindical Galega, en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional participaba en una concentración de protesta por motivos laborales. Valiéndose de un megáfono y “con intención de menospreciarla” gritó: “aquí tedes o silencio da puta bandeira” y “hai que prenderlle lume a puta bandeira” (esto es, en castellano, “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera”). Estos hechos fueron realizados en el contexto de una reivindicación laboral en el que se reprochaba a los miembros de las fuerzas armadas su pasividad ante el impago de salarios por parte de la empresa concesionaria del servicio de limpieza.

De ningún modo hubo incitación a la violencia, ni riesgo de que se produjera un eventual peligro para las personas ni objetos. De las dos referencias a la bandera, calificarla como “puta” y la petición de que se le prendiera fuego, tampoco puede desprenderse que se trate de discurso de odio o intolerancia, tal como viene exigiendo la jurisprudencia. Tal como se desprende del escrito del Fiscal, que se unió a las pretensiones absolutorias del recurrente, no existió ni ánimo, ni voluntad de ultrajar a la bandera. Se trataba de la manifestación de dos expresiones que reflejaban el reproche a los miembros que estaban presentes en el acto, por la pasividad que venían mostrando ante el impago de salarios por parte de la empresa concesionaria del servicio de limpieza pero en ningún caso constituye, tal como afirma la STC, un mensaje de “beligerancia... hacia los principios y valores” que representa la bandera.

Si son expresiones que sin mayores dificultades pueden enmarcarse en el contexto de la crítica política y, por lo tanto, en el ejercicio fundamental de la libertad de expresión, por qué se castigan. En primer lugar, por la persistencia en el Código penal de los delitos de opinión que, como consecuencia de la vaguedad de los términos en los que están descritos, permiten al tribunal de turno realizar una interpretación lo suficientemente amplia y en su aplicación ignorar los principios básicos del Derecho penal. En segundo lugar, las sucesivas condenas del TEDH y la preocupación manifestada por organismos oficiales extranjeros por vulneraciones

del derecho a la libertad de expresión en España denota una ilegítima pretensión, a través de las resoluciones judiciales aprobadas solo por la mayoría de miembros del respectivo tribunal, de someter y disciplinar al conjunto de la sociedad sobre lo que se puede o no expresar bajo amenaza de pena. Dos razones, entre otras muchas, para emprender la reforma y/o derogación de los delitos de opinión.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, M.C. (2016). Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 18, 1-38.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2012). Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 14, 1-32.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2018). Opiniones Constitucionales. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, 1-38.
- ALONSO RIMO, A. (2018). ¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos?: Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva. *Estudios penales y criminológicos*, n.º 38, 461-510.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2016) Delitos contra las instituciones del Estado (III). En Álvarez García (dir.), Araceli Manjón-Cabeza Olmeda (Coord.), Arturo Ventura Püschel (coord.). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución* (pp. 211-281). Tirant lo Blanch.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2017). España: activistas sociales y el derecho a la información, en el punto de mira. Análisis sobre la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana. Recuperado el 12 de enero de 2021 de, [https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=%3A\\*&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=\\*&fo=and&fq=mssearch\\_fld13&fv=EUR41400017&fo=and&fq=mssearch\\_mlt98&fv=gseg01&fo=and](https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=%3A*&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=mssearch_fld13&fv=EUR41400017&fo=and&fq=mssearch_mlt98&fv=gseg01&fo=and).
- BENLLOCH PETIT, G. (2001). El Derecho penal ante el conflicto político: reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 54, Fasc/Mes 1, 175-228.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., (2016). El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del "discurso del odio". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 13-43.

- BILBAO UBILLOS, J.M. (2015). La llamada Ley Mordaza: La Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 217-260.
- CÁMARA ARROYO, S. (2017). El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/ Mes 1, 139-225.
- CARBONELL MATEU, J.C. (2018). 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 De la Cuesta Aguado y otros (coords.). *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco* (pp. 1413-1432). Tirant Lo Blanch.
- CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN (1995). En VIVES ANTÓN (dir.). *Comentarios al código penal de 1995*. Tirant lo Blanch.
- CARMONA SALGADO, C. (2012). *Calumnias, injurias y otros atentados al honor: perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch.
- CARMONA SALGADO, C. (2016). A vueltas con las propuestas despenalizadoras de ciertas conductas contra determinadas instituciones públicas, organismos de la nación, emblemas y símbolos. *Cuadernos de política criminal*, n.º 119, 5-38.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (2018). Barómetro de septiembre 2018. Estudio n.º 3223. Recuperado el 12 de enero de 2021 de, [http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14424](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14424).
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS (2021). Barómetro de enero 2021. Estudio n.º 3307. Recuperado el 12 de abril de 2021 de: [http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14543&cuestionario=17519&muestra=24862](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14543&cuestionario=17519&muestra=24862).
- CUERDA ARNAU, M.L. (2019). En González Cussac (coord.), *Derecho penal Parte especial*. 6.ª Ed. Tirant lo Blanch.
- CUTIÑO RAYA, S. (2018). La legislación represiva en materia de orden público y seguridad ciudadana. En Del-Carpio-Delgado (coord.). *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal* (pp. 221-266). Tirant lo Blanch.
- DE LUCA, J. (2012). La veracidad, las expresiones y el Derecho penal. En Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.). *Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional* (pp. 19-88). Tirant lo Blanch.

- DE PABLO SERRANO, A.L. (2018). Honor, injurias y calumnias los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español. Ediciones Universidad de Valladolid. Tirant lo Blanch.
- DE PABLO SERRANO, A.L./TAPIA BALLESTEROS, P. (2017). Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. *Diario La Ley*, N.º 8911.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2017). El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 1-52.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2016). Incitación al odio y género: Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º. 18, 1-25.
- GÓMEZ TOMILLO, A. (2015). Artículo 525. En Gómez Tomillo (dir.). *Comentarios prácticos al Código penal*. Aranzadi Thomson Reuters.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2019). *Una Propuesta Alternativa de Delitos de Expresión*. Tirant lo Blanch.
- HASSEMER/MUÑOZ CONDE (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tirant lo Blanch.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL (2020a). Working Group on the Universal Periodic Review Thirty-fifth session. Geneva, 20-31 January 2020. Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Spain. A/HRC/WG.6/35/L.4.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL (2020b). Anejo explicativo de las observaciones de España a las recomendaciones recibidas por España con ocasión del tercer ciclo del Examen Periódico Universal. A\_HRC\_44\_7\_Add.1\_Annex\_Spain\_S.
- LANDA GOROSTIZA, J. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4o. CP 1995*. Tirant lo Blanch.
- LAURENZO COPELLO, P. (2019b). La manipulación de los delitos de odio. En Portilla Contreras/ Velásquez Velásquez (dirs.). *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez* (pp. 453-468). Dykinson.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M.C. (2000). *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*. Tirant lo Blanch.
- MACÍAS CARO, V.M. (2020). La incidencia de la “ley mordaza” en la regulación de los desórdenes públicos y la criminalización de la protesta. En Bustos Rubio/ Abadías Selma (dirs.). *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*. (pp. 877-895). Editorial Bosch.

- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. (2004). Apología del terrorismo. En Octavio de Toledo/Gurdiel Sierra/ Cortés Bechiarelli (Coords.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Tirant lo Blanch.
- MATÍA PORTILLA, F.J. (2015). Artículos 492 a 505: delitos contra las instituciones del Estado. En Gómez Tomillo (dir.). *Comentarios prácticos al Código penal*. Aranzadi Thomson Reuters.
- MENÉNDEZ CONCA, L. (2019). Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 22, 59-106.
- MIRA BENAVENT, J. (2018). El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional. En Alonso Rimo, A. y otros (dirs.). *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales* (pp. 299-330). Tirant lo Blanch.
- MIRÓ LLINARES, F. (2017). Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión. En Miró Llinares (dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet* (pp. 21-65). Marcial Pons.
- MUÑOZ CONDE, F. (2010b). *Derecho Penal, Parte Especial, 18.ª edición, revisada y puesta al día*. Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. (2010a). *Derecho Penal, Parte General, 8.ª edición, revisada y puesta al día*. Tirant lo Blanch.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2016). La represión penal del “discurso del odio”. En Álvarez García (dir.), Araceli Manjón-Cabeza Olmeda (coord.), Arturo Ventura Püschel (coord.). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución* (pp. 379-412). Tirant lo Blanch.
- PRESNO LINERA, M.A. (2014). El primer anteproyecto de ley orgánica para la protección de la seguridad ciudadana. *Teoría y realidad constitucional*, núm. 34, 269-292.
- REBOLLO VARGAS, R. (2016). Ultrajes de España. En Álvarez García (dir.), Araceli Manjón-Cabeza Olmeda (coord.), Arturo Ventura Püschel (coord.). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución* (pp. 883-909). Tirant lo Blanch.
- ROCA DE AGAPITO, L. (2016) Delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos. En Álvarez García (dir.), Araceli

Manjón-Cabeza Olmeda (coord.), Arturo Ventura Püschel (coord.). *Tratado de derecho penal español. Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución* (pp. 471-539). Tirant lo Blanch.

ROIG TORRES, M. (2015). En González Cussac (dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch.

RUIZ LANDÁBURU, M.J. (2002). *Provocación y apología: delitos de terrorismo*. Colex.

SANTANA VEGA, D. (2009). El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico-penal? *Cuadernos de política criminal*, n.º 99, 35-66.

SPENA, A. (2007). Libertà di espressione e reati di opinione". *Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale*, 2/3, 689-738.

TAMARIT SUMALLA, J.M. (1989). *La libertad ideológica en el Derecho Penal*. PPU.

TAMARIT SUMALLA, J.M. (1996). En Quintero Olivares (dir.), Fermín Morales Prats (coord.). *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi.

TERUEL LOZANO, G. (2018). Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. *Revista española de derecho constitucional*, Año n.º 38, N.º 114, 13-45.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2001). Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código Penal). *Estudios penales y criminológicos*, n.º 23, 215-252.

## IX. JURISPRUDENCIA

### 1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

<i>Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STC 51/1985	10.04.1985	ECLI:ES:TC:1985:51
STC 107/1988	08.06.1988	ECLI:ES:TC:1988:107
STC 254/1988	21.12.1988	ECLI:ES:TC:1988:254
STC 51/1989	22.02.1989	ECLI:ES:TC:1989:51
STC 121/1989	03.07.1989	ECLI:ES:TC:1989:121
STC 105/1990	06.06.1990	ECLI:ES:TC:1990:105
STC 42/1995	13.02.1995	ECLI:ES:TC:1995:42

<i>Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STC 139/1995	26.09.1995	ECLI:ES:TC:1995:139
STC 204/1997	25.11.1997	ECLI:ES:TC:1997:204
STC 134/1999	15.07.1999	ECLI:ES:TC:1999:134
STC 11/2000	17.01.2000	ECLI:ES:TC:2000:11
STC 6/2000	17.01.2000	ECLI:ES:TC:2000:6
STC 110/2000	05.05.2000	ECLI:ES:TC:2000:110
STC 297/2000	11.12.2000	ECLI:ES:TC:2000:297
STC 2/2001	15.01.2001	ECLI:ES:TC:2001:2
STC 49/2001	26.02.2001	ECLI:ES:TC:2001:49
STC 148/2001	27.07.2001	ECLI:ES:TC:2001:148
STC 115/2004	12.07.2004	ECLI:ES:TC:2004:115
STC 235/2007	07.11.2007	ECLI:ES:TC:2007:235
STC 104/2011	20.06.2011	ECLI:ES:TC:2011:104
STC 177/2015	22.07.2015	ECLI:ES:TC:2015:177
STC 112/2016	20.07.2016	ECLI:ES:TC:2016:112
STC 89/2018	06.09.2018	ECLI:ES:TC:2018:89
STC 18/2020	10.02.2020	ECLI:ES:TC:2020:18
STC 35/2020	25.02.2020	ECLI:ES:TC:2020:35
STC 190/2020	15.12.2020	ECLI:ES:TC:2020:190

## 2. TRIBUNAL SUPREMO

<i>Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STS, 2. <sup>a</sup> , 149/2007	26.02.2007	CLI:ES:TS:2007:2050
STS, 2. <sup>a</sup> , 656/2007	17.07.2007	ECLI:ES:TS:2007:4936
STS, 2. <sup>a</sup> , 523/2011	30.05.2011	ECLI:ES:TS:2011:4309
STS, 2. <sup>a</sup> , 106/2015	19.02.2015	ECLI:ES:TS:2015:748
STS, 2. <sup>a</sup> , 846/2015	30.12.2015	CLI:ES:TS:2015:5682
STS, 2. <sup>a</sup> , 820/2016	02.11.2016	CLI:ES:TS:2016:4714
STS, 2. <sup>a</sup> , 948/2016	15.12.2016	CLI:ES:TS:2016:5495
STS, 2. <sup>a</sup> , 4/2017	18.01.2017	ECLI:ES:TS:2017:31
STS, 2. <sup>a</sup> , 52/2018	31.01.2018	ECLI:ES:TS:2018:178
STS, 2. <sup>a</sup> , 72/2018	09.02.2018	ECLI:ES:TS:2018:396

## CAPÍTULO VIII. LA OPINIÓN COMO DELITO

<i>Sala y Número</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
STS, 2. <sup>a</sup> , 334/2018	04.07.2018	CLI:ES:TS:2018:2555
STS, 2. <sup>a</sup> , 646/2018	14.12.2018	CLI:ES:TS:2018:4133
STS, 2. <sup>a</sup> , 135/2020	07.05.2020	CLI:ES:TS:2020:1298
STS, 2. <sup>a</sup> , 196/2020	20.05.2020	CLI:ES:TS:2020:1324
STS, 2. <sup>a</sup> , 291/2020	10.06.2020	ECLI:ES:TS:2020:1913