



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso 2017/2018  
Convocatoria: Septiembre

# LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET

**Especial referencia al delito de enaltecimiento terrorista  
como forma de discurso de odio**

[THE LIMITS TO THE FREEDOM OF EXPRESSION ON THE INTERNET  
Special reference to the glorification of terrorism as a form of hate speech]

Realizado por la alumna Edith Hernández Negrín

Tutorizado por el Profesor D. Antonio Domínguez Vila

Departamento: Derecho Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho

Área de conocimiento: Derecho Constitucional

**ABSTRACT**

This project has the purpose of analyzing the right of freedom of speech limitations, in relation with the public spread of support for terrorism as well as hate speech in the Internet, according to the Supreme Court, Constitutional Court and Human Right Court criteria. In this sense, it is noted an unclear wording due to the last legislative reforms and the lack of regulation in the field of technological media and jurisprudence, apparently contradictory between themselves, because of the high number of dictated sentences in recent years. Likewise, it is important to determine the criminal and civic responsibility in terms of the illicit content published in a media characterized by universality and anonymity.

**RESUMEN**

Este trabajo tiene la finalidad de analizar las limitaciones del derecho a la libertad de expresión en relación con el delito de enaltecimiento terrorista y el discurso del odio en Internet, atendiendo a los criterios del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, se observa una redacción imprecisa debido a las últimas reformas legislativas y a la escasa regulación en el ámbito de las redes tecnológicas y una jurisprudencia, aparentemente contradictoria entre sí, por el gran número de sentencias dictadas en los últimos años. Asimismo, resulta importante determinar la responsabilidad penal y civil por los contenidos ilícitos publicados en un medio caracterizado por la universalidad y el anonimato.

## Índice

1. Introducción
2. Libertad de expresión; concepto y límites en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos
3. Regulación del derecho a la libertad de expresión en el Ordenamiento Jurídico español
  - 3.1. Constitución Española de 1978
  - 3.2. Incidencia de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana en la libertad de expresión
  - 3.3. Aplicación progresiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos
  - 3.4. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límite a la libertad de expresión
4. ¿Hay total libertad de expresión en Internet?
  - 4.1. Especial estudio del ejercicio de la libertad de expresión en Internet
  - 4.2. Límites internos y externos

4.3. Enaltecimiento terrorista como forma de discurso de odio en las redes sociales

5. Análisis de casos jurisprudenciales
6. La conformación del derecho al olvido digital como amenaza a la libertad de expresión
7. Responsabilidad jurídica por contenidos ilícitos y delitos cometidos a través de Internet
8. Conclusiones
9. Bibliografía

9.1. Manuales y libros

9.2. Revistas y artículos

## 1. Introducción

El derecho a la libertad de expresión constituye, hoy en día, un pilar fundamental de la sociedad democrática. Este fundamento se manifiesta principalmente en la especial regulación que reserva la Constitución Española de 1978 para los derechos fundamentales, en concreto, el artículo 20 reconoce y protege, en su apartado primero, el derecho a expresar libremente pensamientos y opiniones. En este sentido, la libertad de expresión se erige como el presupuesto básico de la libertad del ser humano pues de ella emanan las demás libertades públicas. La libertad de expresión es uno de los derechos de la Constitución Española que más ha evolucionado a lo largo del tiempo, incorporando, hoy en día, un doble contenido; de un lado, el derecho a expresar libremente el pensamiento, y de otro, el derecho a informar y a ser informado. Resulta complejo encontrar un único significado que defina el derecho a la libertad de expresión, pues a lo largo de los años se han ido sucediendo numerosas teorías acerca de cuál es el contenido que integra tal derecho. Sin embargo, todas ellas coinciden en que es una libertad que tiene la finalidad de dar a conocer libremente una idea u opinión respetando la dignidad humana. Precisamente por ello, el derecho a la libertad de expresión es uno de los más amenazados en la actualidad, de manera que sus límites se expanden y se contraen en función de los intereses de cada sujeto.

Por tanto, el componente principal de la libertad de expresión, recogida en el artículo 20 apartado 1 de la Constitución, lo conforma la opinión pública, de manera que es entendido como un derecho colectivo que se reconoce a todos los ciudadanos por igual, quedando protegidos frente a injerencias por parte de la ley y los poderes públicos. De esta afirmación, cabe entender que estamos ante un derecho fundamental que cuenta con una posición prioritaria dentro de la Constitución, con respecto a los restantes derechos fundamentales que recoge el texto normativo. Este carácter preferente, sin embargo, no debe ser interpretado como una escala jerárquica sino, más bien, como una ponderación de los derechos, libertades e intereses que se encuentran en juego.

## 2. Libertad de expresión; concepto y límites en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH, otorga a la libertad de expresión un lugar primordial en el conjunto de derechos y libertades de la sociedad democrática y la define como *“uno de los fundamentos esenciales de la sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres<sup>1</sup>”*. El TEDH se ha pronunciado en relación a la interpretación de la libertad de expresión que se desprende del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, reconocido como un derecho único que integra la libertad de opinión y la libertad de recibir y transmitir la información. Señala, al respecto, la autora GAY FUENTES que *“dado que la libertad de opinión ya se encuentra en parte protegida por el artículo 9<sup>2</sup> del Convenio, habrá que entender que lo específico del artículo 10 es la consagración de la libertad de comunicar y de recibir informaciones e ideas<sup>3</sup>”*. A tal efecto, el Tribunal dispone que no es un derecho absoluto, dado que su ejercicio es limitado cuando atenta contra otros derechos, la moral, la seguridad nacional o el orden público. No obstante, las medidas restrictivas deben estar previstas por ley, justificadas por alguno de los fines que recoge el artículo 10 del Convenio y ser necesarias en una sociedad democrática, entendido como *necesidad social imperiosa<sup>4</sup>*. En este sentido, cabe destacar el caso “Féret vs. Bélgica”, a través del cual el TEDH condenó a un parlamentario por unas declaraciones en las que proponía la expulsión y el rechazo de inmigrantes y musulmanes, al considerar que *“el odio no requiere de un determinado acto criminal o de violencia<sup>5</sup>”*.

---

<sup>1</sup> Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso Handyside)

<sup>2</sup> Artículo 9 CEDH; *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o convicción individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”*

<sup>3</sup> GAY FUENTES, C. *“La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español”*. Revista de Administración pública, nº 126, 1991, P. 261

<sup>4</sup> Sentencia del TEDH de 8 de julio de 1986 (caso Lingens)

<sup>5</sup> STEDH, asunto Féret c. Bélgica (nº 15615/07) de 16 de julio de 2009, párrafo 73

Lo cierto es que el TEDH no ha sentado una jurisprudencia clara sobre la libertad de expresión, ello debido a que no existe, en el ámbito del Convenio Europeo, un modelo de protección común, de manera que, de forma paralela y contraria, se pronuncia en la Sentencia de 15 de marzo de 2011, conocida con el nombre “Otegi c. España”, en la cual se condena a España por vulnerar la libertad de expresión de Arnaldo Otegui, quien había sido previamente condenado a un año de prisión por referirse al rey como “*responsable de torturadores*”<sup>6</sup>. En la mencionada sentencia se consideró vulnerado el artículo 10 del Convenio Europeo dado que las declaraciones de Otegui se inscribían dentro de un debate de interés público y hacían referencia a la responsabilidad institucional del rey, de manera que la condena resultaba, a juicio del TEDH, severa y desproporcionada. Así, el TEDH lleva a cabo una importante labor de interpretación del alcance de la libertad de expresión, a la cual otorga una posición primordial en el conjunto de derechos y libertades pero partiendo de las circunstancias de cada caso concreto.

Por su parte, el Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de los límites que se imponen a la libertad de expresión en la Sentencia 291/2016, de 13 de julio, en la que se explica que “*ciertas expresiones no se pueden enmarcar dentro de la libertad ideológica o de expresión y se enmarcan dentro del discurso del odio*”, en relación con aquellas actuaciones que atentan contra las libertades de la sociedad, y en la misma línea señala que “*determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser no sólo legítimas, sino hasta necesarias ante conductas que pueden incitar a la violencia o, como sucede en la humillación a las víctimas, provocar un especial impacto sobre quien las sufre en un contexto terrorista*”<sup>7</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo mantiene una doctrina uniforme basada en el artículo 20.4 de la Constitución, de manera que considera que la libertad de expresión está limitada por el respeto a los demás derechos fundamentales, en especial el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y al respecto se manifiesta en la sentencia 594/90 de 16 de

---

<sup>6</sup> STEDH 2034/07, de 15 de marzo (caso Otegi Mondragón c. España)

<sup>7</sup> STS539/2008, de 23 de septiembre

marzo de 1900 al señalar que *“conforme a la doctrina jurisprudencial y al propio texto constitucional, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ofrecen la suficiente entidad para constituir un verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión”*. No obstante, pese a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se mantiene de forma reiterada en esta idea, se pueden encontrar sentencias que se alejan de esta línea al afirmar que tanto el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como el derecho a la libertad de expresión e información gozan de protección constitucional pero reconociendo el carácter preferente de éste último<sup>8</sup>, a diferencia de lo dispuesto en la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional.

De acuerdo a lo expuesto con anterioridad, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986, de 17 de julio en la cual señala que *“cuando del ejercicio de la libertad de opinión y del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión resulta afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y, en todo caso, tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otra”*, por tanto, su doctrina, al igual que la del TEDH, se basa en la ponderación entre el derecho al honor y el ejercicio de la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional define la libertad de expresión como la *“libre manifestación de creencias, juicios o valoraciones subjetivas, esto es, como libre difusión de ideas u opiniones”*<sup>9</sup> y aclara que este concepto incluye la libertad de crítica *“aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”*<sup>10</sup> y la opinión subjetiva sobre acontecimientos históricos *“por muy erróneas o infundadas que resulten, siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para*

---

<sup>8</sup>STS 806/89, de 29 de abril de 1989 y STS 938/90, de 11 de junio de 1990

<sup>9</sup>STC 235/2007, FJ 5

<sup>10</sup>STC 235/2007, FJ 4



*la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos*<sup>11</sup>”. No obstante, es preciso señalar que, tal y como se recoge en las sentencias 89/2010 y 235/2007, el concepto de libertad de expresión no protege el derecho al insulto, entendido como expresiones injuriosas o vejatorias, ni aquéllas actuaciones intimidatorias o que incitan de forma directa o indirecta a la comisión de actos delictivos.

Señala el Tribunal Constitucional que los conflictos que se generan entre la libertad de expresión y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen encuentran su origen en la indeterminación de los conceptos, de modo que, dado que todos los derechos mencionados revisten carácter fundamental, es preciso que se lleve a cabo la función de ponderar los derechos en juego y de determinar si las limitaciones a los mismos quedan amparadas constitucionalmente. En este sentido, las libertades del artículo 20 y los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18 se constituyen como “límites recíprocos<sup>12</sup>” unos de otros. La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional se basa en la teoría del “*balancing of interest*”<sup>13</sup> elaborada por la jurisprudencia norteamericana, en virtud de la cual la libertad de expresión es un derecho esencial en el estado democrático pero no absoluto sino limitado por los demás derechos y libertades de manera que es preciso ponderar cuando exista colisión en ellos. Esta ponderación debe entenderse, de acuerdo con el artículo 20.4 de la Constitución española, como una delimitación de los demás derechos fundamentales, esto es, no puede afirmarse la existencia de preferencia de la libertad de expresión cuando suponga una lesión a los derechos de los demás.

---

<sup>11</sup>STC 43/2007, FJ 5

<sup>12</sup>MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO M. “*Protección penal de la libertad de expresión e información*”. Editorial Tirant lo Blanch, 2012, p. 169

<sup>13</sup>O’CALLAGHAN, X. “*Libertad de expresión y sus límites; honor, intimidad e imagen*”. Editorial de Derecho Reunidas, 1991, p. 15

### 3. Regulación del derecho a la libertad de expresión en el Ordenamiento Jurídico español

#### 3.1. Constitución Española de 1978

La Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 20 el derecho a la libertad de expresión como valor esencial del estado democrático. Señala el apartado primero que “*se reconocen y se protegen los derechos; a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; a la libertad de cátedra; y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”. De las diversas modalidades que presenta el articulado, la libertad de expresión en sentido estricto y la libertad de información guardan especial relación con el enaltecimiento terrorista y el discurso del odio. En este punto es preciso delimitar el alcance de estos derechos, pues ambos constituyen un único derecho fundamental con regímenes jurídicos distintos, esto es, ambos protegen la opinión pública pero al derecho de información se le exige el requisito adicional de responder a la verdad, requisito que no encontramos en el derecho a la libertad de expresión. Por tanto, la diferencia fundamental entre uno y otro se centra en que, mientras el derecho de información se caracteriza por ser objetivo, la libertad de expresión se constituye como un derecho basado en la subjetividad. Sin embargo, no es la única diferencia que encontramos en esta relación puesto que, mientras que el objeto de la libertad de expresión son las opiniones, ideas y pensamientos, el de la libertad de información es la noticia basada en una información de interés público<sup>14</sup>. De ahí que su proceso de aplicación tampoco sea el mismo, siendo la comunicación sin injerencias el de la libertad de expresión y la “*preparación, elaboración,*

---

<sup>14</sup> STC 47/2000

*selección y difusión de la información o noticias*<sup>15</sup>” el de la libertad de información.

En relación a lo expuesto, un amplio sector de la doctrina considera que el concepto de derecho a la libertad de expresión debe ser entendido de manera extensa, es decir, incluyendo tanto la libertad de expresión en sentido estricto como la libertad de información, de manera que, en síntesis, ésta última deriva de aquélla. Por otro lado, otro sector considera que, si bien es cierto que existe una estrecha relación entre ambos, el derecho a la libertad de información se configura como un presupuesto de la libertad de expresión. Lo cierto es que en los últimos años se ha intentado, aunque sin éxito, otorgar mayor autonomía al derecho de información. No obstante, sigue existiendo en la actualidad una relación de subordinación que encuentra su explicación en el hecho de que, originariamente, el reconocimiento de la opinión, la expresión y la información ha ido sucediendo de forma progresiva a lo largo del tiempo.

En este sentido, el artículo 10 de la Constitución española remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos para la interpretación de los derechos fundamentales, de manera que el derecho a la libertad de expresión se reconoce también a nivel internacional y europeo. La Declaración Universal, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, dispone en el artículo 19 que *“todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*, de lo cual se puede extraer que el derecho de información se engloba dentro del derecho a la libertad de expresión.

---

<sup>15</sup>Artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

### 3.2. Aplicación progresiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos

La entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, supuso la derogación de la Directiva 95/46/CE y la modificación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal aprobada en 1999. Este nuevo reglamento ofrece a los Estados Miembros una normativa unificada, no vinculada a la censura pero sí al uso de los datos de los usuarios en la red, de manera que obliga a adaptar la normativa de aquellas empresas que tratan con información de ciudadanos europeos, como es el caso de Facebook. El propio Reglamento señala la necesidad de elaborar una nueva Ley al disponer que *“los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria<sup>16</sup>”*, sin embargo, el actual Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos, creada con el fin de implementar el nuevo Reglamento, no atiende a la controversia que se suscita entre ambos derechos, de modo que es necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que establece como regla general la posición preferente de la libertad de expresión siempre que se trate de hechos veraces y de relevancia pública<sup>17</sup>. Esta falta de adecuación del Anteproyecto al Reglamento ha sido el fundamento principal del informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, en el cual se lleva a cabo una crítica por la *“falta de coherencia con la función y finalidad propia de una norma, como la proyectada, que ha de limitarse a adecuar y, en su caso, a complementar el Reglamento europeo<sup>18</sup>”*.

---

<sup>16</sup>Artículo 85 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016

<sup>17</sup> Entre otras; STC 240/1992 y STC 105/1983, respectivamente

<sup>18</sup>Informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de julio de 2017

### 3.3. Incidencia de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana en la libertad de expresión

El Gobierno, frente a la ausencia de regulación específica, ha intentado legislar poniendo en marcha la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, junto con la reforma del Código Penal, todo ello conocido con el nombre de «Ley Mordaza». El hecho de que el Estado haya intervenido en el desarrollo de las libertades del artículo 20 no es del todo apoyado por algunos sectores al tratarse de una regulación arbitraria, no sólo porque no se pueda conocer con antelación cual es la extensión real de su contenido, correspondiéndole a los jueces valorarlo, sino también porque sólo establece responsabilidades por los actos ofensivos cuando afectan a determinadas personalidades, de manera que es inevitable cuestionar hasta qué punto peligra el derecho a la libertad de expresión. A pesar de que la propia ley señala en el artículo 4 que los preceptos deberán interpretarse de acuerdo al contenido de las libertades de expresión e información, entre otros, la misma ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad planteado por la oposición de aquel momento (PSOE, la Izquierda Plural, UPyD, Coalición Canaria y Compromís-Equo) al considerar que la nueva ley vulnera dichas libertades<sup>19</sup>. En concreto, el apartado 23 del artículo 36 señala que constituye una infracción grave *“el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información”*, lo cual se considera que vulnera el artículo 20.2 de la Constitución. Respecto a esta cuestión, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado anulando la multa impuesta a una periodista por la publicación de una foto en la que aparecía identificado un agente de la policía, señalando que *“estamos ante un documento*

---

<sup>19</sup> Recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015 admitido a trámite por Pleno del Tribunal Constitucional, el 9 de junio

*que reproduce la imagen de una persona en el ejercicio de un cargo público [...] y que la fotografía en cuestión fue captada con motivo de un acto público [...], en un lugar público [...], por lo que en modo alguno resulta irrazonable concluir, como se razona en la Sentencia impugnada, que concurre el supuesto previsto en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen<sup>20</sup>”. Asimismo, dado que los hechos se desarrollaron en el transcurso de un desalojo, el Tribunal consideró que la noticia, además de ser veraz, cumplía con el elemento de la relevancia pública, de modo que concluye; “no cabe apreciar que, en las circunstancias de este caso, existan razones de seguridad para ocultar el rostro de un funcionario policial por el mero hecho de intervenir<sup>21</sup>”.*

Tanto las Naciones Unidas<sup>22</sup> como el Consejo Europeo<sup>23</sup> han manifestado que la aprobación de dicha ley aleja a España del sistema democrático al considerar que la ciudadanía tiene derecho a cuestionar la labor llevada a cabo por los representantes públicos, de manera que la mencionada ley encuentra un rechazo frontal no sólo por parte de la ciudadanía sino también por parte de las grandes organizaciones internacionales.

En definitiva, estas reformas han logrado acotar la libertad de expresión poniendo en peligro uno de los pilares fundamentales de la democracia.

---

<sup>20</sup> STC 72/2007, de 16 de abril, FJ 5

<sup>21</sup> STC 72/2007, de 16 de abril, FJ 5

<sup>22</sup> Informe de la ONU de 20 de julio. “*Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*”

<sup>23</sup> Informe del Consejo Europeo del mes de octubre. “*Estado de los derechos humanos en España*”

### **3.4. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen como límite a la libertad de expresión**

Conforme al artículo 18 de la Constitución española, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, gozan de rango fundamental hasta el punto de constituir un límite para el derecho a la libertad de expresión.

Se podría afirmar que la libertad de expresión y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen constituyen bienes jurídicos interdependientes y limitados, de manera que cuando se produce una colisión entre estos derechos fundamentales, se busca que el contenido de los mismos no resulte alterado. Todos estos derechos mantienen una especial conexión pues resultan indispensables para una sociedad democrática. La protección penal que se otorga al honor, la intimidad y la propia imagen constituye, sin ninguna duda, uno de los límites de la libertad de expresión, pero al mismo tiempo es preciso señalar que todos ellos se encuentran recogidos en la Constitución española en un mismo nivel, ocasionando así conflictos jurídicos. La estrecha relación que mantiene la libertad de expresión con el derecho al honor viene recogida de manera específica en el texto constitucional, el cual dispone que *“estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen<sup>24</sup>”*. Cuando ambos derechos entran en conflicto, algunos autores consideran que debe primar el derecho al honor al tratarse de un derecho relativo a la propia dignidad y personalidad de las personas, pero frente a esta idea, la mayor parte de la doctrina considera que la libertad de expresión goza de prioridad al constituirse como un elemento esencial del Estado democrático y al proteger intereses colectivos frente a los intereses individuales que tutela el derecho al honor. La prevalencia del derecho a la libertad de expresión responde, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *“al doble carácter de libertad*

---

<sup>24</sup>Artículo 20 apartado 4º de la Constitución Española

*individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático<sup>25</sup>”.*

El conflicto que se crea, por tanto, parte de la idea de que existe una colisión entre un derecho fundamental que se considera esencial en el Estado democrático y unos derechos fundamentales inherentes al núcleo de la personalidad, haciendo necesaria la ponderación de intereses para determinar si el ejercicio de la libertad de expresión se justifica constitucionalmente, de manera que “*nos encontramos ante una prevalencia condicionada (que no absoluta) del derecho a la libertad de expresión sobre los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar<sup>26</sup>”.*

---

<sup>25</sup>STC 52/2002, de 25 de febrero y 148/2002, de 15 de junio

<sup>26</sup>GARBERÍ LLOBREGAT, J. “*Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*”. Editorial Bosch, 2007, p. 203



#### 4. ¿Hay total libertad de expresión en Internet?

##### 4.1. Especial estudio del ejercicio de la libertad de expresión en Internet

La libertad de expresión en Internet se configura, en la actualidad, como un elemento más del sistema democrático, dado que posibilita que cualquier persona pueda manifestar libremente su opinión sobre un tema en concreto. Con anterioridad, el problema de los límites de la libertad de expresión se planteaba únicamente en relación con los medios de comunicación tradicionales, no obstante, hoy en día nos encontramos con medios que permiten una participación mucho más amplia, posibilitando así que cualquier persona pueda manifestar su opinión sin control previo sobre su contenido. De manera que, el principio de libertad de expresión que encontrábamos en otros medios de comunicación se extiende a Internet y otros elementos de reciente creación. En otras palabras, Internet ha contribuido a facilitar el ejercicio de la libertad de expresión y de información por los ciudadanos, constituyéndose como *“un sistema de comunicación multimedia que permite el intercambio rápido de información. En suma un sistema de comunicación polifacético, en cuanto que permite formas diversas de comunicación”*<sup>27</sup>. Sin embargo, esta expansión cuenta también con una vertiente negativa, en el sentido de que el desarrollo de los derechos y libertades ha encontrado en Internet una vía rápida y eficaz para difundir contenido o material ilegal bajo el anonimato o el uso de pseudónimos, lo cual dificulta la persecución del autor.

Es preciso destacar que estamos ante una red de comunicación de carácter universal, es decir, todos los Estados están obligados a facilitar el acceso a Internet a los ciudadanos, de manera que resulta complicado controlar el contenido del mismo en todo momento. Es, precisamente, ante esta situación de descontrol, cuando los Estados más autoritarios consideran necesario limitar o censurar la libertad de expresión, evitando así contenidos

---

<sup>27</sup>LÓPEZ ORTEGA, J. J. *“Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”*. Internet y Derecho Penal, 2001, pp. 89-90

que atenten contra sus propios intereses. En nuestro sistema constitucional queda prohibida la censura previa en la libertad de expresión, de información y de prensa en el artículo 20.2 de la Constitución española, lo cual no significa, en ningún caso, que las autoridades no puedan restringir o responsabilizar en los supuestos en los que el contenido vertido sea difamatorio, injurioso o humillante. Tal y como dispone el Tribunal Constitucional *“por censura previa puede entenderse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido, y siendo ello así parece prudente estimar que la Constitución, precisamente por lo terminante de su expresión, dispone eliminar todos los tipos imaginables de censura previa, aun los más débiles y sutiles que tengan por efecto, no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos del art. 20.1<sup>28</sup>”*.

Sin embargo, el texto constitucional no recoge de manera específica una regulación referente a todas las modalidades de la libertad de expresión, lo cual constituye otra parte de la problemática mencionada con anterioridad. Frente a esta laguna legislativa, se opta, de un lado, a la remisión por analogía, es decir, aplicar los preceptos que la Constitución dedica a la libertad de prensa, y de otro lado, a los principios y valores constitucionales. El hecho de que no exista a nivel nacional ni europeo una regulación uniforme acerca del ejercicio de la libertad de expresión en Internet, junto la dilación de los tribunales, ocasiona que el contenido ilícito se propague a mayor velocidad entre los usuarios. Al respecto se manifiesta el autor López Ortega al señalar que *“las peculiares características, totalmente nuevas, de la Sociedad de la Información no permiten abordar la regulación de esta nueva realidad con los conceptos jurídicos tradicionales y, por tanto, exigen una respuesta nueva por parte del Derecho<sup>29</sup>”*.

---

<sup>28</sup>STC 52/1983, FJ 5

<sup>29</sup>LÓPEZ ORTEGA, J. J. *“Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”*. Internet y Derecho Penal, 2001, p. 86

Centrándonos en el tema que nos ocupa, en España no existe ninguna ley que limite de forma directa la opinión libre, es decir, el Código Penal español no recoge un delito de opinión como tal, de manera que Internet se presenta como un espacio idóneo para el desarrollo de la libertad de expresión sin ningún tipo de frontera. Sin embargo, no se puede afirmar que exista total libertad de expresión en Internet en nuestro país y prueba de ello son las numerosas demandas interpuestas que finalmente han derivado en cierres de páginas web por difundirse en ellas opiniones libres. Un ejemplo claro de ello lo encontramos en la denuncia interpuesta por la SGAE contra “Frikipedia”, página web de contenido humorístico, por difamación y vulneración del derecho al honor. En febrero de 2006, el responsable de la página web se vio obligado a cerrarla por decisión judicial y a hacer frente al pago de 600 euros en concepto de indemnización por injurias y daños al honor y el pago de las costas judiciales. Lo relevante de este caso es que las publicaciones en cuestión fueron escritas por usuarios anónimos, sin embargo, el juez consideró que los administradores de la web son los responsables del contenido que se publica y, por ende, les corresponde retirar los comentarios injuriosos desde el momento en que se tiene conocimiento de los mismos.

Dentro de la problemática de la libertad de expresión en Internet, es preciso hacer referencia a la repercusión actual de las redes sociales, entendidas como un nuevo espacio de participación ciudadana, que adquiere mayor preocupación a raíz del creciente número de usuarios en las mismas y los numerosos problemas que ocasiona la protección de todos ellos. En este sentido, en ocasiones, resulta complejo distinguir entre los supuestos de información, opinión y descalificación. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que *“una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones, o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información”*<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1990, de 6 de junio

## 4.2. Límites internos y externos

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no existen derechos ilimitados pues un derecho absoluto dejaría sin efecto a los demás derechos, pero los límites que se imponen a los mismos tampoco gozan de carácter absoluto<sup>31</sup>. En este sentido, la Convención Europea de Derechos Humanos exige, en sus artículos 10.2 y 18, que las limitaciones sean establecidas por el legislador, necesarias para el fin que se persigue y que estén suficientemente motivadas por resolución judicial<sup>32</sup>. Al hablar de restricciones internas, más que limitaciones nos encontramos con delimitaciones, pues dichos elementos fijan el contorno del derecho, determinando su contenido y objeto. A lo largo de los años la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la ausencia de regulación expresa al respecto, ha fijado dos criterios con el fin de limitar el derecho a la libertad de expresión. El primero de ellos, es el límite del abuso del derecho, según el cual la libertad de expresión no podrá ir en contra de los valores constitucionales, y el segundo, el límite de la sociedad democrática, que impone la obligación de que la medida sea proporcional -entre la medida impuesta y el objetivo que se pretende conseguir- y necesaria -entendida como necesidad social imperiosa y no como imprescindible<sup>33</sup>-, además de estar prevista en alguna ley del ordenamiento jurídico del Estado en el que se pretende establecer la limitación.

Por otro lado, de la Constitución Española puede extraerse la principal limitación a los límites de los derechos fundamentales, que es el contenido esencial del derecho, que en palabras del Tribunal Constitucional, es *“aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita dar a su titular la*

---

<sup>31</sup>STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4

<sup>32</sup>STC 62/1983, de 15 de octubre, FJ 2

<sup>33</sup> STEDH de 25 junio 2002 (Caso Colombiano c. Francia)

*satisfacción de aquellos intereses para cuya protección el derecho se otorga<sup>34</sup>*”. De esta manera, no podrán introducirse restricciones que afecten a la naturaleza propia del derecho, es decir, este contenido esencial puede ser entendido como un ámbito protegido de los límites legislativos. De acuerdo, nuevamente, con la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>35</sup>, este contenido esencial debe ser entendido, de un lado, como aquel contenido que permite “*facultades de actuación necesarias*” y, de otro, aquel contenido que se vuelve “*impracticable*” cuando se limita.

Pese al gran número de sentencias que existen relativas al ejercicio de las libertades del artículo 20, todavía no se ha fijado una doctrina uniforme acerca de los límites que deben imponerse a la libertad de expresión en Internet. No obstante, la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet presentada por el relator especial de las Naciones Unidas en 2011, no sólo reconoce la existencia de límites a la libertad de expresión en Internet, sino que además señala que dichos límites se aplicarán del mismo modo que a todos los medios de comunicación, y añade que “*el ejercicio de la libertad de expresión puede estar sujeto a aquellas restricciones limitadas que estén establecidas en la ley y que resulten necesarias, por ejemplo, para la prevención del delito y la protección de los derechos fundamentales de terceros, incluyendo menores, pero recordando que tales restricciones deben ser equilibradas y cumplir con las normas internacionales sobre el derecho a la libertad de expresión*”.

De este modo, como regla general, se toma como base el tenor literal del apartado 4 del artículo 20 según el cual “*estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*”. Los límites que derivan de estos derechos constituyen la vertiente externa en el sentido de que encuentran su origen en la existencia de otros derechos fundamentales y valores jurídicos, aunque no siempre de manera

---

<sup>34</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10

<sup>35</sup> STC 11/1981 de 8 de abril, FJ 8

automática, de modo que debe llevarse a cabo una ponderación en caso de conflicto.

En lo que respecta a los derechos de la personalidad, se trata de derechos derivados de la dignidad de la persona de modo que, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, se caracterizan por ser irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. La protección de la esfera privada de las personas se reconoce a nivel internacional por el artículo 12 de la Declaración de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señalan que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”*. La importancia de este límite radica en las reiteradas colisiones que se producen con la libertad de expresión, en cuyo caso éste último debe ceder sobre aquellos al constituirse como derechos de la esfera privada, salvo que, tal y como afirma el Tribunal Constitucional, se den los requisitos de veracidad de la información y de interés o relevancia pública de la información vertida o las personas implicadas<sup>36</sup>. Por consiguiente, cuando se produce un ataque al honor de una persona, sin que concurra el elemento de la veracidad o el interés público, nos encontramos con la protección civil que ofrece la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y, penalmente, con los delitos de injurias y calumnias, recogidos en los artículos 208 y 205 del Código Penal respectivamente, incrementando la pena en los supuestos en los que son realizados con publicidad, es decir, perpetrados por un medio de comunicación. Es aquí donde radica la importancia de Internet como medio de comunicación idóneo para la propagación de mensajes injuriosos o calumniosos, especialmente a través de blogs y foros que permiten al usuario permanecer bajo el anonimato. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han reiterado en numerosas ocasiones que la Constitución no ampara el derecho al insulto<sup>37</sup>, de modo que *“aunque la libertad de expresión tenga un ámbito muy amplio, amparando incluso la crítica más molesta, hiriente o desabrida, en su*

---

<sup>36</sup>STC 171/1990, de 12 de noviembre (FJ 5) y STC 172/1990, de 12 de noviembre (FJ 2)

<sup>37</sup>STC 216/2013, STC 77/2009 o TS 181/2006, entre otras

*comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado pues, de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor<sup>38</sup>”.*

Por otro lado, en lo relativo a la protección de la juventud y la infancia, le corresponde al Estado por mandato constitucional velar por el “*desarrollo físico, mental y moral del menor<sup>39</sup>*”, con el fin de salvaguardar su integridad frente a contenidos violentos o manipulables. Este límite presenta especial relevancia en relación con el ejercicio de la libertad de expresión en Internet en el sentido de que se trata de una red de comunicación abierta en la que resulta complejo proteger de forma eficaz a los usuarios menores de edad. A diferencia de los medios de comunicación tradicionales, Internet presenta gran cantidad de contenido potencialmente nocivo o ilícito sobre el que no existe ningún tipo de control, motivo por el cual se crea en el año 1999 un Plan de Acción en la Unión Europea para promover el uso seguro de Internet mediante la educación del usuario y la utilización de programas que controlen el acceso de los menores a material ilícito o nocivo. Por tanto, cabe afirmar que también existe colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho constitucional a la protección de la juventud y la infancia, lo cual nos lleva a plantear la cuestión de si concurren los mismos criterios que son de aplicación en los derechos de la personalidad. En este sentido, se ha manifestado el autor Lluís de Carreras al señalar que “*la consideración de la protección de la juventud y de la infancia como un límite a las libertades de expresión y de información, al mismo nivel que el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen hace pensar que, por analogía, se pueden aplicar, en caso de conflicto, los mismos principios y las mismas reglas de los derechos de la personalidad para evitar la intromisión ilegítima en este tipo de derechos. Pero dada la diferente naturaleza de estos derechos, la aplicación analógica se hace muy problemática<sup>40</sup>*”. Lo cierto es que no existe una Ley específica que regule esta cuestión

---

<sup>38</sup>STS 497/2015, de 15 de septiembre

<sup>39</sup>Directiva 89/552, de 3 de octubre

<sup>40</sup>CARRERAS SERRA, L. “*Régimen jurídico de la Información*”. Editorial Ariel Derecho, 1996, p. 95



pero cabe entender que en caso de conflicto con el derecho a la libertad de expresión, la protección de la juventud y la infancia puede actuar como límite de la misma forma que lo hacen los derechos de la personalidad, pues todos ellos vienen recogidos de forma expresa en el apartado 4 del artículo 20 de la Constitución Española.

Con todo ello, queda claro que los derechos de la personalidad y el derecho de protección de la juventud y la infancia son los que más colisionan con el ejercicio de la libertad de expresión en Internet, pero no son los únicos elementos que integran esta vertiente externa dado que también encontramos la moral y el orden público. Hay que partir de la base de que estos últimos no se recogen en la cláusula de especialidad del artículo 20.4, sin embargo, del artículo 10.2 de la Constitución Española, del artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se deriva la posibilidad de que el legislador establezca límites a la libertad de expresión con el fin de proteger la seguridad nacional, la moral o el orden público. Una vez aclarado este punto, es preciso señalar que todos estos bienes cuentan con un concepto bastante impreciso y, además, de acuerdo con el autor Javier Cremades, el alcance que presentan como límite ético varía en función de la época y el país, de modo que es preciso establecer una serie de *garantías necesarias para evitar que se produzca una limitación injustificada*<sup>41</sup> de la libertad de expresión. En relación con el ejercicio de las libertades en Internet, presenta especial relevancia el mantenimiento del orden público en relación con el delito de enaltecimiento o apología del terrorismo como forma de desestabilizar la paz y la convivencia pública, y así lo recuerda el Tribunal Constitucional cuando dispone que *“el terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional democrático, por lo que ha de admitirse que cualquier acto de apoyo al mismo comporta una lesión, al menos potencial para bienes jurídicos individuales y colectivos de enorme*

---

<sup>41</sup>CREMADES, J. *“Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español”*. Editorial la Ley S.A., 1995, p. 268



*entidad*<sup>42</sup>”. La realidad es que en la relación entre la libertad de expresión y el orden público no entra en juego la ponderación de intereses sino el equilibrio entre ambos con el fin de evitar la censura previa prohibida por el artículo 20.2 de la Constitución Española. El debate que se crea, en este sentido, parte de considerar que esta limitación a los discursos extremos o violentos supone una restricción a la opinión pública pero al respecto se ha manifestado el Tribunal Constitucional entendiendo que tales mensajes no respetan la libertad de los demás ni conforman una opinión pública libre<sup>43</sup>. De este modo, queda claro que el límite que se impone en relación con el enaltecimiento terrorista no vulnera el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión sino que es conforme a la Constitución, en el sentido de que no se restringe la posibilidad de manifestar una opinión pública sino únicamente aquellos mensajes intimidatorios o violentos, de manera que tal y como destaca la STS 676/2009, de 5 de junio, *“no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido”*.

---

<sup>42</sup>STC 136/1999, de 20 de julio

<sup>43</sup>STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 15

#### 4.3. Enaltecimiento terrorista como forma de discurso de odio en las redes sociales

El discurso de odio es, en palabras de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, aquel que, *“motivado por prejuicios, incita directa o indirectamente a la discriminación, humillación o violencia contra determinadas personas o colectivos”*. En otras palabras, no se puede negar la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y de derecho, sin embargo, en ocasiones colisiona con otras libertades igual de importantes, como puede ser el derecho a no ser menospreciado. El discurso del odio encuentra su origen en el término norteamericano *“hate speech”* que incluye como elementos el terrorismo, el racismo, la homofobia y cualquier otro mensaje caracterizado por el odio, y que ha sido definido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa como *“toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”*. Dichos mensajes deben responder al elemento del ánimo, de manera que debe existir una voluntad por parte del ofensor de provocar un menoscabo al sujeto y deben tener como finalidad principal, no sólo expresar ese odio, sino también difundirlo a través de la incitación. Lo cierto es que a pesar de la labor llevada a cabo por los grandes de las tecnologías de la información y la comunicación, en especial Facebook o Twitter, con el fin de evitar la propagación de mensajes discriminatorios y ofensivos, Internet constituye una vía rápida para extender discursos extremos, que reciben el nombre de “ciberodio”.

Al respecto se ha pronunciado especialmente el Tribunal Constitucional al señalar que *“ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal y como dispone el artículo 20.4 de la Constitución española no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente*

*afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana<sup>44</sup>”, de manera que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el discurso de odio no se encuentra protegido por el artículo 20.1 de la Constitución española. No obstante, el Tribunal es claro al afirmar que ello no implica que la libertad de expresión deba ser limitada frente a cualquier manifestación de opinión o idea contraria a la Constitución, sino únicamente frente a aquéllas que atenten contra derechos o bienes constitucionalmente protegidos<sup>45</sup>.*

Dentro del discurso de odio, ha generado especial interés el enaltecimiento del terrorismo, considerado como un término medio entre la apología del terrorismo y el ejercicio de la libertad de expresión<sup>46</sup>. En España, el delito de apología del terrorismo, entendido como forma de provocación directa, se reconoce desde el Código Penal de 1995, pero no es hasta la reforma llevada a cabo por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, cuando se introduce el delito de enaltecimiento terrorista tal y como lo conocemos hoy en día, junto con la agravación de los supuestos en los que el delito se cometa utilizando medios de *“distribución o difusión pública de mensajes<sup>47</sup>”*. Este delito, recogido en el artículo 578 del Código Penal, castiga a aquellos que justifiquen los delitos de terrorismo o participen en su ejecución. El término enaltecer hace referencia a exaltar o alabar el mérito o los hechos de una persona, de manera que se toma como referente a aquel que comete un hecho delictivo, esto es, se considera como acción lícita un comportamiento criminal<sup>48</sup>. Con la reforma del Código Penal en el año 2015, el artículo 578 se modificó con el fin de regular los casos de enaltecimiento del terrorismo en las redes sociales, lo cual provocó que la mayor parte de la doctrina se mostrase contraria al nuevo articulado por considerarlo inconstitucional. El argumento principal de esta postura se basa en la

---

<sup>44</sup>STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8

<sup>45</sup>STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4

<sup>46</sup>STS 587/2018, de 28 de junio

<sup>47</sup>Modificación del artículo 579.1 del Código Penal tras la introducción de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

<sup>48</sup>Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 2016

restricción de la libertad de expresión al penalizar la mera opinión o apoyo a la violencia terrorista sin que exista incitación alguna a cometer tales actos.

Los autores del delito de enaltecimiento del terrorismo encuentran en las redes sociales un instrumento eficaz para difundir su mensaje, dándose así el elemento de la publicidad que exige el tipo penal<sup>49</sup>, no sólo por la dificultad que entraña la identificación del autor sino también por la posibilidad de propagación inmediata del mensaje y la permanencia del mismo en la red.

Son numerosos los casos que han sentado jurisprudencia en nuestro país en los últimos años, sirviendo así como precedentes para las sentencias que se dictan en la actualidad. En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de julio de 2016, conocido como el “*Caso Madame Guillotine*”, en la cual se condena a un año de prisión a la autora de mensajes enaltecedores del terrorismo, al considerar que su discurso de odio no se encuentra protegido por el derecho a la libertad de expresión o libertad ideológica<sup>50</sup>.

Es preciso mencionar especialmente este caso dado que supuso la primera condena por enaltecimiento del terrorismo en redes sociales, en un primer momento a dos años de prisión pero finalmente rebajada la pena a un año por entender que la condena impuesta en primera instancia era desproporcionada. Al respecto, señala el Tribunal en la sentencia que este tipo de delitos “*ha de ponderarse no solo en función de las expresiones que conforman el tipo objetivo del delito, sino sustancialmente con base en la personalidad y en este caso juventud de la autora de la infracción criminal, cuyo comportamiento debe condenarse, siendo así que deberá proclamarse en este tipo de acciones un ejercicio de ciudadanía responsable*”. Lo cierto es que, en ocasiones, resulta complejo limitar el derecho a la libertad de expresión sin hacerlo de forma desproporcionada. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que para que una medida limitativa de la libertad de expresión sea compatible con el Convenio Europeo de Derechos

---

<sup>49</sup>STS 106/2015, 19 de febrero, FJ 3: “*Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia*”

<sup>50</sup>[www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales)

Humanos, debe estar prevista por ley, perseguir un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática<sup>51</sup>. Asimismo, el Tribunal considera necesario tener en cuenta el contexto en el que se producen los mensajes de enaltecimiento o justificación, de manera que lleva a cabo una ponderación para determinar si efectivamente existe violencia terrorista en el lugar en el que se emiten y la posibilidad de que dichos mensajes generen disturbios o tensión<sup>52</sup>.

Ante la proliferación del discurso de odio en redes sociales en los últimos años y la presión por parte de la Unión Europea, la Comisión Europea de Justicia y Consumidores junto con las grandes empresas de las nuevas tecnologías como Twitter o Facebook, han elaborado un nuevo Código de Conducta en materia de incitación ilegal al odio en Internet<sup>53</sup> para luchar contra la difusión de mensajes ilícitos y nocivos en la red mediante una serie de compromisos, entre los que destacan la retirada de contenidos ilegales en el plazo de 24 horas y la valoración de las denuncias interpuestas por los usuarios. Con ello, se trata de introducir una nueva regulación que asegure la eliminación rápida y efectiva del contenido ilegal publicado y se puede afirmar que, hasta el momento, se ha conseguido retirar el 70% de los casos denunciados según las evaluaciones periódicas de la Comisión. Pese a que la labor llevada a cabo por las instituciones europeas es notable, el Código ha sido objeto de numerosas críticas en cuanto a su eficacia, en el sentido de que no ofrece una colaboración con las autoridades para la imposición de un castigo penal a los autores de los contenidos ilícitos<sup>54</sup>. Asimismo, las redes sociales de mayor repercusión desarrollan una auto-regulación basada en políticas o condiciones de uso que restringen el discurso del odio online. Parte de esta estrategia se centra, de un lado, en poner en conocimiento del usuario con carácter previo la prohibición de publicar contenido que incite a la violencia o al odio o que tenga carácter difamatorio o discriminatorio y, por otro lado, atender a las denuncias de los usuarios sobre contenido lesivo.

---

<sup>51</sup>STEDH Sunday Times v. The United Kingdom

<sup>52</sup>STEDH de 25 de noviembre de 1997 (caso Zana)

<sup>53</sup>[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1937\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_es.htm)

<sup>54</sup><https://edri.org/guide-code-conduct-hate-speech/>

## 5. Análisis de casos jurisprudenciales

El debate entre el ejercicio de la libertad de expresión y el discurso del odio ha ido creciendo exponencialmente en los últimos años, generando un gran número de sentencias, especialmente relativas al delito de enaltecimiento terrorista. En este sentido no se ha sentado una jurisprudencia uniforme al respecto y se puede ver una muestra clara de ello llevando a cabo una comparativa entre dos casos recientes muy similares. El primero de ellos, conocido como el “*Caso Cassandra*”, tuvo gran repercusión mediática al condenar a un año de prisión y siete de inhabilitación a la autora de unos chistes publicados en Twitter sobre la muerte de Carrero Blanco, asesinado por la banda terrorista ETA en 1973. En un primer momento, la Audiencia Nacional consideró que las publicaciones, pese a estar basadas en unos hechos ocurridos hace más de 40 años y pese al intento por parte de la autora de los mismos de incluirlos dentro de un contexto humorístico, mostraban “*desprecio, deshonra, descrédito, burla y afrenta a personas que han sufrido el zarpaazo del terrorismo y sus familiares*<sup>55</sup>”y, por tanto, constituían un delito de humillación a las víctimas del terrorismo recogido en el artículo 578 del Código Penal. Contra la resolución de la Audiencia Nacional, la defensa de la autora interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo al entender que su condena suponía un ataque a la libertad de expresión, de manera que el 1 de marzo de 2018 se dictó sentencia absolviendo a la acusada. El Tribunal Supremo señaló que, si bien la publicación de los mensajes era “*reprochable social e incluso moralmente*<sup>56</sup>”, la condena a un año de prisión y siete de inhabilitación era desproporcionada al entender que no hubo, en ninguna de las publicaciones, incitación a la violencia ni comentarios injuriosos para la víctima según los criterios establecidos por la jurisprudencia del TEDH y el Tribunal Constitucional en relación con el delito de enaltecimiento terrorista. En esta resolución, al contrario que en la dictada por la Audiencia Nacional, el Tribunal valora, no sólo la edad que la acusada tenía en el

---

<sup>55</sup>Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2017

<sup>56</sup>STS95/2018, de 1 de marzo de 2018

momento en el que realizó las publicaciones, sino también que los hechos en los que se basan las mismas habían tenido lugar hacía más de 40 años, de modo que no se trataba de un acontecimiento reciente sino de un suceso histórico y añade *“máxime si se pondera que los hechos ya han sido objeto de toda clase de comentarios burlones sin que se activara la mayor parte de las veces una respuesta judicial penal<sup>57</sup>”*.

No obstante, este ejemplo de sentencia absolutoria se aleja de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en el *“Caso Strawberry”*, en la cual se condena a un año de cárcel y seis años y medio de inhabilitación absoluta por la publicación en Twitter de mensajes en los que hacía mención a la banda terrorista ETA y a los GRAPO. La Audiencia Nacional, en este caso, consideró que las publicaciones tenían carácter crítico e irónico, de manera que no encajaban en el discurso del odio y, por tanto, no constituían delito de enaltecimiento terrorista y humillación a las víctimas<sup>58</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo, ante el recurso interpuesto por la Fiscalía por indebida inaplicación del artículo 578.1 del Código Penal, anuló la absolución dictada por la Audiencia Nacional y condenó al acusado al entender que sus publicaciones *“alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano<sup>59</sup>”*. El Supremo, por tanto, no comparte la postura de la Audiencia en cuanto a la existencia de ironía o sarcasmo que justifique la absolución y concluye que la intencionalidad o finalidad del autor resulta irrelevante para calificar los hechos como constitutivos del delito de enaltecimiento terrorista, de manera que el objeto del litigio no lo constituye la actitud del acusado sino el contenido de las publicaciones.

Pese a que tras un primer análisis de ambos casos se pueda llegar a apreciar contradicciones en los criterios aplicados, la sentencia dictada en el *“caso Cassandra”* toma como base la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia en la que

---

<sup>57</sup>STS 95/2018, de 1 de marzo de 2018

<sup>58</sup>Sentencia 20/2016 de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2016

<sup>59</sup>STS 4/2017, de 18 de enero de 2017, FJ 6



condena a César Strawberry, de manera que la decisión de optar por la absolución en el primer caso se sustenta en tres puntos principales; los mensajes publicados se basan en un acontecimiento histórico y no actual, el contenido de las publicaciones no implica un peligro para las personas o las libertades y se integran en un contexto de costumbre social de parodiar la forma en la que se produce el asesinato de Carrero Blanco.

En un momento posterior a la publicación de las mencionadas sentencias, el Tribunal Supremo incorporó a su doctrina la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la decisión 2005/671/JAI del Consejo. En base a dicha Directiva, se puede apreciar la existencia de enaltecimiento terrorista en los supuestos en los que efectivamente haya un riesgo de acto terrorista, y al respecto se pronuncia el Tribunal Supremo cuando dispone que *“una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto siente, es decir, sus deseos o emociones, exteriorizándolos a rienda suelta y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo<sup>60</sup>”*. A raíz de la incorporación de esta Directiva, el Tribunal Supremo modificó la doctrina que hasta el momento venía aplicando al considerar que es necesario algo más que la publicación de un mensaje en redes sociales para condenar por enaltecimiento del terrorismo, de manera que, en cierto modo, supone una ampliación del ejercicio de la libertad de expresión en España. Este elemento que exigen los valores constitucionales lo constituye la situación de riesgo para las personas y las libertades mencionada con anterioridad, de forma que la ausencia de este elemento supone una *“ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión<sup>61</sup>”* y en la misma línea se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia 112/2016, de 29 de junio de 2016, al disponer que la condena el cumplimiento del artículo 578 del Código Penal exige que se pondere que *“la conducta desarrollada por el*

---

<sup>60</sup>STS 378/2017, de 25 de mayo de 2017, FJ 2

<sup>61</sup>STS 52/2018, de 31 de enero de 2018, FJ 3



*recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia”.*

El artículo 578 del Código Penal, tal y como lo conocemos hoy en día, fue introducido mediante la Ley 7/2000, sancionando el enaltecimiento o justificación de actos humillantes o delitos terroristas. Sin embargo, no fue hasta el año 2015 cuando, con la reforma del Código Penal, se comenzó a regular el supuesto de difusión de tales actos por medio de Internet y, en especial, de las redes sociales. Ante el crecimiento exponencial del número de sentencias en los últimos años, surgieron voces que abogaban por la reforma o la supresión del artículo 578 que recoge el delito de enaltecimiento del terrorismo, al considerar ambigua su redacción y desproporcionada la pena que se impone con el fin de proteger el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, se manifiesta Amnistía Internacional en el informe *“tuitea... si te atreves: cómo las leyes antiterroristas restringen la libertad de expresión en España”* en el cual se denuncia la autocensura y la represión en las redes sociales llevadas a cabo por las autoridades en cumplimiento de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Seguridad Ciudadana y el Código Penal.

Lo cierto es que el número de condenados por enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas por medio de Internet ha aumentado desde el año 2011, lo cual resulta paradójico teniendo en cuenta que en ese mismo año se produjo la declaración del alto al fuego por parte de la banda terrorista ETA. Según los datos que recoge el informe de Amnistía Internacional, solo 3 personas fueron procesadas en 2011 por aplicación del artículo 578 en comparación con las 35 o 31 del año 2016 y 2017, respectivamente. Este crecimiento se debe en gran medida a la reforma de la Ley de Seguridad Ciudadana, conocida con el nombre de Ley Mordaza, considerada por muchos como un retroceso en los derechos y las libertades del Estado. De acuerdo con el informe, el artículo 578 resulta impreciso en su redacción lo cual provoca un uso abusivo del mismo y critica que *“la criminalización de un abanico tan amplio de expresiones tiene un efecto paralizante y puede crear un entorno en el que las personas teman expresar opiniones poco populares o*

*incluso de hacer chistes polémicos*". En este sentido, el aumento de los juicios y las condenas en los últimos años se traduce en una limitación de la libertad de expresión en España y la solución que ofrecen aquellos que abogan por la reforma o derogación del artículo 578 es la de optar por la aplicación del artículo 579 que resulta más adecuado para los supuestos que se juzgan, entendiendo que los grupos terroristas que se mencionan ya no constituyen una amenaza al encontrarse disueltos o inactivos y, por tanto, no se cumple con el requisito fundamental exigido por el derecho internacional de que las restricciones a la libertad de expresión sean *"estrictamente necesarias y proporcionales para el fin legítimo de la seguridad nacional"*.

Finalmente, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 706/2017, de 27 de octubre, en la que se resuelve un recurso de casación contra una Sentencia dictada en la Audiencia Nacional y que se integra dentro de la lista de resoluciones dictadas en aplicación del artículo 578 del Código Penal. La novedad que presenta esta sentencia es que la actividad llevada a cabo por el acusado en la red social no deriva de una autoría directa, como en los casos anteriores, sino de una autoría ajena y un contenido existente previamente en Internet, es decir, los mensajes, imágenes y vídeos publicados en su red social no eran de elaboración propia sino que ya existían y el acusado se limitó a reproducirlos mediante el término conocido popularmente como *"retuitear"*. El pronunciamiento del Tribunal Supremo concluía que este hecho también es constitutivo del delito de enaltecimiento terrorista en base a que el Código Penal no exige que *"el acusado asuma como propio, razone o argumente la imagen y su mensaje, ni tampoco que sea el que lo haya creado; basta que de un modo u otro accedan a él, y le den publicidad, expandiendo el mensaje a gran cantidad de personas"*<sup>62</sup>, de manera que la actuación del acusado no se encuentra amparada por la libertad de expresión.

---

<sup>62</sup>STS 706/2017, de 27 de octubre, FJ 1

## 6. La conformación del derecho al olvido digital como amenaza a la libertad de expresión

El reconocimiento del derecho al olvido en Europa nace a raíz de las numerosas peticiones llevadas a cabo por los ciudadanos respecto a la protección de sus datos en los motores de búsqueda de Internet. En este sentido, el papel desempeñado por la Agencia Española de Protección de Datos, en adelante AEPD, ha sido pionero al ser el primer organismo público en reconocer el derecho al olvido digital. De forma paralela, en el ámbito europeo, los equivalentes a la AEPD en Italia y Francia, conocidos con el nombre del “*Garante italiano*” y la “*CNIL*”<sup>63</sup>, comenzaron a elaborar doctrinas en una línea similar a la española. Tras el reconocimiento del derecho al olvido digital, autores como Cobacho López y Burguera Ameave comenzaron a definir el derecho al olvido como una “*extensión del derecho de cancelación y oposición*” reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos. No obstante, frente a esta corriente mayoritaria, surgió otra de menor alcance defendida por autores como Suárez Villegas, según la cual el mencionado derecho debía ser entendido como una “*extensión del derecho a la intimidad*”, generándose así un intenso debate jurídico<sup>64</sup>.

Con anterioridad, el derecho al olvido se producía de manera natural con el transcurso del tiempo, sin embargo, con el desarrollo de las nuevas tecnologías y las características de Internet, la regulación del derecho al olvido debe hacer frente a un nuevo reto. La configuración del derecho al olvido digital encuentra su origen, dentro del Ordenamiento Jurídico español, en la necesidad de proteger los valores jurídicos de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad regulados en el apartado primero del artículo 10 de la

---

<sup>63</sup>Comisión Nacional de la Informática y las Libertades

<sup>64</sup>MATE SATUÉ, L. C. *¿Qué es realmente el derecho al olvido?* Revista de Derecho Civil, vol. III, nº 2, 2016

Constitución Española<sup>65</sup>. Con respecto al bien jurídico que protege el derecho al olvido, el Tribunal Constitucional señala que el derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad y a la protección de los datos personales son “*derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda alguna de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE*”<sup>66</sup>, de manera que todos ellos se configuran como una esfera de protección del individuo frente a las injerencias ajenas.

Con la conformación del derecho al olvido aparece regulado por primera vez un mecanismo jurídico que garantiza la eliminación del contenido vertido en Internet, constituyéndose así como un medio para censurar la libertad de expresión. Tanto el contenido como los límites de este derecho han sido tratados por la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de datos personales. El Proyecto de Reglamento permite el ejercicio del derecho cuando el interesado retira su consentimiento o se opone al tratamiento de sus datos personales y cuando dichos datos no son necesarios o legítimos. Destaca, en particular, la labor llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, en el caso “*Google Spain S.L. y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos*” en la cual se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a solicitar que los motores de búsqueda de Internet eliminen datos perjudiciales relativos a su persona, a pesar de que la publicación sea considerada como lícita, al entender que la información aportada puede afectar a los derechos fundamentales de la persona relativos a su vida privada y a la protección de sus datos personales<sup>67</sup>. Es preciso señalar que la mayor parte de los miembros del TJUE defienden que el derecho al olvido, al igual que el derecho a la libertad de expresión, no debe ser interpretado de manera absoluta sino que, por el contrario, debe analizarse las circunstancias de cada caso con el fin de lograr un perfecto

---

<sup>65</sup>El artículo 10.1 de la Constitución Española dispone; “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”

<sup>66</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3)

<sup>67</sup> STJUE de 13 de mayo de 2014

equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad. De acuerdo con la sentencia anteriormente mencionada, la posibilidad de cancelar o suprimir los datos estará condicionada a los derechos que se invoquen, de manera que se produce en este sentido una colisión entre el derecho a la libertad de expresión e información del particular y el derecho al olvido del afectado, no existiendo dicha colisión cuando éste último se ejercita frente a las Administraciones Públicas, en cuyo caso la publicación de datos de interés público queda amparada por un mandato legal. La sentencia del TJUE constituyó un auténtico precedente en Europa, de manera que los tribunales europeos comienzan a reconocer en sus pronunciamientos la existencia de un derecho al olvido en Internet.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han manifestado en relación al ejercicio del derecho al olvido por personas fallecidas. Como expuse con anterioridad, el derecho al olvido guarda una especial relación con los derechos personalísimos, de manera que es preciso partir de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la cual otorga protección al fallecido en caso de vulneración de alguno de los derechos mencionados. Su propia Exposición de Motivos señala que *“aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho”*, de manera que, sin perjuicio de que el artículo 32 del Código Civil disponga que la *“personalidad civil se extingue con la muerte de las personas”*, cabe entender que el derecho al olvido se reconoce no sólo durante la vida de las personas sino también tras su muerte. En este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional al considerar que *“la memoria del fallecido constituye una prolongación de su personalidad”*<sup>68</sup> de manera que debe ser respetada y tutelada jurídicamente, conformándose así la denominada “personalidad pretérita” como un límite a la libertad de expresión y al derecho de información. No obstante, cabe plantearse en

---

<sup>68</sup>STC 172/1990, de 12 de noviembre

este punto si realmente se tutelan los derechos de la personalidad del fallecido por parte de los familiares como un derecho ajeno, tal y como defiende Salvador Coderch al considerar que las personas fallecidas no ostentan derechos<sup>69</sup> o si, por el contrario, la memoria del difunto se protege porque afecta tan sólo a los familiares y, por tanto, se protege un derecho propio y no la memoria del difunto en sentido estricto. Al respecto se ha manifestado el Tribunal Constitucional al señalar que *“la difamación no se detiene en el sujeto pasivo de la imputación, sino que alcanza también a aquellas personas de su ámbito familiar con las que guarda una estrecha relación”<sup>70</sup>*, de manera que la limitación del derecho a la libertad de expresión queda condicionada a que se produzca a su vez una vulneración del honor, intimidad personal o familiar o la imagen de personas vivas.

---

<sup>69</sup> SALVADOR CODERCH, P., *“El mercado de las ideas”*, cit., págs. 202 y ss. afirma que *“las personas fallecidas, (...) ya no son personas, ni tienen derechos, ni son tampoco sujetos pasivos de difamación alguna”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990

<sup>70</sup> STC 190/1996, de 25 de noviembre

## 7. Responsabilidad jurídica por contenidos ilícitos y delitos cometidos a través de Internet

Para comenzar a abordar esta cuestión, es preciso partir de la responsabilidad civil subsidiaria que recoge el Código Penal en los artículos 120.2 y 212, en virtud de los cuales los proveedores de servicios de Internet responderán por el contenido ilícito constitutivo de delito de injuria o calumnia y por los delitos cometidos a través de los medios de los que son titulares, ello entendiéndose que Internet se integra dentro de la expresión “*por cualquier otro medio de eficacia semejante*”. No obstante, los artículos del Código Penal pueden verse modificados por lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico<sup>71</sup>, la cual, en el apartado c de su Anexo, define como “prestador de servicios” a aquella “*persona física o jurídica que proporciona un servicio en la sociedad de información*”. La creación de la mencionada ley tuvo por finalidad incorporar al Ordenamiento Jurídico español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, delimitando de esta manera el régimen de responsabilidad jurídica de los proveedores de servicios.

Esta determinación del grado de responsabilidad resulta trascendente, de un lado, por la existencia del anonimato en Internet. La sociedad de información se caracteriza por el uso de mecanismos encaminados a ocultar la identidad de los usuarios en la red y, en este sentido, el mantenimiento del anonimato resulta necesario en el modelo democrático dado que la exigencia de identificación puede llegar a atentar contra el derecho a la intimidad y a la libertad de expresión. Por otro lado, Internet goza de carácter universal, lo cual implica que todo el contenido lesivo es accesible a cualquier persona de forma inmediata. Todos los Estados están obligados a facilitar el acceso a Internet a los ciudadanos, de manera que resulta complejo controlar el contenido del mismo en todo momento, hecho del cual se deriva la no exigencia por parte de la Directiva de imponer una obligación

---

<sup>71</sup>Modificada por la disposición adicional octava de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica y por el artículo 4 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información



general de supervisión<sup>72</sup>. Esta situación se agrava teniendo en cuenta que la propagación de la información lesiva se lleva a cabo de forma instantánea y generalizada en las redes de telecomunicaciones abiertas, de manera que, incluso siendo posible tal control, sería inviable determinar el carácter lícito o ilícito de contenidos que se encuentran en constante cambio.

Es precisamente esta difusión de contenidos ajenos ilícitos la que debe integrarse como elemento del tipo del delito<sup>73</sup> para determinar la responsabilidad penal, la cual puede ser analizada desde dos enfoques distintos. De un lado, aquella en la que incurren los que realizan la acción típica o inducen a realizarla, que a su vez se divide en dos niveles de responsabilidad; autor, inductor o cooperador necesario y cómplices o encubridores. El artículo 30.2 del Código Penal es claro al señalar que de los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánica responderán los autores que realicen el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro, así como los que inducen a otro o cooperen en su ejecución, de manera que tanto los cómplices como los encubridores resultan impunes. La redacción del artículo 30 del Código Penal ha generado diversas interpretaciones en la doctrina española debido al uso de la expresión “*medios y soportes de difusión mecánicos*”. La postura que defiende el alcance limitado del artículo 30 entiende que debe interpretarse el mismo de forma literal, excluyendo los medios informáticos o técnicos y reduciendo, de esta manera, el ámbito de aplicación de la responsabilidad<sup>74</sup>. En este sentido, no sería posible la aplicación de una responsabilidad escalonada, mecanismo creado para ampliar el círculo de los responsables, además del autor, con el fin de evitar que se utilice el anonimato como método para lograr la

---

<sup>72</sup>Artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE: “*Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas o de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas*”

<sup>73</sup>GÓMEZ TOMILLO M., “*Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*”. Editorial Aranzadi, 2006, p. 37

<sup>74</sup>LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “*Autoría y participación*”. Ediciones Akal, 1996



impunidad<sup>75</sup>. No obstante, pese a que la jurisprudencia no se ha manifestado al respecto, afirmar la exclusión de los nuevos medios de comunicación de la regulación del artículo 30 supondría dejar sin efecto tal precepto en la actualidad, de manera que frente a esta postura nace aquella que aboga por incluir dentro del mencionado artículo las nuevas tecnologías de la información, como la televisión o Internet. Es preciso partir de la premisa de que el articulado del Código Penal fue elaborado en el año 1995, de manera que su redacción, en ocasiones, requiere de una adaptación a la realidad actual mediante el uso de la analogía. Como fundamento principal de esta idea cabe aludir al artículo 3 del Código Civil, el cual recoge un auténtico principio de interpretación de las normas al disponer que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*.

Una vez determinada la responsabilidad penal de los sujetos que realizan la acción típica, es preciso analizar aquella que corresponde a las plataformas proveedoras o prestadoras del servicio como intermediarios necesarios en la red. Para ello, es necesario partir de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, la cual dispone un régimen de responsabilidad distinto para cada uno de los proveedores de servicios de Internet. Centrándonos en el tema que nos ocupa, en la labor de publicación y difusión de contenidos en red, los proveedores de almacenamiento o alojamiento desempeñan un papel fundamental como intermediarios, de ahí que la ley se esfuerce por delimitar el ámbito de actuación. El artículo 16 regula el supuesto de los proveedores de almacenamiento de datos, a los cuales exime de responsabilidad siempre que *“no tengan un conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesionan bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si lo tienen actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos”*. En este caso, la ley

---

<sup>75</sup>GÓMEZ TOMILLO, M., *“Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet”*. Editorial Aranzadi, 2006, p. 26

es clara en cuanto a lo que debe entenderse por “*conocimiento efectivo*”<sup>76</sup>, de manera que, tal y como señala la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de diciembre de 2005, no se podrá exigir responsabilidad al proveedor de servicios por el mero conocimiento de la actividad o información, sino también de su ilicitud y para ello será necesario la emisión de una declaración previa por parte de un órgano competente. Añade la ley en el artículo 16.2 que esta exención de responsabilidad no operará en los supuestos en que el destinatario del servicio o el proveedor del contenido “*actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador*”, entendiéndose que la relación entre el proveedor y el usuario debe ser previa a la conducta realizada por el usuario y referida a dicha actividad<sup>77</sup>.

Finalmente, cabe destacar la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Delfi vs. Estonia* el 16 de junio de 2015, en la que se confirma la responsabilidad en la que pueden incurrir los portales de noticias de internet por los contenidos difamatorios publicados por los usuarios de la red. La importancia de esta sentencia radica en el hecho de que supuso el primer caso en el que el TEDH analizó un posible régimen de responsabilidad por comentarios ajenos, al entender que, si bien el portal de noticias no era el autor real de los mismos, tenía un control sobre el medio en el que se publicaron, de modo que existía un conocimiento efectivo previo, sin embargo, aclara que las conclusiones a las que se llegaron en este caso no son de aplicación a todas las esferas de Internet, como es el caso de las redes sociales.

---

<sup>76</sup>Artículo 16.1 LSSI: “*cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se haga imposible el acceso a los mismos, o se hubiese declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución*”

<sup>77</sup>GALÁN MUÑOZ A., “*Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet*”. Editorial Tirant lo Blanch, 2010, p. 102-103

## 8. Conclusiones

Con todo lo expuesto, se puede extraer como conclusión que la evolución constante de los medios de comunicación y las tecnologías contribuyen a desarrollar un valioso instrumento de poder en manos de la sociedad, de manera que es preciso establecer una serie de medidas tendentes a garantizar el respeto a los derechos fundamentales de carácter personal.

Cabe recordar que la Constitución española es clara al afirmar que la libertad de expresión, a pesar de concebirse como un valor fundamental en el estado democrático, no es un derecho absoluto, de manera que no puede justificarse una lesión al derecho al honor o a la intimidad en base al ejercicio de un derecho ilimitado.

Los límites que se imponen a este derecho son objeto de debate en la actualidad, en cuanto a que no existe una regulación específica acerca de que contenidos son lícitos y que contenidos hay que castigar. Es cierto que recientemente se ha aprobado la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, no obstante, como he desarrollado con anterioridad no goza de gran aceptación debido a la arbitrariedad y al uso de conceptos amplios y ambiguos que en ocasiones generan una aplicación desproporcionada de la ley. Lo cierto es que la realidad ha evidenciado que la aplicación analógica que establece la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet equiparando Internet a otros medios de comunicación no es posible por las peculiaridades que presenta como medio de comunicación de masas. A mi modo de ver, Internet, y en concreto las redes sociales, constituyen nuevas realidades que escapan de la regulación jurídica al no estar contempladas de manera específica, de modo que es fundamental que el legislador junto con la labor jurisprudencial adapten la legislación a los nuevos cambios de la sociedad con el fin de dar respuesta a todas las situaciones que se presenten y, en concreto, a las colisiones entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad que se dan con frecuencia. El hecho de que actualmente hayan incrementado el número de actividades ilícitas en Internet es una prueba de la necesidad de introducir nuevas medidas al respecto.

Por otro lado, el problema que se plantea en cuanto a la propagación de los discursos de odio en Internet ha derivado en un control extremo por parte de las autoridades, lo cual se traduce en una restricción desmedida de la libertad de expresión y castigos desproporcionados por los actos ilícitos que se cometen en la red. Asimismo, en ocasiones la imprecisión de los términos utilizados en materia de enaltecimiento terrorista conduce a la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

En otro orden de ideas, y con respecto al uso del derecho al olvido en Internet, cabe preguntarse si con el transcurso del tiempo este mecanismo no podría llegar a ser utilizado de forma excesiva. Precisamente esta cuestión es la que trata la organización Reporteros sin Fronteras, la cual considera que la doctrina del TJUE supone una violación de la libertad de expresión e información dado que puede ser utilizada como un simple mecanismo de censura y encubrimiento injustificado. Sin embargo, se puede entender, por el contrario, que esta figura contribuye al desarrollo de la libertad de extensión al permitir que los individuos se manifiesten acerca de aquel contenido que les resulta dañino o perjudicial y puedan tener control sobre la información personal que se encuentra en manos de terceras personas. De cualquier manera, el derecho al olvido es un mecanismo de escasa aplicación hoy en día debido a que existen otras vías de protección del derecho al honor y a la intimidad, recogidos en la Constitución española.

Para concluir, se podría afirmar que Internet evoluciona a mayor velocidad que el Derecho, de modo que no existe una solución absoluta para este intenso debate y ello se debe a que otorgar amplitud a la libertad de expresión por ser un elemento esencial en la sociedad democrática supondría atentar y desproteger derechos tan importantes como el honor o la intimidad. No obstante, lo que si queda claro es que, en ningún supuesto, esta libertad de expresión puede amparar el derecho al insulto o a la humillación que se inserta dentro del discurso del odio.

## 9. Bibliografía

### a. Manuales y libros

- CATALÁ I BAS, A. H. “*Libertad de expresión e información; la jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*”. Ediciones Revista General de Derecho. Valencia, 2001, pp. 64-95
- SIMÓN CASTELLANO, P. “*El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y la UE*”. Editorial Wolters Kluwer, S.A. Barcelona, 2015
- GALÁN MUÑOZ, A. “*Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2010
- RALLO, A. “*El derecho al olvido en Internet; Google versus España*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2014
- SIMÓN CASTELLANO, P. “*El régimen constitucional del derecho al olvido digital*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, pp. 44-49 y 135-177
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. “*El derecho a la protección de datos personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*”. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra 2013, pp. 113-117
- GÓMEZ TOMILLO, M. “*Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*”. Editorial Aranzadi. Navarra, 2006.
- MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. “*Protección penal de la libertad de expresión e información*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. “*Libertad de expresión, discurso extremo y delito*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2012
- FERNÁNDEZ DE MARCOS, L. D. “*Implicaciones Socio-Jurídicas de las Redes Sociales*”. Editorial Aranzadi. Navarra, 2015

- DE VEGA RUIZ, J. A. *“Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos y medios de comunicación”*. Editorial Universitas, S.A. Madrid, 1998
- CABALLERO GEA, J. A. *“Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; calumnias e injurias”*. Editorial Dykinson. Madrid, 2004
- TOURIÑO, A. *“El derecho al olvido y a la intimidad en Internet”*. Editorial Catarata. Madrid, 2014
- O’CALLAGHAN, X. *“Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen”*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1991
- CREMADES, J. *“Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español”*. Editorial La Ley S.A. Madrid, 1995
- BARROSO, P. y LÓPEZ TALAVERA, M. *“La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales”*. Editorial Fragua. Madrid, 1998
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. *“Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”*. Internet y Derecho Penal. Madrid, 2001
- GALÁN MUÑOZ A., *“Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet”*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 102-103

## b. Revistas y artículos

- MATE SATUÉ, L. C., (2016). “¿Qué es realmente el derecho al olvido?”. Revista de Derecho Civil. vol. III, núm. 2. Ensayos, pp. 187-222
- PUCCINELLI, O., (2016). “El derecho al olvido en el derecho a la protección de datos; especial referencia a su vigencia en Internet”. Pensamiento Constitucional, nº 21, pp. 235-251
- PLATERO ALCÓN, A., (2016) “El derecho al olvido en internet; el fenómeno de los motores de búsqueda”. Opinión jurídica, vol. 15, nº 29, pp. 243-260
- COBAS COBIELLA, M. E., (2013). “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Reflexionando sobre la cuestión”. Rev. boliv. de derecho nº 15, ISSN: 2070-8157, pp. 112-129
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., (2016). “La llamada personalidad pretérita; datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”. Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 5
- 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, 3.ª Época, n.º 16, págs. 13-44
- NÚÑEZ MARTÍNEZ, M. A., (2008). “El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española”. Revista de Derecho UNED, núm. 3
- MAGDALENO ALEGRÍA, A., (2007). “Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales”. Revista de Derecho Político, núm. 69, págs. 181-218
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., (1999). “La regulación de la libertad de expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea”. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 103

- ROLLNERT LIERN, G., (2014). *“Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática”*. Revista de Derecho Político, núm. 91, págs. 231-262
- RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., (2004). *“La regulación de Internet y la teoría jurídica”*. Proyecto I+D del Ministerio de Educación y Ciencia *Libertad y nuevas tecnologías: regulación jurídica* (SEJ2004-06124)
- GADEA ALDAVE, G., (2015). *“La libertad de expresión en el marco jurídico español referente al uso de Internet con fines terroristas”*. Opción, año 31, núm. especial 2, págs. 333-356
- GOMIS FONTS, A., JURADO CEPAS, J. y RIPOLLÉS PELLICER, M., (2013). *“Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia; un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH”*. Clínica Jurídica per la Justicia Social, ISSN 2386-9860
- SERRANO MAÍLLO, I., (2011). *“El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”*. Revista Teoría y realidad constitucional, núm. 28, págs. 579-596
- HUERTA GUERRERO, L. A. *“Libertad de expresión: fundamento y límites a su ejercicio”*. Pensamiento Constitucional Año XIV, núm. 14, ISSN 1027-6769