ESTÁNDARES LEGALES RELATIVOS AL ENALTECIMIENTO

Análisis jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo en España

rights
international
spain
defendiendo los derechos y libertades civiles

Agradecimientos

Este informe ha sido redactado por Lydia Vicente Márquez, directora de Rights International Spain. El apartado relativo a "Las normas internacionales de derechos humanos sobre el enaltecimiento del terrorismo" ha sido redactado por Amrit Singh, directora de la División de Responsabilidad, Libertad y Transparencia de Open Society Justice Initiative. María Ángeles Sebastián realizó la revisión jurisprudencial y la redacción de los resúmenes de casos. Pilar Eirene de Prada y Miguel Zamora colaboraron asimismo en la investigación. La traducción fue realizada por Neil McMahon y Sonsoles Plaza.

Esta publicación está disponible en pdf en la web de Rights International Spain bajo una licencia Creative Commons.

rights international spain
defendiendo los derechos y libertades civiles

creative commons

Acerca de Rights International Spain

Rights International Spain (RIS) es una organización no gubernamental, independiente, formada por juristas especializados en Derecho internacional. Nuestra misión es la promoción y la defensa de los derechos y libertades civiles. Trabajamos para que el Estado español responda frente a su obligación de proteger, respetar y realizar los derechos humanos y libertades civiles. Identificamos vulneraciones de derechos y libertades civiles y trabajamos para que sean corregidas por las autoridades, con el fin de asegurar el pleno disfrute de los derechos humanos para todas las personas. Asimismo, buscamos un mejor conocimiento y aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos. Para llevar a cabo nuestra misión, realizamos una labor de investigación y análisis jurídico, supervisamos y participamos en procesos legislativos con recomendaciones, promovemos campañas públicas de sensibilización y diálogo con instituciones púbicas nacionales e internacionales, presentamos informes sombra y otras comunicaciones ante mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, realizamos actividades de capacitación y formación en derechos humanos, y acudimos a tribunales para lograr cambios en la sociedad a través del litigio estratégico. Trabajamos un amplio abanico de derechos y libertades que agrupamos en torno a cuatro áreas prioritarias de trabajo: Seguridad y Derechos civiles (libertad de expresión, reunión, que en el marco de la lucha contra el terrorismo se respeten los derechos humanos y prevención de la tortura y malos tratos); Acceso a la justicia (derecho a un juicio justo, Estado de Derecho y un sistema de justicia accesible para todos); No discriminación (erradicar las prácticas policiales guiadas por el perfil étnico) y Crímenes internacionales (derechos de las víctimas a justicia, verdad y reparación).

ÍNDICE

1. METODOLOGÍA 4

2. INTRODUCCIÓN 7

3. MARCO JURÍDICO 9

3.1 LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 9

3.2 EL CÓDIGO PENAL 11

3.2.1 LOS DELITOS DE TERRORISMO 11

3.2.2 LA CONSPIRACIÓN, LA PROPOSICIÓN Y LA PROVOCACIÓN 12

3.3.3. LOS ARTÍCULOS 578 Y 579 DEL CÓDIGO PENAL 13

4. LA DIRECTIVA UE SOBRE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL 17

5. LOS LIMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONFORME A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 19

6. LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO 22

7. JURISPRUDENCIA NACIONAL (AUDIENCIA NACIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO) EN APLICACIÓN DE LA LO 2/2015 REFERIDA AL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO 31

7.1 INFORMACIÓN GENERAL DE LAS DECISIONES ANALIZADAS 31

7.2 LAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL (2016-2019) 34

7.3 SALA DE APELACIÓN (2018) 44

8. CONCLUSIONES 54

9. RECOMENDACIONES 57

ANEXOS 59

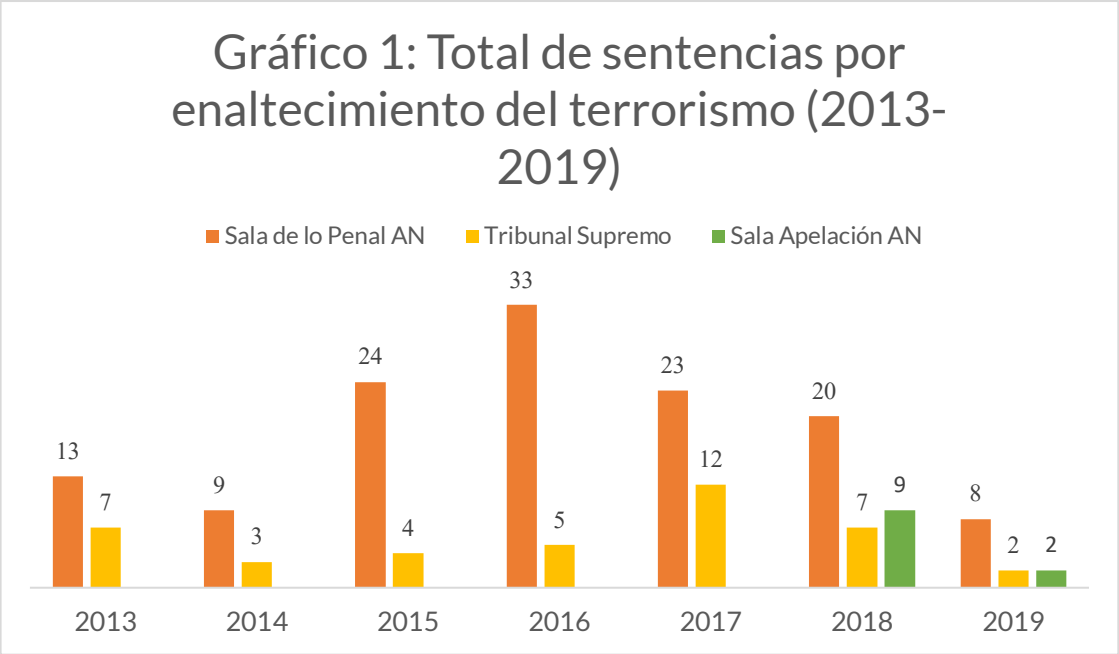
1. Metodología

Este informe ofrece un análisis con enfoque de derechos humanos de la jurisprudencia española relativa al delito de enaltecimiento del terrorismo codificado en el artículo 578 del Código Penal español en virtud de la última reforma del capítulo sobre delitos de terrorismo del Código Penal con la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo. Se analizan desde una perspectiva de derechos humanos, las decisiones dictadas por los tribunales españoles, incluidas las decisiones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, en aplicación de la Ley Orgánica 2/2015 por la que se modifica el Código Penal en materia de delitos de terrorismo[1], desde su entrada en vigor y hasta marzo de 2019, inclusive.

Según los datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ),[2] los tribunales españoles dictaron 20 sentencias relativas al delito de enaltecimiento del terrorismo en 2013, 12 en 2014, 28 en 2015, 38 en 2016, 35 en 2017 y 36 en 2018 y 12 en 2019. Muchas son condenas, pero también hay absoluciones, algunas de ellas por revocación de la condena en casación (véase gráfico 1).

[1] Ver Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo: https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf
La reforma fue introducida como una Proposición de ley directamente en el Congreso y siguiendo una tramitación urgente, obstaculizando toda participación significativa de la sociedad civil en el debate e impidiendo recabar los informes preceptivos, así como evaluar el impacto de la reforma en materia de derechos humanos.
Para más información ver, Rights International Spain, "Recomendaciones dirigidas al Senado a propósito del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal en materia de delitos de terrorismo", febrero de 2015, disponible en: http://rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/4958abf734404761f1ca43aca613334f1001ee5e.pdf

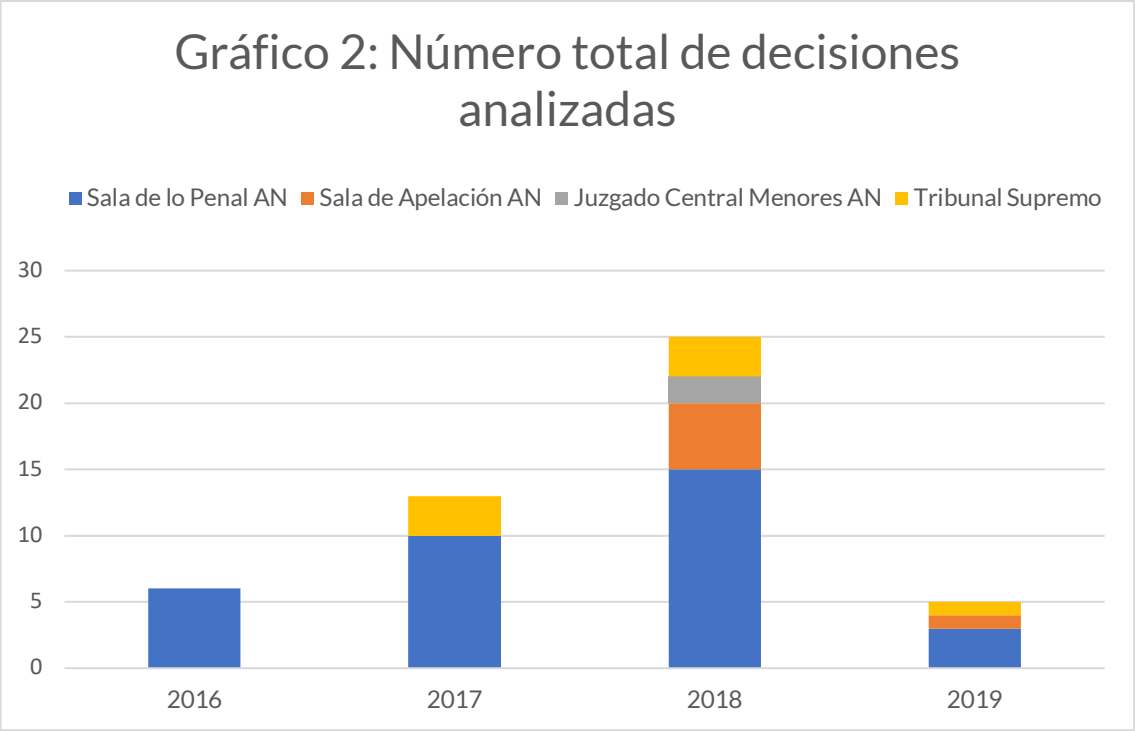
[2] Consultados en la web del CENDOJ (buscador del sistema de jurisprudencia del Poder Judicial) el 24 de junio 2019: http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp



Se decidió analizar las decisiones judiciales desde la entrada en vigor de la reforma de 2015 en adelante, por un lado, por el aumento significativo de acciones judiciales por delito de enaltecimiento del terrorismo y, por otro, porque la reforma de 2015 amplía el alcance del artículo 578 del Código Penal.

Hemos analizado todas las decisiones judiciales dictadas por los tribunales españoles desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2015. Es decir, aquellas relacionadas con hechos ocurridos desde el 1 de julio de 2015 (cuando entró en vigor la reforma legal) y hasta marzo de 2019, inclusive.[3] En total, han sido 49 sentencias de la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, correspondientes a 32 asuntos: 34 resoluciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, 6 de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, 2 del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional y 7 del Tribunal Supremo (véase gráfico 2). Por el momento, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado respecto del delito de enaltecimiento tras la reforma operada en virtud de la LO 2/2015.

[3] Por ejemplo, del total de 33 sentencias sobre enaltecimiento del terrorismo que se dictaron en 2016 por parte de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, únicamente 6 de ellas eran por hechos posteriores a la entrada en vigor de la LO 2/2015, por lo cual solo estas 6 últimas han sido objeto de análisis en el presente estudio.



Han pasado cinco años desde que la reforma del Código Penal entrase en vigor el 1 de julio de 2015, por lo que resulta oportuna una evaluación de su impacto. Además, han pasado más de tres años desde la adopción de la Directiva de la UE 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo[4], que incluye una disposición sobre la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo y requiere que la Comisión Europea emita una evaluación de la Directiva en 2021. En este sentido, el análisis aquí recogido también será relevante para dicho informe de evaluación.

[4] 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.

2. Introducción

La violencia terrorista ha sido una constante de la vida democrática española. Euskadi Ta Askatasuna (ETA), que se formó durante el franquismo, no anunció el cese de la violencia hasta el año 2010 y su completa disolución no tuvo lugar hasta 2018. El 11 de marzo de 2001 el Estado español se enfrentó por primera vez a una nueva forma de terrorismo, a la que las autoridades se refieren como terrorismo "yihadista"[5]. El último atentado de este tipo tuvo lugar el 17 de agosto de 2017 en el turístico paseo de las Ramblas de Barcelona. Según el gobierno español, la amenaza de nuevos atentados terroristas sigue siendo una realidad.[6]

Desde 2015, España ha experimentado un fuerte aumento en el número de acciones judiciales por el delito de "enaltecimiento y humillación a las víctimas" del terrorismo en virtud del artículo 578 del Código Penal español[7]. Un gran número de usuarios de las redes sociales, raperos, poetas, periodistas y abogados se han visto afectados por esta disposición, cuya redacción se modificó y amplió en 2015 para abarcar "la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información". Este informe analiza esta tendencia, y la jurisprudencia de los tribunales españoles, desde una perspectiva de derechos humanos. Entre sus conclusiones destaca que un número importante de las decisiones judiciales son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos que rige el derecho a la libre expresión. No

[5] "Jihad" es un término proveniente del árabe que comprende el concepto general del islam de las luchas internas y externas del individuo. Frecuentemente se recurre a este término de manera incorrecta para referir actos ilícitos que comportan violencia o terrorismo. El empleo del término "terrorismo Yihadista" en este informe únicamente hace referencia a la forma más extendida de enmarcar determinadas conductas criminales por parte de las autoridades españolas, Rights International Spain no respalda su empleo.

[6] En la fecha de publicación de este informe el nivel de alerta terrorista del Ministerio del Interior era de 4 (alto) en una escala de 5. *Véase:* http://www.interior.gob.es/prensa/nivel-alerta-antiterrorista

[7] El auge en popularidad de las redes sociales en la última década ha provocado que se conviertan en un espacio de especial vigilancia por parte de las fuerzas de seguridad del Estado, que monitorean las actividades cotidianas de los ciudadanos en las redes en busca de nuevas formas de delitos, conformando un auténtico *panóptico digital*. En 2013 La Unidad de Investigación Tecnológica pasa a ser una Unidad Central Independiente, compuesta por dos Brigadas Centrales: de Seguridad Informática y de Investigación Tecnológica. En abril de 2014, comenzó la primera operación "Araña" de la Guardia Civil -seguida de otras tres en noviembre de ese mismo año, mayo de 2015 y abril de 2015- con la que la Guardia Civil pretendía acabar con el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales (en especial en Facebook y Twitter) a través de la interceptación de mensajes en abierto publicados en estas redes. Véase: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/5847566
Otro aspecto alarmante de la actuación policial en las redes es la introducción de la figura del Agente Informático Encubierto en última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley Orgánica 13/*2015*, de 5 de octubre). Esta figura permite la generación por parte de las fuerzas de seguridad del Estado de perfiles encubiertos en redes sociales para interactuar con individuos con unas determinadas características pudiendo producir situaciones de provocación delictiva, con la grave afectación que ello supone al sistema de garantías del proceso penal.

obstante, también existen decisiones de los tribunales españoles que se ajustan a las normas de derechos humanos y sugieren vías de reforma.

El derecho internacional reconoce que puede haber circunstancias en las que el derecho a la libertad de expresión pueda ser legítimamente restringido para proteger la seguridad nacional. Permite una injerencia en el derecho a la libre expresión si dicha injerencia está (i) prescrita por la ley; (ii) cumple un objetivo legítimo; y iii) es proporcional al fin legítimo perseguido, teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, el contenido y contexto de la expresión, la intención del autor, el interés público del asunto discutido y la naturaleza y severidad de la pena impuesta. Por tanto, el derecho internacional reconoce que los gobiernos pueden restringir legalmente la incitación a la violencia. Sin embargo, para que la expresión de una persona equivalga a una incitación a la violencia, debe haber (i) la intención subjetiva de esa persona de incitar a la violencia mediante esa expresión; y (ii) un peligro objetivo de que la expresión de la persona cause violencia; es más, la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos requiere que sea un "peligro claro e inminente".

La redacción del artículo 578 del Código Penal, modificada en 2015, no se ajusta a estos estándares legales. Esta disposición establece que "El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos... [de terrorismo]… o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses". No menciona ni la intención ni la causación de ningún peligro de violencia.

Las decisiones judiciales analizadas en este informe varían de forma significativa en la interpretación que hacen de los elementos del delito de enaltecimiento del terrorismo. No resulta sorprendente dado el lenguaje ambiguo, impreciso y demasiado amplio del artículo 578. Sin embargo, algunas decisiones judiciales sí parecen aproximarse a los estándares legales internacional (intención y un peligro claro e inminente) más que otras.[8] Todos los tribunales españoles deberían cumplir y aplicar los estándares legales internacionales.

[8] Por ejemplo, las sentencias 6/2018 de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y 11/2018 de la Sala de lo Penal recogen los conceptos de intención y peligro claro e inminente, en clara contraposición con las sentencias 224/2010 y 523/2011 del Tribunal Supremo, todas ellas examinadas más abajo.

3. Marco jurídico

3.1 La Constitución Española

La libertad de expresión comprende el derecho "a la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley" (artículo 16.1 de la Constitución) así como el derecho "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" (artículo 20.1)[9].

El Tribunal Constitucional ha reconocido que "la 'peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión', en cuanto que garantía para 'la formación y existencia de una opinión pública libre'"[10], la convierte en un derecho fundamental en nuestro sistema democrático y "uno de los pilares de una sociedad libre y democrática".[11] Por ello, este derecho tiene "un carácter preeminente" pues resulta necesario "para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático".[12]

Según el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática"; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones "acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población" (…) El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas".[13]

---

[9] El artículo 55 de la Constitución señala que "[l]os derechos reconocidos en los artículos … 20, apartados 1, a) y d), y 5 [libertad de expresión e información], … podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución".
[10] Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, de 20 de febrero (FJ 4, A), citando las SSTC 112/2016 (FJ 2, i), STC 177/2015, de 22 de julio (FJ 2º), STC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo.
[11] Sentencias del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, Fundamento Jurídico 3.
[12] Sentencia del Tribunal Constitucional 112/16, de 16 de mazo, Fundamento Jurídico 2.
[13] Sentencia del Tribunal Constitucional 112/16, de 16 de marzo, Fundamento Jurídico 2(i), haciendo referencia a la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2b).

Por último, hay que recordar que el artículo 10.2 de la Constitución establece que "[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Asimismo, el artículo 96.1 dispone que: "[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional". De tal forma, los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado español son parte integral del derecho interno.

3.2 El Código Penal

3.2.1 Los delitos de terrorismo

El Código Penal español (CP) dedica la sección 2ª, dentro del Capítulo VII (De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo) del Título XXII (delitos contra el orden público) a regular "los delitos de terrorismo". En 2015 se introdujo por primera vez una definición del delito de terrorismo inspirada en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008.

Se considera delito de terrorismo (artículo 573 CP) "la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.ª Alterar gravemente la paz pública. 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella."[14]

También tendrán la consideración de delitos de terrorismo (apartado 2º, artículo 573 CP) ciertos delitos informáticos[15] cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades indicadas, así como (apartado 3º), el resto de los delitos tipificados en los artículos 574 a 579 CP. El artículo 574 CP castiga el depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro y la mera colocación o empleo de tales sustancias. El artículo 575 CP castiga adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de

[14] Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo. Asimismo, el primer párrafo del apartado 1 fue modificado por el artículo único.20 de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.
[15] Los tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater.

un acto de terrorismo.[16] El artículo 576 CP castiga el que recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o puedan ser utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo. El artículo 577 CP castiga cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo.[17] Los artículos 578 y 579 CP se explican en mayor detalle en el apartado 3.2.3 del informe.

3.2.2 La conspiración, la proposición y la provocación

El Código Penal, en su parte general, castiga la conspiración, la proposición y la provocación para cometer un delito, aunque sólo en los casos en que la Ley así lo prevea.[18] El artículo 579 CP castiga la provocación, conspiración y proposición para cometer delitos de terrorismo.[19] El artículo 17 CP dispone que "la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo" (apartado 1º) y "la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él" (apartado 2º).[20]

Según el artículo 18.1 CP, "la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito" (énfasis añadido). Por tanto, se exige (i) incitación a cometer un delito, (ii) que la incitación sea directa, y que sea (iii) a través de medios que faciliten la publicidad o ante una concurrencia de personas.

Esta disposición igualmente establece que, a los efectos del Código Penal, es apología "la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor" y

[16] Artículo 575.2: Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Asimismo, se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.
[17] Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda.
[18] Artículos 17.3 y 18.2 del Código Penal.
[19] Artículo 579.3 del Código Penal.
[20] Este último apartado fue modificado en virtud de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Antes de la reforma, la proposición exigía que la invitación fuera a ejecutar el delito.

concluye que "la apología sólo será delictiva como forma de provocación si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito" (énfasis añadido). Las características de la apología por tanto son (i) la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen un delito o enaltezcan al autor, (ii) ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión y (iii) que constituyan una incitación directa a cometer un delito.

3.3.3. Los artículos 578 y 579 del Código Penal

La reforma al Código Penal del año 2000 introdujo de forma específica "el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares."[21]

El legislador justificó la introducción de este nuevo tipo penal por la evolución del terrorismo que buscaba nuevas formas de aterrorizar a la sociedad. En la introducción de la Ley se indicaba que "[n]o se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares."[22]

---

[21] Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. Según el Tribunal Supremo, "[e]n el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores y b) la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes" (STS 224/2010, de 3 de marzo, Fundamento de Derecho Tercero). En cuanto a la figura del desprecio o humillación de las víctimas "cuenta con perfiles propios, definidos y distintos" del enaltecimiento, en concreto, reputa punible "actos que entrañen «descrédito» (esto es, disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas), «menosprecio» (equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén) o «humillación» (herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo) en las víctimas de los delitos terroristas o en sus familiares, fórmulas a través de las cuales se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas, al tiempo que incrementan el horror de sus familiares" (STS 656/2007, de 17 de julio, FJ 2ª, STS 623/2016, de 13 de julio, FJ 4).

[22] La finalidad de la existencia del delito de enaltecimiento según el Tribunal Supremo es "combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático" (STS 523/2011, de 30 de mayo, Fundamento de Derecho Tercero).

En su informe al Comité contra el Terrorismo en 2007, el Gobierno explicó que,

> "con la finalidad de penalizar comportamientos de apología del terrorismo con independencia y mayor amplitud que la apología regulada en el Artículo 18 del Código Penal, la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre reformó el artículo 578 del Código Penal introduciendo un nuevo tipo penal (exaltación del terrorismo) que regula unas conductas ajenas al fenómeno terrorista que despiertan un profundo reproche popular. (…) La conducta regulada en el artículo 578 (apología del terrorismo) no es un delito de terrorismo. La apología cuando se persigue penalmente es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: los delitos de terrorismo (regulados en los artículos 571-577), con el que no puede confundirse. Cuando las conductas del artículo 578 del Código Penal sean susceptibles de ser encuadradas en el Artículo 579 como forma de provocación, será este precepto de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad"[23] (énfasis añadido).

Ya entonces, para la doctrina, la creación de un tipo específico de apología, en el que ya no se exigía expresamente una incitación directa a delinquir, suponía un retroceso.[24] Por su lado, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, tras visitar España en misión oficial en 2008, declaró que "la vaguedad del término "enaltecimiento" no debe utilizarse para coartar la libertad de expresión"[25] y recomendó que "el delito de enaltecimiento que actualmente se contempla en el artículo 578 se revise de manera que se aplique exclusivamente a los actos que tengan por objeto incitar a la comisión de un delito de terrorismo, con el riesgo de que se cometa efectivamente dicho delito. A ese respecto, el Relator Especial opinó que las declaraciones de otro carácter, que podrían encuadrarse también en el concepto de "apología", no deberían perseguirse en el ámbito del derecho penal."[26]

Los elementos que definen el delito de enaltecimiento del terrorismo, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son:

> "1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de

[23] Ver Informe S/2007/164.
[24] Carmen Lamarca Pérez, *Apología: Un residuo de incriminación de la disidencia*, La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº.28, 2006, pags. 41-51.
[25] Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin Adición Misión a España, A/HRC/10/3/Add.2 16 de diciembre de 2008, párrafo 11.
[26] Párrafo 53.

alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal. 2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos: a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577. b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos. 3º 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. Características del delito son el tratarse de un comportamiento activo (…) siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional y que constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito".[27]

En 2010 se reformó, entre otros, el artículo 579 del Código Penal para dar cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. En el Preámbulo se afirmaba que "en el primer apartado del artículo 579 [se recogen] las conductas de distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas que, sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito (esto es, provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta acción criminal) se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir, si bien, tal y como exigen la Decisión Marco y el Convenio del Consejo de Europa sobre terrorismo, tales conductas deberán generar o incrementar un cierto riesgo de comisión de un delito de terrorismo"[28] (énfasis añadido).

En 2015 nuevamente se volvió a modificar el capítulo del Código Penal relativo al terrorismo, incluidos los artículos 578 y 579. La reforma ahondó en la vaguedad e imprecisión de estas disposiciones, aumentando de forma desproporcionada e injustificada las penas.[29] Justificó el legislador esta modificación en el nuevo

[27] Sentencias del Tribunal Supremo nº 149/2007 de 26 de febrero, 585/2007 de 26 de junio, 539/2008 de 23 de septiembre, 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3, 523/2011, de 30 de mayo, 481/2014 de 3 de junio, 481//2014, de 3 de junio, 843/2014, de 4 de diciembre.
[28] Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
[29] Rights International Spain, Consideraciones concretas dirigidas al Senado relativas a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo, febrero 2015

terrorismo internacional "de corte yihadista" que incorpora nuevos métodos de "captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio"[30] para usarlos contra los que no piensan o comparten su ideario (el enemigo). Según el Preámbulo, "[e]n los artículos 578 y 579 se castiga el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. En la tipificación de estas conductas se tiene en especial consideración el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información" (énfasis añadido). Esta última modificación legislativa igualmente fue criticada por la doctrina legal por invadir el derecho fundamental a la libertad ideológica y de expresión.[31]

Finalmente resaltar que si bien la Ley Orgánica 2/2015 se refería expresamente a la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad para justificar los cambios, la reforma obvió un aspecto relevante de dicha Resolución, que no fue incorporado con la reforma:

> "los Estados deben cerciorarse de que las medidas que adopten para combatir el terrorismo se ajusten a todas las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, recalcando que el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y el estado de derecho son complementarios y se refuerzan mutuamente, y que junto con las medidas eficaces contra el terrorismo son esenciales para el éxito de la lucha contra el terrorismo".[32]

---

http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/4958abf734404761f1ca43aca613334f1001ee5e.pdf

[30] Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, Preámbulo.

[31] Directores Alberto Alonso Rimo, Antonio Fernández Hernández, María Luisa Cuerda Arnau, *"Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales"*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2018. Entiende esta parte de la doctrina que el legislador español ha ido más allá de lo previsto en la Resolución 2178/2014 de 24 de septiembre y de la Directiva UE 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017. Asimismo, en febrero de 2015, varios Relatores Especiales de las Naciones Unidas, se dirigieron al Estado español mostrando su rechazo a dicha reforma en lo relativo a las limitaciones a las libertades de expresión y de reunión. Señalaron que las disposiciones relativas a la criminalización de los actos de "incitación y enaltecimiento" o "justificación del terrorismo" son excesivamente amplias e imprecisas y que podrían darse "restricciones desproporcionadas al ejercicio de la libertad de expresión". Ver comunicado publicado en: http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S

[32] Resolución 2178 (2014), Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014, S/RES/2178 (2014).

4. La Directiva UE sobre lucha contra el terrorismo y su transposición al ordenamiento interno español

El 17 de marzo de 2017 se aprobó la Directiva 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo. El período de elaboración y adopción de la Directiva fue muy rápido, como consecuencia de los atentados en Francia en 2015. Según los Considerandos de la Directiva, "dada la evolución de las amenazas terroristas para la Unión y los Estados miembros" procede modificar y sustituir un número de Decisiones Marco para "aproximar en mayor medida en todos los Estados miembros la definición de delitos de terrorismo, de delitos relacionados con un grupo terrorista y de delitos relacionados con actividades terroristas, de modo que abarque de forma más exhaustiva las conductas asociadas, en particular, a los combatientes terroristas extranjeros y a la financiación del terrorismo. Este tipo de conductas deben ser igualmente punibles si se cometen a través de internet, incluidas las redes sociales".[33]

La Directiva exige a los Estados miembros adoptar "las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos"[34] (énfasis añadido)

Por tanto, de conformidad con la Directiva, son dos los requisitos que deben darse para que la conducta sea punible: (i) la intención de incitar, directa o indirecta, a cometer un delito de terrorismo y (ii) el riesgo de que pueda cometerse tal delito. El Considerando 10º aclara que "[e]esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre la provocación pública (…)".

[33] 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.
[34] Artículo 5, Provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo.

El plazo de transposición de la Directiva a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro venció el 18 de septiembre de 2018. En España, se aprobó la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1985, de 23 de noviembre del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional. El Preámbulo reconoce que, si bien la Ley Orgánica 2/2015 de modificación del Código Penal ya "se adelantó notablemente al contenido de la directiva", sin embargo, quedan algunos puntos divergentes que requieren de "ligeros ajustes".[35] Entre ellos no se encuentran ni el artículo 578 ni el artículo 579 del Código Penal que no han resultado afectados por esta última y reciente reforma.

Resulta interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 52/2018, de 31 de enero de 2018, cuyo Fundamento Jurídico 1º se refiere al recurso del Ministerio Fiscal que reprochaba que la absolución se basara "en la nueva Directiva contra el terrorismo, pendiente de publicar en su redacción definitiva en el Diario Oficial de la Unión Europea, indicando la sentencia que tal norma viene a suponer una modificación legislativa que vacía de contenido el tipo penal del art. 578 CP. En defensa de su posición, examina [el Ministerio Fiscal] (…) que el art. 5 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo que se publicará en breve en el Diario Oficial de la Unión Europea, alude al art. 579 y no al art. 578". El Tribunal Supremo, sin embargo, no acogió esta tesis, desestimando el recurso en virtud de los motivos siguientes: a raíz de la STC 112/2016 se exigen dos elementos adicionales para que la injerencia en la libertad de expresión, castigando por un delito de enaltecimiento, sea constitucionalmente aceptable; por un lado, la intención de incitar a la comisión de un delito de terrorismo y, otro, la existencia de un riesgo, es decir, que incremente de forma objetiva y efectiva el peligro de comisión de delitos terroristas.[36]

[35] Estos puntos divergentes se refieren al artículo 15.3 de la Directiva (artículo 572 del Código Penal), artículo 12 apartado c) de la Directiva (artículo 573 del Código Penal) y cambios menores a los artículos 575, apartado 3, 576, apartado 5 y un nuevo artículo 580 bis.

[36] "En autos, dado el concreto medio de expresión, contexto del autor, fechas de emisión, alusiones a acontecimientos generalmente previos a la instauración de la democracia y régimen de libertades, esa aptitud de riesgo de la conducta enjuiciada no resulta de la narración de hechos probados; ni tampoco se vislumbra incitación a la violencia (…) La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social (…) Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública" FJ 5.

5. Los limites a la libertad de expresión conforme a la jurisprudencia constitucional

El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto pero los límites al mismo deben interpretarse de forma restrictiva. Según la jurisprudencia constitucional, "los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política".[37] Es decir, debe existir proporcionalidad en la restricción de la libertad de expresión. De lo contrario, puede generarse un efecto disuasorio que socavaría y desnaturalizaría el propio derecho. Por lo tanto, el juez al aplicar la norma penal no puede "reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal".[38]

El control constitucional que debe realizarse sobre la proporcionalidad implica, por un lado, que el juez debe valorar de manera previa las "diversas circunstancias concurrentes en el caso" y, por otro lado, la falta de esa valoración previa "constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración".[39]

El propio artículo 20.4 de la Constitución fija el límite de la libertad de expresión "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".[40] Por tanto, en primer lugar, no están protegidas las expresiones injuriosas, calumniosas o vejatorias.[41]

Tampoco están protegidas por la libertad de expresión las manifestaciones racistas y que alientan la violencia, el odio o la intolerancia. La labor constitucional que debe desarrollarse es la de "dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una

[37] Sentencia del Tribunal Constitucional 112/16, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 2(iii), haciendo referencia a la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2d), asunto *Capellera y Stern Taulets*.
[38] Sentencia del Tribunal Constitucional 112/16, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 2(iii), haciendo referencia a la STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5).
[39] Sentencias del Tribunal Constitucional 35/2020, de 20 de febrero (FJ 4) y 112/16, de 20 de junio (FJ2), haciendo referencia a la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2d. Se equipará cuando la valoración resulte manifiestamente carente de fundamento.
[40] Además, el artículo 16.1 incluye como límite "el mantenimiento del orden público protegido por la ley".
[41] Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5º: "se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer y, por tanto, innecesarias a este propósito".

opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando o promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia."[42] A tal efecto, es importante "no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizados",[43] así como la ocasión, escenario y contexto en el que fueron pronunciadas "y, en fin, todas las circunstancias concurrentes" en las que se producen.[44]

El Tribunal Constitucional afirma que no cabe considerar como ejercicio legítimo de la libertad de expresión a "todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia"[45], ni a "los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre"[46], ni las manifestaciones que "persigue[n] fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes"[47]. En este sentido, "la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente".[48]

Como hasta 2016 el Tribunal Constitucional no se había pronunciado sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo y la incidencia sobre la libertad de expresión,[49] el propio tribunal se remite a su doctrina en relación con los tipos penales de negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio (artículo 607.2 del Código Penal). Así pues, recuerda que en la sentencia 235/2007 afirmó que "[l]a especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma

[42] Sentencia del Tribunal Constitucional 112/16, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 2(ii), haciendo referencia a la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2c.
[43] Sentencia del Tribunal Supremo 31/2011, de 2 febrero, FJ 1.3, asimismo STS 812/2011, de 21 de julio.
[44] Sentencia del Tribunal Supremo 224/2010, de 3 de marzo, FJ único, STS 843/2014, de 25 de noviembre y STS 585/2007 de 20 de junio.
[45] Sentencia del Tribunal Constitucional 112/16, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 2(ii), haciendo referencia a la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 4.
[46] Sentencia del Tribunal Constitucional 112/16, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 2(ii), haciendo referencia a la STC 136/1999, de 22 de julio, FJ 15).
[47] Sentencias del Tribunal Constitucional 35/2020, de 20 de febrero (FJ 4) y 112/16, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 2(ii), haciendo referencia a la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 4.
[48] *Ídem.*
[49] Sentencia del Tribunal Constitucional 112/16, de 20 de junio. Hechos probados: el acusado participó como principal orador en un acto en recuerdo y loa de un dirigente de ETA, asesinado hace 30 años. Se publicitó el acto mediante carteles pegados en las calles. El acto se realizó en una carpa con un escenario donde había una gran fotografía del miembro de ETA y había una pantalla en la que se proyectaban fotografías de miembros de ETA. El acusado fue condenado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo de los artículos 578 y 579.2 del Código Penal. El Constitucional desestimó el recurso de amparo.

de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio".[50] El Tribunal Constitucional finalmente concluye que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578 del Código Penal "supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades".[51]

En resumen, para el Tribunal Constitucional, no basta con que se lleve a cabo una acción enaltecedora o justificadora. Para poder castigar dicha conducta son necesarios dos elementos adicionales: (i) la intención de incitar, aunque sea de forma indirecta, a la comisión de un delito de terrorismo, así como (ii) la existencia de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

[50] Sentencia del Tribunal Constitucional 112/16, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 3, haciendo referencia a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9. Ante la ausencia del elemento de incitación en la tipificación del delito, se introduce la exigencia interpretativa de que debe concurrir. También STC 35/2020, de 20 de febrero, asunto *Strawberry,* FJ4.

[51] Sentencias del Tribunal Constitucional 35/20202, de 20 de febrero, FJ 4 y 112/16, de 20 de junio, Fundamento Jurídico 4.

6. Las normas internacionales de derechos humanos sobre el enaltecimiento del terrorismo

El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que España es parte, garantiza el derecho a la libertad de expresión[52]. El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado y ratificado por España, protege de igual modo el derecho a la libertad de expresión[53].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido de manera reiterada que "la libertad de expresión es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual[54]". De hecho, el TEDH ha considerado que el artículo 10 es válido "no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'[55]".

El Comité de Derechos Humanos, un grupo de expertos que vigila la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados parte ha declarado, asimismo, que la libertad de expresión y opinión "constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas" y que el artículo 19 de dicho Pacto "llega incluso a expresiones que puedan considerarse profundamente ofensivas"[56].

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconocen que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que las restricciones pueden estar justificadas en virtud de

---

[52] El artículo 10 establece que "[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión", el cual podrá estar sometido a restricciones "previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

[53] El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión", el cual puede estar sujeto a ciertas restricciones, "que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

[54] Asunto *Lingens c. Austria*, TEDH, 8 de julio de 1986, párr. 41 [Traducción del TEDH].

[55] Asunto *Perinçek c. Suiza*, TEDH (GS), 15 de octubre de 2015, párr. 196 [Traducción del CENDOJ]; Asunto *Handyside c. el Reino Unido*, TEDH, 7 de diciembre de 1976, párr. 49 [Traducción del TEDH].

[56] Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 34, 12 de septiembre de 2011, UN Doc. CCPR/C/GC/34, párrs. 2, 11, https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf [www2.ohchr.org › hrc › docs › CCPR.C.GC.34_sp.doc].

determinadas excepciones[57]. Así pues, el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el derecho a la libertad de expresión "puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas[58]". El Comité de Derechos Humanos ha enfatizado que "cuando un Estado parte impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, estas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho[59]". El Comité ha observado además que "las restricciones deben estar 'fijadas por la ley'; solo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados a) y b) del párrafo 3 y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad[60]".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado, asimismo, que las excepciones contempladas en el artículo 10 deben tener "una interpretación estricta, y la necesidad de cualquier restricción se debe establecer fehacientemente"[61]. Así pues, el artículo 10 permite una injerencia en el derecho a la libertad de expresión si la injerencia i) está prevista por la ley, es decir, tiene una base jurídica en el derecho nacional que es suficientemente precisa para permitir que las personas sometidas a la ley adecúen su conducta y prevean las consecuencias de sus acciones[62]; ii) cumple un objetivo legítimo identificado en la disposición[63], y iii) es necesaria en una sociedad democrática, es decir, la restricción debe atender una "necesidad social imperiosa", "debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue" y "los motivos dados por las autoridades nacionales para

[57] Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 10, párr. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19, párr. 3.
[58] El artículo 20, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también establece que "[t]oda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley". El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que "los artículos 19 y 20 son compatibles entre sí y se complementan. Los actos a que se refiere el artículo 20 son de naturaleza tan extrema que quedarían todos sujetos a restricción con arreglo al párrafo 3 del artículo 19. Así pues, las limitaciones que se justifiquen por el artículo 20 tendrían también que cumplir el párrafo 3 del artículo 19". Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 34, 12 de septiembre de 2011, UN Doc. CCPR/C/GC/34, párr. 50 (citando la Comunicación núm. 736/1997 del Comité de Derechos Humanos, *Ross v. Canada*, dictamen aprobado el 18 de octubre de 2000).
[59] Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 34, 12 de septiembre de 2011, UN Doc. CCPR/C/GC/34, párr. 21.
[60] Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 34, 12 de septiembre de 2011, UN Doc. CCPR/C/GC/34, párr. 22.
[61] Asunto *Perinçek c. Suiza*, TEDH (GS), 15 de octubre de 2015, párr. 196 [Traducción del CENDOJ].
[62] Asunto *Sunday Times c. el Reino Unido*, TEDH, 26 de abril de 1979, párr. 49 [Resumen traducido y comentario]; Asunto *Rotaru c. Rumanía*, TEDH, 4 de mayo de 2000, párr. 55 [Resumen traducido]; Asunto *Petra c. Rumanía*, TEDH, 23 de septiembre de 1998, párrs. 37 y 38 [Resumen traducido].
[63] Estos objetivos comprenden la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 10, párr. 2.

justificar las medidas concretas de 'injerencia' que adoptan deben ser pertinentes y suficientes[64]".

A fin de determinar si la restricción es proporcionada, el TEDH "considera la injerencia a la luz del caso en su conjunto, incluido el contenido de las declaraciones impugnadas y el contexto en el que fueron hechas[65]". Se exige a los tribunales nacionales que evalúen los comentarios impugnados en su contexto, así como "la intención del autor" y el "interés público del asunto en cuestión junto con otros elementos[66]". Además, el Tribunal ha sostenido de manera continuada que la "naturaleza y la gravedad de la pena impuesta son también factores que deben tenerse en cuenta al evaluar la proporcionalidad de la injerencia[67]". El Tribunal ha observado que "una condena penal es una sanción grave, teniendo en cuenta la existencia de otros medios de intervención y respuesta[68]". Ha considerado que el "efecto paralizante" o disuasorio del "hecho mismo" de imponer una condena penal es pertinente para evaluar la proporcionalidad de esa condena[69].

Es un principio asentado que "el artículo 10, párrafo 2, del Convenio deja poco margen para restricciones en la libertad de expresión en el ámbito del discurso político o de los asuntos de interés general[70]". En efecto, "[e]s un criterio constante del Tribunal exigir muy sólidas razones para justificar las restricciones a ese debate, ya que la imposición de amplias restricciones en casos individuales afectaría sin duda al respeto de la libertad de expresión en general en el Estado en cuestión[71]". El Tribunal también ha sostenido que el Gobierno[72] y los funcionarios que actúan en virtud de su cargo oficial[73] están sujetos a límites más amplios de crítica aceptable que los ciudadanos ordinarios. Ha considerado que "[l]as fuerzas de seguridad del Estado…deberán tener un grado de tolerancia particularmente elevado ante el discurso ofensivo salvo que resulte probable que ese discurso

[64] Asunto *Perinçek c. Suiza*, TEDH (GS), 15 de octubre de 2015, párr. 196 [Traducción del CENDOJ]; Asunto *Handyside c. el Reino Unido*, TEDH, 7 de diciembre de 1976, párrs. 48 y 49 [Traducción del TEDH].
[65] Asunto *Sürek and Özdemir v. Turkey*, (Demandas núms. 23927/94 y 24277/94), TEDH, 8 de julio de 1999, párr. 57.
[66] Asunto *Tagiyev and Huseynov c. Azerbaijan*, TEDH, 5 de diciembre de 2019, párr. 48.
[67] Asunto *Ceylan c. Turquía*, TEDH, 8 de julio de 1999, párr. 37 [Resumen traducido].
[68] Asunto *Tagiyev and Huseynov v. Azerbaijan*, TEDH, 5 de diciembre de 2019, párr. 49.
[69] Asunto *Dmitriyevskiy v. Russia*, TEDH, 3 de octubre de 2017, párr. 117.
[70] Asunto *Perinçek c. Suiza*, TEDH (GS), 15 de octubre de 2015, párr. 197 [Traducción del CENDOJ].
[71] Asunto *Terentyev v. Russia*, TEDH, 28 de agosto de 2018, párrs. 62, 70.
[72] Asunto *Stomakhin v. Russia*, TEDH, 9 de mayo de 2018, párrs. 89. El Tribunal constató que algunos de los artículos publicados habían traspasado los límites de una crítica aceptable y constituían un llamamiento a la violencia y justificación del terrorismo. Sin embargo, otros, sí se encontraban dentro de los límites de la crítica aceptable. Concluye el Tribunal que no existió una necesidad social apremiante para interferir con el derecho a la libertad de expresión cuando se castigó al demandante por algunos de sus comentarios a una pena tan grave.
[73] Asunto *Terentyev v. Russia*, TEDH, 28 de agosto de 2018, párrs. 75, 77.

incendiario provoque acciones ilícitas inminentes respecto de su personal o los exponga a un riesgo real de violencia física"[74].

La Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha observado que "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido de manera clara en su jurisprudencia en que los puntos de vista expresados que no puedan considerarse una incitación a la violencia o interpretarse como responsables de incitar a la violencia deberán quedar amparados por la libertad de expresión[75]". Así pues, en el asunto Terentyev c. Rusia, el TEDH por unanimidad falló que una pena suspendida de un año de prisión a un bloguero —por referirse a la policía en "términos vulgares, despectivos e injuriosos" y expresar su deseo de verlos arder en hornos "como los de Auschwitz"— constituía una violación del artículo 10 porque esas expresiones no constituían un "peligro claro e inminente" para la policía[76]. El Tribunal observó que los tribunales nacionales no habían ofrecido ninguna razón para concluir que el delito del demandante era particularmente "flagrante y peligroso para la seguridad nacional[77]". Consideró que los tribunales nacionales "habían limitado sus conclusiones a la forma y el tono del discurso" y "no hicieron ningún intento de evaluar el potencial de las declaraciones en cuestión para provocar cualquier tipo de consecuencias dañinas[78]". Estimando que los tribunales nacionales "no habían tenido en cuenta todos los hechos y factores pertinentes", el Tribunal falló que los motivos no podían "considerarse 'pertinentes y suficientes' para justificar la injerencia en la libertad de expresión del demandante[79]". El Tribunal concluyó que la condena penal del demandante "no era necesaria en una sociedad democrática" porque no atendía a una "necesidad social imperiosa" y era "desproporcionada respecto al objetivo legítimo invocado[80]". El Tribunal observó que "es de vital importancia que las disposiciones del derecho penal dirigidas contra expresiones que instigan a la violencia, el odio o la intolerancia, o los promueven o justifican, definan de forma clara y precisa el ámbito de los delitos pertinentes, y que esas disposiciones se interpreten de manera estricta a fin de evitar situaciones en que

---

[74] Asunto *Terentyev v. Russia*, TEDH, 28 de agosto de 2018, párrs. 75, 77.

[75] Dunja Mijatović, *Misuse of anti-terror legislation threatens freedom of expression*, Comentario sobre Derechos Humanos, 12 de abril de 2018, https://go.coe.int/ryaf3 (citando Asunto *Asociación Ekin c. Francia*, TEDH, 17 de julio de 2001 [Resumen traducido], y Asunto *Belek and Velioğlu v. Turkey*, TEDH, 6 de octubre de 2015). **La jurisprudencia del Tribunal que exige demostrar "un peligro claro e inminente" probablemente sustituya a la del asunto *Leroy c. Francia***, TEDH, de 2 de octubre de 2008, en que el Tribunal estimó que Francia no había violado los derechos amparados por el artículo 10 al condenar a un humorista gráfico vasco y a un periódico por publicar el 13 de septiembre de 2001 una tira cómica del atentado contra el World Trade Center con una leyenda que parodiaba el eslogan publicitario de una marca famosa: «"[t]odos hemos soñado con ello... Hamas lo hizo". El razonamiento del Tribunal se basaba, *entre otras cosas*, en **la proximidad de la fecha de la publicación a la fecha del atentado** contra el World Trade Center, en el **probable impacto** de la tira cómica en la políticamente sensible región vasca y en la **modesta naturaleza de la multa** (1500 euros) impuesta al humorista gráfico.

[76] Asunto *Terentyev v. Russia*, TEDH, 28 de agosto de 2018, párr. 67, 84 (sin cursiva en el original).

[77] Asunto *Terentyev v. Russia*, TEDH, 28 de agosto de 2018, párr. 82.

[78] Asunto *Terentyev v. Russia*, TEDH, 28 de agosto de 2018, párr. 82.

[79] Asunto *Terentyev v. Russia*, TEDH, 28 de agosto de 2018, párr. 82.

[80] Asunto *Terentyev v. Russia*, TEDH, 28 de agosto de 2018, párr. 86.

la facultad discrecional de un Estado para perseguir esos delitos sea demasiado amplia y potencialmente susceptible de abuso mediante una aplicación selectiva[81]".

De igual modo, en el asunto Gul y otros c. Turquía, el Tribunal estimó que la condena que Turquía impuso a los demandantes por gritar eslóganes durante unas manifestaciones lícitas en conmemoración de la masacre de Sivas "no era necesaria en una sociedad democrática" y, por tanto, violaba el artículo 10 del Convenio. El Tribunal argumentó que los demandantes "no defendían la violencia, las lesiones o el daño a ninguna persona" y que no había ningún indicio en la decisión del tribunal nacional o en los comentarios del gobierno turco de que "existiera un peligro claro e inminente que exigiera una injerencia como la del prolongado enjuiciamiento penal al que se enfrentaron los demandantes[82]". El Tribunal también estimó que ese prolongado enjuiciamiento penal de los demandantes y las condenas iniciales de tres años y nueve meses fueron desproporcionados[83]. En el asunto Kılıç y Eren c. Turquía, el Tribunal consideró, asimismo, que Turquía había violado el artículo 10 al condenar penalmente a los demandantes por gritar eslóganes que ensalzaban a un líder del PKK en prisión porque los eslóganes, que se produjeron durante una "reunión lícita y pacífica" "no defendían la violencia, las lesiones o el daño a ninguna persona" y no había ningún indicio de un "peligro claro e inminente que exigiera la injerencia a la que se enfrentaron los demandantes[84]".

El Comité de Derechos Humanos ha observado, asimismo, que "los delitos como 'la incitación al terrorismo' o la 'actividad extremista', así como los delitos de 'ensalzamiento', 'enaltecimiento' o 'justificación' del terrorismo, deben estar claramente definidos para garantizar que no dan lugar a una injerencia innecesaria o desproporcionada en la libertad de expresión[85]". La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo ha añadido:

> "En su resolución 7/36, el Consejo de Derechos Humanos subrayó la necesidad de velar por que la invocación de la seguridad nacional, incluida la

[81] Asunto *Terentyev v. Russia*, TEDH, 28 de agosto de 2018, párr. 85. En este sentido, en el asunto Özer c. Turquía (TEDH, 11 de febrero 2020), el Tribunal concluyó que las autoridades turcas **no efectuaron un análisis correcto basado en los criterios** establecidos por el TEDH en relación con la libertad de expresión. En concreto, el Tribunal señaló que **los tribunales nacionales no habían tomado en consideración los principios** establecidos en su jurisprudencia, dado que en su valoración de los hechos no explicaron cómo -teniendo en cuenta el contenido, contexto y capacidad de tener graves consecuencias- los artículos publicados podían considerarse una incitación al uso de violencia.

[82] Asunto *Gul and Others v. Turkey*, TEDH, 8 de junio de 2010, párr. 42.

[83] Asunto *Gul and Others v. Turkey*, TEDH, 8 de junio de 2010, párr. 43.

[84] Asunto *Kılıç and Eren v. Turkey*, TEDH, 29 de noviembre de 2011, párrs. 28 y 29. El Tribunal consideró que había habido violación del artículo 10 aun cuando el Gobierno turco argumentó que la injerencia había sido proporcionada a sus objetivos, ya que los demandantes habían sido condenados a multas menores y la pena impuesta al segundo demandante había sido suspendida después durante cinco años. *Ibid.* párr. 20.

[85] *Ibid.*, párr. 46.

> lucha contra el terrorismo, no se utilizara de manera injustificada o arbitraria para restringir el derecho a la libertad de opinión y de expresión. La posibilidad de que esas medidas tengan efectos negativos se exacerba cuando se aplican a las formas de expresión en Internet.
>
> Si bien la incitación al terrorismo está prohibida por el derecho internacional[86], muchas leyes penalizan, a menudo de forma imprecisa, actos que no equivalen a la incitación porque carecen del elemento de intención y/o de riesgo de que el acto en cuestión conduzca a la comisión efectiva de actos de violencia. Estos incluyen la glorificación, justificación, defensa, alabanza o aliento del terrorismo, y actos relacionados con la 'propaganda' del terrorismo. El elemento común a estos delitos es que la responsabilidad se basa en el contenido del discurso, más que en la intención del orador o en el impacto real del discurso. . . [E]l umbral de estos delitos incipientes exige una probabilidad razonable de que la expresión en cuestión logre incitar a la comisión de un acto terrorista, estableciendo así un cierto grado de relación causal o de riesgo real de que se produzca el resultado prohibido"[87].

Otras disposiciones legales del Consejo de Europa confirman de igual modo que la incitación a la violencia justifica una restricción de la libertad de expresión, siempre que pueda establecerse intención y causalidad[88]. Así pues, el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo prohíbe el delito de "incitación pública al terrorismo" que "se refiere a la distribución o puesta a disposición de otro modo de un mensaje al público con la intención de incitar a la comisión de un delito terrorista, cuando esa conducta, tanto si defiende delitos terroristas de manera directa como si no, conlleva el riesgo de que se cometan uno o más delitos de ese tipo[89]" (sin cursiva en el original).

El anterior Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección
de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo observó que los tres elementos del delito a que hace referencia el artículo 5 se ciñen exclusivamente a i) un acto de comunicación; ii) una

[86] Resolución del Consejo de Seguridad 1624 (2005) https://undocs.org/es/S/RES/1624(2005)
[84] Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Efectos de las medidas para hacer frente al terrorismo y al extremismo violento en el espacio cívico y en los derechos de los agentes de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos, 1 de marzo de 2019, A/HRC/40/52, párrs. 36 y 37 (p. 13). https://undocs.org/es/A/HRC/40/52 (sin negrita en el original).
[88] Asunto *Sürek v. Turkey* (Núm. 3), (Demanda núm. 24735/94), TEDH (GS), 8 de julio de 1999, párr. 40.
[89] STCE núm. 196, aprobado el 16 de mayo de 2005, con entrada en vigor el 1 de junio de 2007, art. 5, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/09000016808c3f55

intencionalidad subjetiva por parte de la persona para incitar al terrorismo, y iii) un peligro objetivo adicional de que la conducta de la persona incite al terrorismo[90]. El anterior Relator Especial de las Naciones Unidas añadió que el "último requisito objetivo distingue la incitación al terrorismo de conceptos más imprecisos como el 'ensalzamiento' del terrorismo[91]".

Los relatores especiales de las Naciones Unidas han definido "terrorismo" como un acto o tentativa de acto en que: "1) El acto: a) Está constituido por toma de rehenes intencionada; o b) Se proponga causar la muerte o lesiones corporales graves a una o más personas o a partes de la población; o c) Entrañe el recurso a la violencia física con efecto mortal o contra una o más personas o partes de la población; y 2) El acto o la tentativa deben ejecutarse con la intención de: a) Provocar un estado de terror entre la población en general o partes de ella; u b) Obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer algo o abstenerse de hacerlo; y 3) El acto: a) Debe corresponder a la definición de delito grave contenida en la legislación nacional promulgada con el propósito de ajustarse a los convenios y protocolos internacionales relativos al terrorismo o a las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al terrorismo; o b) Debe contener todos los elementos de delito grave definido por la legislación nacional[92]". La resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha ratificado una definición similar de terrorismo[93], así como el Tribunal Especial de las Naciones Unidas para el Líbano al fallar que "ha surgido, en efecto, una norma consuetudinaria del derecho internacional relativa al delito internacional de terrorismo, al menos en tiempos de paz[94]».

---

[90] Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, Naciones Unidas. Doc. núm. A/HRC/4/26/Add.3, pág. 11 (14 de diciembre de 2006), https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/AnnualreportsHRC4th.aspx

[91] *Ibid.*

[92] Informe del Relator Especial Martin Scheinin para el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22 de diciembre de 2010, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/105/22/PDF/G1110522.pdf?OpenElement; Relator Especial de las Naciones Unidas Ben Emmerson, Seminario Internacional sobre Terrorismo y normas de derechos humanos, 15 de noviembre de 2011, http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/11/Final-statement-Chile-seminar-15-November-Ben-Emmerson.pdf

[93] Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a las amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por el terrorismo, párr. 3. https://undocs.org/es/S/RES/1566(2004) (en que se define «terrorismo» como actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo).

[94] La Sala de Apelaciones, especializada en el terrorismo internacional, declaró que esa norma consuetudinaria exige los tres elementos clave siguientes: i) la comisión de un hecho delictivo (como asesinato, secuestro, toma de rehenes, incendio doloso, etc.) o la amenaza de cometer ese delito; ii) el intento de propagar el miedo entre la población (que, por lo general, generaría un peligro público) o de coaccionar directa o indirectamente a una autoridad nacional o internacional para que emprenda alguna acción o se abstenga de emprenderla; iii) cuando el hecho delictivo implica un elemento transnacional. Decisión cautelar sobre la legislación aplicable: terrorismo, conspiración, homicidio, comisión de un delito, cargos acumulados,

La Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión y las Respuestas a las Situaciones de Conflicto insta a los Estados a "abstenerse de aplicar restricciones relacionadas con el 'terrorismo' de manera excesivamente amplia"; a limitar la "responsabilidad penal por expresiones relacionadas con el terrorismo…a aquellas que inciten a acciones terroristas", y a no utilizar "conceptos [imprecisos] como los de '[ensalzar]', 'justificar' o 'fomentar' el terrorismo[95]". Un comunicado de 2016 del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa insta a los Estados de la OSCE a "restringir solo el contenido que se considere una amenaza para la seguridad nacional si puede demostrarse que está destinado a incitar a la violencia inminente, es probable que incite a esa violencia y existe una conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad de que se produzca esa violencia[96]" (negrita añadida).

La Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha señalado que el artículo 578 del Código Penal español es un ejemplo de legislación antiterrorista problemática que utiliza términos "imprecisos y excesivamente amplios, y no define claramente conceptos como ensalzamiento o propaganda[97]". La Comisaria ha indicado que cuando se amplió esa disposición en 2015, con el propósito de aumentar las sanciones por determinadas actividades en Internet, cinco expertos de la ONU plantearon sus preocupaciones de que esas modificaciones al Código Penal "podría criminalizar conductas que no constituirían terrorismo y podría resultar entre otros en restricciones desproporcionadas al ejercicio de la libertad de expresión", y observaron que la definición de delitos de terrorismo era demasiado amplia e imprecisa[98].

---

caso núm. STL-11-01/I, 16 de febrero de 2011, párrs. 85, 90, https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01/main/filings/orders-and-decisions/appeals-chamber/534-f0936 Los académicos, no obstante, han criticado el razonamiento del Tribunal. Véase Guenael Mettraux, «The United Nations Special Tribunal for Lebanon», en Ben Saul (ed) *Research Handbook on International Law and Terrorism* (2014).

[95] Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión y las Respuestas a las Situaciones de Conflicto del Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de Naciones Unidas (ONU), la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 4 de mayo de 2015, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=987&lID=2

[96] Comunicado del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE sobre la libertad de expresión y la lucha contra el terrorismo. Comunicado núm. 6/2016, 1 de septiembre de 2016, https://www.osce.org/fom/261951?download=true

[97] Dunja Mijatović, *Misuse of anti-terror legislation threatens freedom of expression*, 4 de diciembre de 2018, https://www.coe.int/en/web/commissioner/blog/-/asset_publisher/xZ32OPEoxOkq/content/misuse-of-anti-terror-legislation-threatens-freedom-of-expression

[98] *Ibid.* Véase también "Dos proyectos de reforma legal socavan los derechos de manifestación y expresión en España", 23 de febrero de 2015, https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S

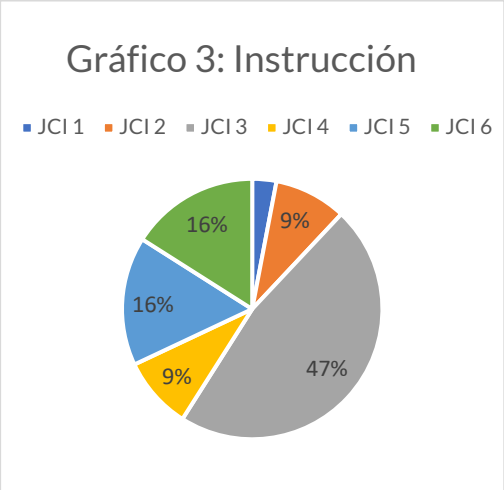
Para concluir, el derecho internacional reconoce que puede haber circunstancias en que el derecho a la libertad de expresión puede restringirse de manera legítima para proteger la seguridad nacional. Así pues, el derecho internacional permite la injerencia en el derecho a la libertad de expresión si la injerencia i) está prevista por la ley; ii) cumple un objetivo legítimo, y iii) es proporcionada al fin legítimo que se persigue, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el contenido y el contexto de la expresión, la intención del autor, el interés público del asunto en cuestión, y la naturaleza y gravedad de la pena impuesta. Por consiguiente, el derecho internacional reconoce que los gobiernos pueden limitar legalmente la incitación a la violencia. No obstante, para que la expresión de una persona suponga incitación a la violencia debe existir i) una intención subjetiva por parte de la persona de incitar a la violencia mediante esa expresión, y ii) un peligro objetivo de que la expresión de la persona ocasione violencia: la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige que ese peligro sea “claro e inminente”.

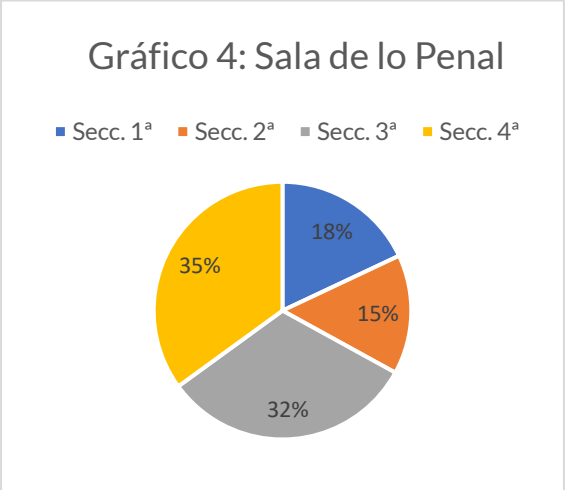
7. Jurisprudencia nacional (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) en aplicación de la LO 2/2015 referida al delito de enaltecimiento del terrorismo

7.1 Información general de las decisiones analizadas

Hemos analizado un total de 49 sentencias de la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo dictadas desde la entrada en vigor y en aplicación de la LO 2/2015 y hasta el 31 de marzo de 2019, correspondientes a 32 asuntos: 34 resoluciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional[99], 6 de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional,[100] 2 del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional y 7 del Tribunal Supremo.

Cabe resaltar que mientras que el 47% de los asuntos examinados fue instruido por el Juzgado Central de Instrucción número 3, sólo 1 deriva del Central 1 (véase gráfico 3). En cuanto a las secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, es destacable que el 35% de las decisiones examinadas fueron adoptadas por la Sección 4ª y el 32% por la Sección 3ª (véase gráfico 4).

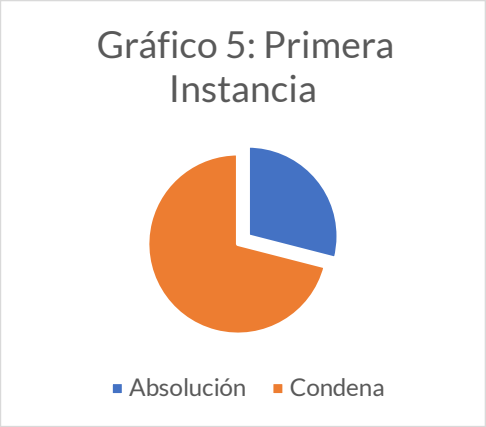




[99] Dos de ellas resolviendo recursos de nulidad y apelación contra decisiones del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

[100] La Sala de Apelación se creó en 2015 en virtud de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. La Sala es competente para resolver los recursos que se presentan contra las resoluciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (artículo 64 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). La primera sentencia dictada por la Sala fue a finales de 2017.

Las sentencias en primera instancia han sido absolutorias[101] en un 29% y condenatorias[102] en un 71%. El 29% de estas condenas han sido conformidades, es decir tras acuerdos entre Fiscalía y las partes.[103] El 100% de las decisiones de la Sala de Apelación ha sido confirmatoria de la condena, por tanto, desestimando los recursos. El 42% de las sentencias del Tribunal Supremo han sido absoluciones (casando o anulando las condenas).[104]



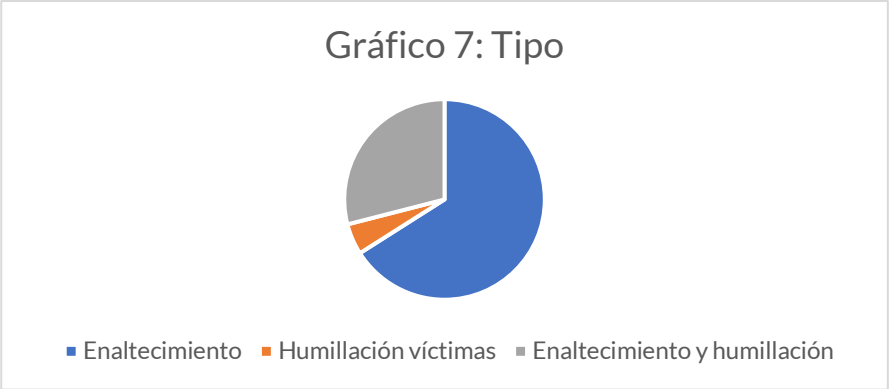
De las condenas, el 67% lo ha sido por un delito de enaltecimiento, el 5% (un solo caso) por el apartado relativo a la humillación y desprecio de las víctimas del terrorirsmo y el 29% por ambas vertientes del artículo 578 del Código Penal (enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas) (véase gráfico 7). Sólo en 3 procesos ha participado una víctima y/o asociación de víctimas de terrorismo como acusación particular o popular. Es decir, en más del 90% de los casos sólo ejerció la acusación el Ministerio Fiscal.

[101] En dos asuntos se absolvió de enaltecimiento, pero -en uno- se condenó por colaboración y, en el otro, se condenó por adoctrinamiento. Una absolución fue posteriormente anulada y otra fue revocada por la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, posteriormente confirmada en fecha reciente por el Tribunal Supremo. La revocación no se computa a los efectos de este estudio ya que la Sala consideró que la mayoría de los hechos se produjo antes de la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica 2/2015, más perjudicial, y por tanto debía aplicarse al caso la ley anterior.

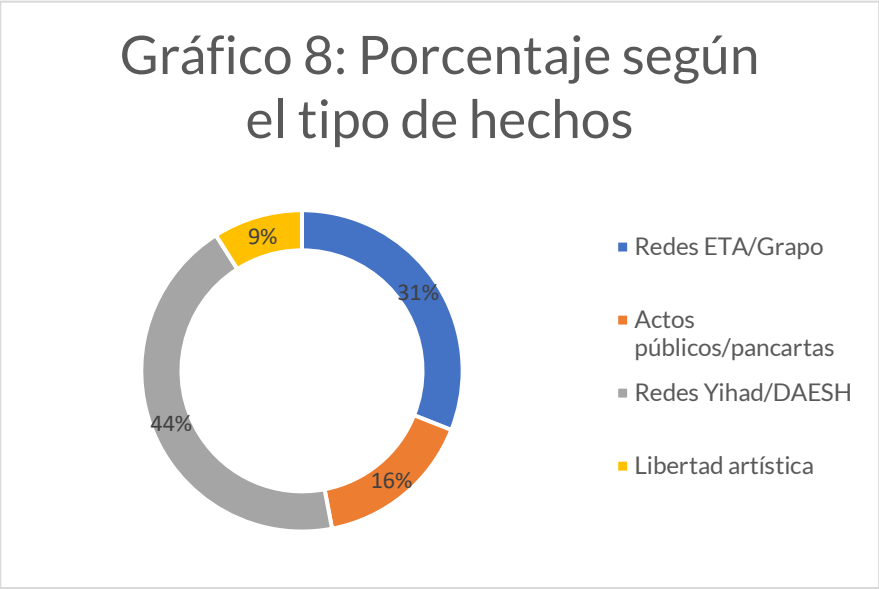
[102] En dos asuntos el tribunal cambió la calificación y condenó por auto-adoctrinamiento (art. 575 CP), por ser el delito más grave, y en otro condenó por adoctrinamiento.

[103] En algunos casos, las conformidades se provocan por las altas penas solicitadas por el Ministerio Fiscal en sus escritos de acusación inicial, con petición de penas superiores a los dos años de prisión que implican el cumplimiento penitenciario efectivo. Los acusados que no tienen condenas penales previas, ante el riesgo de una pena superior a los dos años de prisión, que no sea susceptible de suspenderse, prefieren conformarse con peticiones de penas inferiores a los dos años con posibilidad de suspensión condicional, aunque conlleven largas penas de inhabilitación, que restringe, en muchos casos, la posibilidad de acceder a empleos públicos.

[104] El Tribunal Supremo desestimó el recurso, confirmando la condena, en 3 de los asuntos analizados; una resolución casa y anula la condena por un delito del artículo 575 (auto-adoctrinamiento) y condena por un delito de enaltecimiento; y en 3 ocasiones anula la condena, absolviendo de un delito del artículo 578 (aunque, en un caso, mantiene la condena por incitación al odio del artículo 510 del Código Penal.)



Los hechos, en un 44% de los casos, se han referido a mensajes, vídeos y comentarios publicados en las redes sociales ensalzando la yihad y/o el Estado Islámico; el 31% tenía que ver con comentario vejatorios, chistes y otros mensajes sobre ETA y/o los GRAPO; un 16% no tenía que ver con redes sociales sino por actos públicos en fiestas patronales, homenajes, manifestaciones con pancartas. Tres asuntos (9%) han tenido que ver con la libertad artística (dando lugar a 8 decisiones en instancia, apelación y casación -Asuntos el poeta rapero Pablo Hasel, Resistencia Films y el grupo de hip hop La Inurgencia) (véase gráfico 8). Todas (el 100%) las decisiones relativas al terrorismo de "corte islamista" fueron condenatorias en primera instancia. El Tribunal Supremo anuló una condena, absolviendo al acusado.



7.2 Las sentencias de la Audiencia Nacional[105] (2016-2019)

2016

Las decisiones examinadas dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en 2016, en general, siguen la jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que el enaltecimiento es una apología que se comete por la mera acción de alabar o justificar, sin que requiera un resultado y sin que dicha acción lleve a otros a cometer acciones terroristas. Es decir, no hace falta una incitación ni directa ni indirecta.[106] Según esta doctrina del Tribunal Supremo, el enaltecimiento exige "un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión (…), siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional" y "constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron".[107]

Por tanto, en este año inicial, la Audiencia Nacional se apoya en la jurisprudencia que afirma que con la alabanza o justificación genérica es suficiente para condenar por enaltecimiento.

2017

En 2017, la primera resolución relevante en el marco de este estudio es la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (SAN) 2/2017, de 26 de enero. El acusado, un joven que tenía dos cuentas en Twitter que contaba con unos 2.000 seguidores, publicó comentarios contra las mujeres, así como relativos a Bin Laden y la Yihad, por los que fue condenado por un delito de enaltecimiento del terrorismo y un delito de incitación al odio (artículo 510 del Código Penal). La Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional concluyó que la libertad de expresión no ampara "la prohibida alabanza de actividades terroristas al margen de su efectivo y actual acaecimiento".[108] La única referencia jurisprudencial en la que se apoya es la STS 846/2015, de 30 de diciembre, que afirmó que "basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones

[105] De la Sala de lo Penal, así como del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.
[106] En este sentido, Sentencias de la Audiencia Nacional 25/2016, de 3 de junio (hechos: fiestas patronales y homenaje a miembro de ETA; conformidad), 24/2016, de 19 de julio (hechos: mensajes publicados en Twitter por un usuario, justificando la actuación de ETA, así como comentarios vejatorios sobre las víctimas; condena), 28/2016, de 21 de septiembre (hechos: usuario de Facebook que publica y comparte vídeos y comentarios sobre el ISIS; conformidad) y 36/2016, de 16 de noviembre (hechos: pancarta y placa conmemorativa en una plaza ensalzando a miembro de ETA; absolución).
[107] Sentencias del Tribunal Supremo 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3 y 523/2011, de 30 de mayo de FJ 3.
[108] SAN 2/2017, de 26 de enero, Fundamento de derecho segundo.

consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio".[109]

En marzo de 2017, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la sentencia 9/2017 (conocido como asunto Cassandra)[110]. La acusada había publicado, a través de su perfil en la red social Twitter, comentarios, vídeos y chistes sobre Carrero Blanco. La Sección 4ª condenó a Cassandra a un año de prisión por un delito de menosprecio y humillación a las víctimas del terrorismo.[111] Lo importante es que, en cuanto a la intencionalidad, se apoya en los argumentos dados por el Tribunal Supremo en su sentencia 4/2017, de 18 de enero, en el asunto Strawberry que concluyó que no es relevante la voluntad o intención del autor de los mensajes, a la que no otorga ningún valor, y el contexto en el que tienen lugar los hechos es igualmente irrelevante.[112]

Así, el Supremo afirmaba que

> "el art. 578 CP sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. En el presente caso, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje (…). Es así como queda colmada la tipicidad subjetiva del delito (…) La afirmación de que [el condenado] no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba despreciar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas (…); basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo"[113] (énfasis añadido).

[109] STS 846/2015, de 30 de diciembre, Fundamento de derecho cuarto.
[110] Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 9/2017, de 29 de marzo.
[111] Cita la STS 623/2016, de 13 de julio, que a su vez se refiere a la STS 846/2015, de 30 de diciembre, que indica que la libertad de expresión no ampara expresiones que "encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación" (FJ 3) y que "No se trata de penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla, que no está recreada en nuestro caso con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos".
[112] Respecto del contexto, el Supremo citaba la STS 820/2016, de 2 de noviembre, FJ 4 ("las explicaciones a posteriori no tienen capacidad para desvirtuarlas. No están presentes en el mensaje que es percibido por sus numerosos receptores sin esas modulaciones o disculpas adicionales (…) En delitos de expresión en que el mensaje, objetivamente punible, ha quedado fijado, una vez aceptada la autoría, se complica evidentemente la posibilidad de eludir la condena").
[113] Fundamento Jurídico 3.

Dicha sentencia contiene un voto particular discrepante que rechaza la interpretación literal y descontextualizada de la mayoría, exigiendo "una aptitud para estimular la práctica de las acciones [terroristas]" y que las expresiones "guarden una mínima relación contextual y de efectiva funcionalidad" con los delitos terroristas.[114]

Estas resoluciones, por tanto, mantienen que el mero conocimiento del carácter vejatorio de los mensajes, así como la simple difusión de comentarios ensalzadores es suficiente, no siendo necesario que exista intención para cometer el delito de enaltecimiento.

La Sentencia 22/2017, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, también invoca la STS 4/2017 en relación con el dolo: el artículo 578 CP sólo exige "tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas".[115]

Una resolución que, por el contrario, sí contextualiza los mensajes para absolver al acusado es la SAN 15/2017, de 29 de marzo:

> "en el caso que nos ocupa, remitiéndonos al tenor literal de los cuatro tuits (…) no se conjugan ni los elementos objetivos, ni los subjetivos inherentes al enaltecimiento, y que vayan más allá del ejercicio legítimo de la libertad de expresión (…) el acusado expresa más su faceta exclusivamente política, relativa a la lucha de clases, que no a ensalzar o justificar la violencia como medio de alcanzar propósitos ideológicos. El hecho de referirse a uno de ellos como héroe de la clase trabajadora, y a otro como comunista, y no terrorista, sin referencia a los GRAPO, no puede concluir en un ensalzamiento de las actividades de esta última organización terrorista. Respecto a los dos últimos tuits, referidos en esencia a la ideología de lucha de clases, a lo que se entiende hacer frente a quienes para ellos representan el poder, así como a que los derechos se conquistan en la calle, que no en el Parlamento, en modo alguno rebasan los límites de la crítica, que aun cuando no se compartan, incluso por un lenguaje formalmente "agresivo", ayudan a construir opinión pública."[116]

---

[114] Concluye, por tanto, que en el caso concreto "por su propia morfología y por razón del contexto y del fin, de la menor posibilidad de conexión práctica con algún tipo de actores y de acciones técnico-jurídicamente susceptibles de ser consideradas terroristas. En cualquier caso, pero más en el momento de nuestro país en que fueron escritas y difundidas".

[115] SAN 22/2017, de 25 de julio, Fundamento de derecho segundo. La sentencia 3/2018, de la sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 15 de enero igualmente cita la STS 4/2017 en cuanto a que el dolo sólo "exige tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje que tiene contenido que merma la reputación, aprecio y dignidad de las víctimas" (FJ 1º e).

[116] SAN 15/2017 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 29 de marzo, FJ 2.2.

La última sentencia de la Audiencia Nacional en 2017 a resaltar para este estudio fue la condena de los raperos del colectivo musical "La Insurgencia" (Sentencia nº 34/2017, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal, de 4 de diciembre de 2017). Según la Sala de lo Penal, además de que la conducta se ajuste al tipo penal, debe concurrir "algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción".[117] En este sentido se refiere a la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016 que, además de la exigencia de la intención del sujeto, contempla la necesidad de constatar objetivamente la existencia de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Riesgo que debe entenderse "[e]n abstracto como aptitud ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en el tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas"[118] (énfasis añadido). Todo ello, lleva a la Sala a concluir que la producción musical de los acusados supone una justificación del terrorismo pues presenta a los terroristas como luchadores por la libertad de la clase obrera y ensalza sus actividades delictivas, invitando a emularlas. Para la Sala, el contenido de las canciones no es metafórico ni lírico, sino que revela "una absoluta y calculada orientación en incitación a la violencia".[119] La sentencia contiene un voto particular discrepante que entiende que los acusados no tenían ninguna intención de enaltecer o justificar acciones terroristas; por el contrario, buscaban rimar a toda costa, así como lograr notoriedad y llamar la atención.

Esta resolución introduce, siguiendo los criterios fijados por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 112/2016, dos elementos adicionales necesarios a la hora de determinar la condena, así: la necesidad de valorar de manera objetiva la existencia de una situación de riesgo y la intención del autor de incitar a la violencia.

2018

En 2018, la Sentencia 6/2018, de 1 de marzo, absolvía a la acusada por unos tuits publicados en la red social Twitter. Según la decisión, a tenor de la STC 112/2016 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los tribunales deben valorar si la conducta desarrollada por el acusado incita a la violencia y crea una situación de

[117] SAN 34/2017, FJ 4 citando la Sentencia del Tribunal Supremo 600/17, de 25 de julio.
[118] SAN 34/2017, FJ 5, citando las Sentencias del Tribunal Supremo 378/2017, de 25 de mayo, Fundamento de Derecho segundo y STS 600/17, de 25 de julio, FJ 3. La STS 378/2017 es considerada una sentencia vanguardista y garantista en la materia. Resumida, el Supremo argumentó que no bastaba la simple y objetiva "adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan" sino que eran necesarios otros elementos: (i) la intención de incitar efectiva y realmente a la comisión de un delito de terrorismo ("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") y (ii) constatar de forma objetiva una situación de riesgo ("tal que la realización de los delitos de terrorismo vea aumentada la eventualidad de su acaecer") FJ segundo, 2 y 4.
[119] SAN 34/2017, FJ 4.

riesgo (elementos complementarios). Es exigencia constitucional acreditar "con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado"[120] (énfasis añadido). En el caso concreto, lo probado no permite apreciar que a raíz de los tuits "se haya generado ni sean potencialmente aptos para que incremente mínimamente el peligro de comisión de delitos terroristas (…) en el contexto en que se emiten, siempre coincidentes con algún suceso o efeméride, traslucen un humor mordaz o un ánimo crítico, ajeno a cualquier incitación violenta"[121] (énfasis añadido). Así, citando la STS 52/2018 concluye que "son expresión de opiniones o deseos, actos de comunicación no seguidos de incitación a la acción, porque no contienen llamamiento a la violencia terrorista ni han generado riesgo alguno para las personas, ni los derechos de terceros ni para el orden jurídico".[122]

En la Sentencia 3/2018, de 15 de enero, de la Sección 1ª, en el asunto del rapero-poeta Pablo Hasel, sin embargo, se condenó al acusado por un delito de enaltecimiento del terrorismo (así como por delitos de injurias y calumnias contra la Corona y las Instituciones del Estado). Esta decisión también se refiere a la tesis del "riesgo abstracto"[123] desarrollada por el Tribunal Supremo contenida en las sentencias del Tribunal Supremo 378/2017, 560/2017, 600/17 y 52/2018:

> "a esa exigencia, referida a la intención del sujeto activo, se une otra exigencia que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatarse objetivamente: una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades (…) Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas" [124] (énfasis añadido).

Para el Tribunal concurre el elemento de riesgo ya que no se trata de una conducta ocasional, sino que obedece a una trayectoria continuada del acusado que ya fue condenado anteriormente por el mismo delito. Además, el hecho de que la Fiscalía actuara tras una denuncia formulada por un ciudadano evidencia, a juicio del Tribunal, que los mensajes son ofensivos y peligrosos, generadores de riesgo, si se tiene en cuenta que el acusado tiene una amplia audiencia. Finalmente, entiende el

[120] SAN 6/2018, de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 1 de marzo, FJ 1º, citando STS 378/2017, de 25 de mayo, FJ 2º.3 y 560/2017, de 13 de julio, FJ 3º (que reproduce la STS 378/2017).
[121] SAN 6/2018, de 1 de marzo, FJ 1º, haciendo referencia a la STS 52/2018, de 31 de enero, FJ quinto.
[122] SAN 6/2018, FJ 1º, citando STS 53/2018, de 31 de enero, FJ quinto.
[123] También hace referencia a esta teoría del "riesgo abstracto" la Sentencia nº 15, de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 11 de mayo.
[124] SAN 3/2018 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de marzo, FJ 3. La STS 378/2017, de 25 de mayo, FJ 2.3 es reproducido literalmente por las STS 560/2017, de 13 de julio, FJ 3º, 600/2017, de 25 de julio, FJ 3º y 52/2018, de 31 de enero, FJ 4º.

Tribunal que la llamada del acusado a ir "más allá" convierte la protesta en violenta, que incita a actuar a otros.

Ahora bien, esta sentencia contiene un voto particular discrepante con la decisión de la mayoría. Según dicho voto, las sentencias del Tribunal Supremo, siguiendo, la STC 112/2016 exigen algún tipo de incitación a la realización de acciones terroristas, aunque sea indirecta. Aunque la mayoría entiende que los tuits contienen una exaltación a la violencia pues, en este caso, la investigación se inicia por la denuncia de un ciudadano, la magistrada discrepa. Para la magistrada el riesgo "ha de justificarse por el tribunal tras un proceso valorativo en el que se deberán de examinar, junto con las expresiones utilizadas, las circunstancias específicas del caso, el autor, el destinatario del mensaje, el contexto, incluso histórico, todo lo cual permitirá establecer la importancia y la verosimilitud del riesgo."[125] Y concluye que en ninguno de los 62 tuits analizados se identifica una llamada a la violencia y tampoco pueden considerarse idóneos para generar una situación de riesgo.

En estas resoluciones observamos como el Tribunal ya va matizando restrictivamente los elementos complementarios (los dos requisitos fijados por la Directiva): así, pasamos a una incitación, aunque sea "indirecta" y a la mera "idoneidad" para crear una situación de riesgo.

En la Sentencia 11/2018, de 15 de marzo, de la Sección 2ª, que absuelve al acusado, el Tribunal reitera que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la STC 112/2016,[126] exige, para castigar el delito de enaltecimiento, que éste sea una manifestación del discurso del odio, que cree una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Asimismo, insiste "en la necesidad de existencia de elementos complementarios en el mensaje que exceden de la simple utilización de un determinado lenguaje o expresiones y que se refieren a alguna forma de incitación indirecta a la comisión de delitos, mediante la elaboración de un discurso en algún grado eficaz para implicar un riesgo, como elemento justificador o legitimante de una limitación o injerencia en la libertad de expresión"[127] (énfasis añadido). Por tanto, en el caso concreto, entiende el Tribunal que se trata de "comentarios genéricos"[128] que no integran un discurso consistente tendente a ninguna finalidad, unido a la falta objetiva de seguimiento real de los mensajes publicados. No se puede hablar de ninguna

[125] Voto particular que formula la Magistrada Dña. Manuela Fernández Prado.
[126] Entre ellas, la STS 354/2017, de 17 de mayo, 378/2017, de 25 de mayo, 560/2017, de 13 de julio, 600/2017, de 25 de julio y 52/2018, de 31 de enero.
[127] SAN 11/2018, de 15 de marzo, FJ 2º.
[128] Aludiendo a la STS 72/2018, de 9 de febrero, Fundamento de Derecho único.

manera de que pregonen la violencia, ni promuevan el odio, ni tampoco el terrorismo.

Sin embargo, la decisión cuenta con un voto particular discrepante por considerar que el acusado debió ser condenado por un delito de enaltecimiento de terrorismo dada la gravedad de las expresiones.[129] Así "la pluralidad de los mensajes, el largo período durante el que fueron emitidos, la palmaria manifestación de odio de raíz ideológico hacia determinados colectivos, en especial policías y banqueros (…) comporta una justificación de los medios violentos, y una invitación a la utilización de métodos terroristas, presentando el terrorismo como merecedor de elogio, y el asesinato de policías y banqueros como algo necesario." Afirma el magistrado discrepante que "si los colectivos a los que van dirigidas las expresiones de violencia hubieran sido mujeres, homosexuales o inmigrantes, nadie hubiera cuestionado que eran manifestación de un discurso de odio y por ello merecedoras de reproche penal. La diferencia en el supuesto contemplado es que el acusado tiene una ideología radical y antisistema, lo que la sentencia denomina 'radicalidad política antiautoritaria', orientación ideológica que actúa como un elemento negativo del tipo o causa de justificación que la ley no contempla".[130]

En junio de 2018 se publicó la sentencia 3/2018 del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, absolviendo a un menor que había formado parte del colectivo "La Insurgencia". El Juez llega a una decisión diferente a la de la Sentencia 34/2017, de la Sección 4ª, de 4 de diciembre en el asunto de los adultos de "La Insurgencia". Entiende el Juez que la jurisprudencia exige que cada caso sea analizado teniendo en cuentas las circunstancias concretas, debiendo estar muy atentos a evitar que los ciudadanos dejen de utilizar la libertad de expresión por temor a una acusación penal. Tras analizar las letras de las canciones, el Juez concluye que son fruto del pensamiento personal y de las vivencias del autor, que las estrofas responden a un ritmo, una métrica y un límite que buscan la rima fácil, que la mayoría de los hechos contenidos en dichas letras son anteriores al nacimiento del menor, por tanto, el conocimiento que tiene de ellos es limitado, así como que algunas referencias son de carácter histórico. Así pues, aunque las

[129] Este voto particular es citado por la Sala de Apelación en su sentencia 4/2018, de 10 de julio por la que revocó la absolución y condenó al acusado por un delito de enaltecimiento. La STS nº 185/2019, de 2 abril igualmente se apoya en dicho voto particular para desestimar el recurso de casación y confirmar la condena. Ambas decisiones no han formado parte de este estudio al entender la Sala de Apelación que debía aplicarse la ley anterior a la reforma de 2015.

[130] La absolución fue revocada y condenado el acusado como auto de un delito de enaltecimiento mediante Sentencia nº4/2018 de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional de 10 de julio de 2018. La opinión de la Sala tiene su fundamento precisamente en el voto discrepante. Esta sentencia no entra dentro del ámbito del presente estudio pues la Sala consideró que debía aplicarse la ley anterior a la reforma de 2015. El Tribunal Supremo dictó sentencia 185/2019, de 2 de abril, desestimando el recurso de casación y confirmando la condena basándose en la argumentación de la Sala de Apelación y la interpretación realizada por el Voto particular.

expresiones sean desafortunadas, han de entenderse en el contexto en que se realizan como "la creatividad de una canción de verso fácil pero no con el fin de hacer apología del terrorismo o de sus integrantes".[131] Por ello, ni incitan a la violencia ni generan un peligro o un riesgo para la comisión de actos terroristas.

La Fiscalía presentó un recurso de nulidad contra dicha decisión, argumentando que el Juez de instancia no interpretó correctamente los elementos del tipo. Citando la STS 90/2016, de 17 de febrero, afirma que no debió confundirse el elemento subjetivo (dolo) con el propósito del autor o móvil del delito y que el tipo sólo exige el primero, "cualquiera que sean las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar al recurrente a actuar del modo en que lo hizo".[132]

El tribunal da la razón a la Fiscalía y considera que la sentencia recurrida hace razonamientos contradictorios en relación con la intención del menor. Basándose en la STS 820/2016, de 2 de noviembre, argumenta que "objetivamente las frases encierran esa carga ofensiva para algunas víctimas y laudatoria y estimuladora del terrorismo que a nadie escapa. Las explicaciones a posteriori no tienen capacidad para desvirtuarlas. No están presentes en el mensaje que es percibido por sus numerosos receptores sin esas modulaciones o disculpas adicionales"[133] (énfasis añadido). Al equivocarse en la apreciación, la sentencia recurrida no valoró la existencia de un riesgo de reactivación de actos terroristas. Por tanto, declaró la nulidad de la sentencia, ordenando la realización de un nuevo juicio.[134]

Por medio de la Sentencia 4/2018, de 7 de noviembre, se pronunció un nuevo Juzgado Central de Menores en la línea restrictiva de la SAN 26/2018, de 24 de julio, en el recurso de nulidad. Para el Juez:

> "[e]l expedientado expresó lo que dijo no lo que en el juicio ha dicho que quería decir. Una vez más queda sujeto a responsabilidad por lo expresado y en los términos expresados (…) si él mismo acepta que para expresar una idea (violenta) o justificar actos (violentos) tenía como opción o disyuntiva expresarlo de otro modo al elegir los términos que constan, eligió voluntaria y premeditadamente utilizar las fórmulas realmente empleadas y que

[131] Sentencia 3/2018, del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, de 6 de junio, FJ 2º.
[132] STS 90/2016, de 17 de febrero, FJ 1º.
[133] STS 820/2016, de 2 de noviembre, FJ cuarto. En esta sentencia se concluye que, en lo que se refiere al tipo subjetivo la STS 846/201, de 30 de diciembre, explicó que no es exigible ánimo singularizado "añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio" (FJ cuarto).
[134] Sentencia 26/2018 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 24 de julio.

naturalmente no tenían que ser reinterpretadas por el público objetivo al que iban dirigidas sus composiciones"[135] (énfasis añadido).

Por tanto, concluye el juzgador que, al ser el menor plenamente consciente de lo que decía, se conforma "el riesgo prevenido por el tipo; es decir, la ejemplarificación de medios violentos para conseguir fines políticos"[136], y se potencia el riesgo de reactivación de actos terroristas.

Finalmente, la última sentencia de la Sala de lo Penal de 2018, de relevancia para este estudio, es la SAN 28/2018, de 21 de noviembre, contra un cineasta y productor de "Resistencia Films" por la publicación en las redes sociales de vídeos en defensa de presos de los GRAPO. Tras analizar las publicaciones, el Tribunal afirma que no se infiere en absoluto que el acusado pretendiera justificar la comisión de los delitos de terrorismo o ensalzar a los que ejecutaron dichos actos. Para el Tribunal, lo que realmente se desprende de dichas publicaciones es un denodado afán por el acusado de divulgar una realidad social distorsionada. Así pues, concluye que "resulta obvio que esas publicaciones ni ensalzan ni justifican y mucho menos propician acciones terroristas; muy por el contrario, omiten toda referencia a dichas acciones, como ocultándolas, presentando a sus 'presuntos autores' o 'autores' como personas injustamente perjudicadas por la imputación o condena por delitos de terrorismo que jamás cometieron".[137]

En definitiva, en este período una parte de la jurisprudencia incorpora los dos elementos complementarios (la necesidad de valorar el riesgo creíble y la intencionalidad del autor a incitar a la violencia, siendo el mensaje una manifestación del discurso del odio) y pone de relieve la necesidad de evitar que la sanción penal limite la libertad de expresión. Al mismo tiempo, se van introduciendo interpretaciones que restringen éstos mismos conceptos. Así, por un lado, se interpreta que por riesgo ha de entenderse un "riesgo abstracto", definido como "aptitud" o "idoneidad". Por otro lado, la intencionalidad del autor se fija en el contenido mismo del mensaje, de tal manera que si el mensaje es claro (la motivación y las explicaciones posteriores son irrelevantes), existe intención. Para sustentar tales interpretaciones, se acude a jurisprudencia anterior a la STC 112/2016, a la STS en el asunto Strawberry (enero 2017), así como a sentencias anteriores del Supremo (2015-2016). Estas interpretaciones restrictivas quedarían por debajo del umbral establecido por la Directiva respecto de los requisitos de incitación y riesgo.

---

[135] Sentencia nº 4/2018 del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2018, FJ único.
[136] *Ídem.*
[137] Sentencia nº 28/2018 de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre, FJ primero.

2019

Destacamos la Sentencia 3/2019, de 23 de enero, que resuelve el recurso de apelación frente a la sentencia dictada por el Juez Central de Menores en el asunto de "La Insurgencia". La decisión reitera que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (cita sentencias de 2017 y 2018)[138], deben concurrir otros elementos adicionales y determinantes para sancionar la conducta: la intencionalidad, la existencia de algún tipo de incitación, aunque sea indirecta y una situación de riesgo para las personas, derechos de terceros o el sistema de libertades. Por tanto, la sanción sólo será legítima en la medida en que las expresiones se consideren una manifestación del discurso de odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo.[139]

A pesar de la jurisprudencia que cita y de los elementos a valorar, el Tribunal coincide con el juez de instancia en que las letras tienen la gravedad suficiente para encajar en el delito de enaltecimiento. También comparte con la sentencia de instancia que concurre el elemento intencional y que las expresiones se incardinan en el discurso del odio, en tanto que suponen la justificación del terrorismo, las organizaciones terroristas o sus miembros e incitan a la violencia.[140] Por último, también acepta que con los mensajes del acusado se potencia el riesgo de propagar la activación de actos terroristas dada la enorme difusión los mismos (ya que el canal en internet donde se difundían las canciones contaba con un alto número de suscriptores y visualizaciones).[141]

[138] Por ejemplo, STS 378/2017, de 25 de mayo; 560/2017, de 13 de julio; 79/2018, de 15 de febrero; 52/2018, de 31 de enero; y la STC 112/2016.
[139] Sentencia nº 3/2019 de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 23 de enero, FJ 2º, citando las STS 79/2018 de 15 de febrero, 378/2017 de 25 de mayo, 560/2017, de 13 de julio, 600/2017, de 25 de julio y STS 52/2018 de 31 de enero, así como la STC 112/2016.
[140] SAN 3/2019, FJ tercero.
[141] SAN 3/2019, FJ cuarto.

7.3 Sala de Apelación (2018)[142]

La primera decisión relevante, a efectos de este estudio, es la sentencia 1/2018 de la Sala de Apelación contra la SAN 10/2018, de 9 marzo, que condenó a los acusados por un delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas del terrorismo. En ella, la Sala afirma que "según la doctrina interpretativa del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, el bien jurídico protegido se pone en peligro si los mensajes enaltecen objetivamente el terrorismo y entran de lleno en el "discurso del odio" y para ello no es necesario acreditar si con posterioridad a los mismos se han producido disturbios sociales, alteraciones públicas, reconocimientos en las redes sociales, impacto en la opinión pública u otro tipo de reacciones"[143] (énfasis añadido).

Cita las sentencias del Tribunal Supremo -en el primer asunto contra el rapero-poeta Pablo Hasel (STS 106/2015, de 19 de febrero) y el asunto Strawberry (STS 4/2017, de 18 de enero), en asuntos en los que se concluyó que los mensajes publicados en las redes sociales integraban "el discurso del odio" y, por tanto, quedaban fuera de la libertad de expresión. En cuanto al elemento subjetivo, cita, entre otras, la STS 948/2016, que concluía que, de la mera lectura de las frases e imágenes publicadas, se deducía que eran "suficientemente expresivas de una voluntad concreta de alabar y justificar las acciones de organizaciones terroristas"[144] (énfasis añadido) y la STS 72/2018 que recuerda que el delito de enaltecimiento "no requiere un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar"[145] (énfasis añadido).

En virtud de lo anterior, concluye la Sala que las publicaciones buscan provocar hostilidad: "no son neutrales, sino incitadoras (con aptitud cierta) en abstracto a la adhesión a una estrategia basada en la violencia y el uso del terror, con pautas que

[142] Como hemos señalado anteriormente, esta Sala se creó tras una reforma legal de 2015 y dictó su primera sentencia en diciembre de 2017. Cabe indicar que La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo anuló en marzo de 2019 los nombramientos de los magistrados Enrique López y Eloy Velasco como miembros de la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, acordados en mayo de 2017 por el Consejo General del Poder Judicial. El Magistrado Enrique López ha sido el ponente de las Sentencias 4/2018, de 10 de julio; 6/2018, de 18 de julio; 8/2018, de 21 de septiembre, analizadas en el marco de este estudio de la Sala.
[143] Sentencia 1/2018 de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2018, FJ primero.
[144] Sentencia 1/2018, de la Sala de Apelación, de 21 de mayo, FJ segundo, citando STS 948/2016, de 15 de diciembre de 2016.
[145] Sentencia 1/2018, de la Sala de Apelación, de 21 de mayo, FJ segundo, citando STS 72/2018, de 9 de febrero.

se repiten y dirigidas contra los mismos sectores de la población (...) aptos e incitadores a que terceros abstractos se sumen a la cadena de terror indiscriminado medio de conseguir imponer creencias no compartidas por una enorme mayoría" (énfasis añadido) y así poniendo en riesgo nuestro sistema de libertades.[146] Por tanto, en esta primera decisión contiene ya la doctrina a seguir por la Sala: la literalidad de las expresiones o comentarios publicados es la base para establecer la existencia del delito de enaltecimiento así como del riesgo abstracto (apto), no siendo necesario que se produzca un impacto posterior.

La siguiente decisión analizada de la Sala de Apelación es el recurso del poeta-rapero Pablo Hasel. Uno de los argumentos de la defensa se refería a la inexistencia del delito de enaltecimiento conforme a la Directiva 2017/541. Indica la Sala que, al contrario de lo alegado por la defensa, la Directiva prevé el castigo del enaltecimiento en sus artículos 5 y 6, así como considerando 10º. También afirma la sentencia que la Directiva es de mínimos y que los Estados tienen margen de discreción a la hora de definir los delitos.

A continuación, la Sala hace una detallada descripción de la jurisprudencia en relación con los elementos del delito de enaltecimiento. En lo que respecta al elemento subjetivo, insiste en que "se comete el delito independientemente de las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar a una persona a actuar del modo en que lo hizo"(énfasis añadido), de tal forma que "el delito se comete si las expresiones tienen los elementos objetivos a los que se refiere" (citando la STS 90/2016, de 17 de febrero). [147] Asimismo, interpreta el dolo como "la conciencia y voluntad de que se está cometiendo un ilícito penal, el cual se constata mediante el examen objetivo de los mensajes publicados, sin que sea posible la integración de los mismos mediante explicaciones posteriores" (énfasis añadido), tal y como afirman las STS 820/2016, de 2 de noviembre y la STS 4/2017, de 18 de enero (asunto Strawberry).[148]

Y en cuanto al riesgo abstracto, que no concreto, para "que no conlleve un vaciamiento del tipo penal", la Sala cita las STS 52/2018 y 79/2018 (asunto Valtonyc)[149]. Afirma la Sala que el riesgo constituye un auténtico elemento del tipo, "sin que se exija la producción de resultado distinto del comportamiento mismo" es decir, no se requiere "una concreta puesta en peligro ex post" (énfasis añadido), de

[146] Sentencia 1/2018, de la Sala de Apelación, de 21 de mayo, FJ segundo.
[147] Sentencia 5/2018 de la Sala de Apelación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 14 de septiembre de 2018, FJ 4º.
[148] *Ídem.*
[149] En dicha STS 79/2018, de 15 de febrero, el Tribunal Supremo concluye que las letras de las canciones constituyen una manifestación del discurso del odio sin contextualizar la intención del autor, la voluntad de incitar a la comisión de delitos de terrorismo, ni cómo se crea una situación de riesgo de comisión de actos terroristas.

manera que "el riesgo predicado debe encontrarse ínsito en las manifestaciones".[150] Se extiende la Sala en definir lo que es aptitud ("la habilidad o postura que posee una persona o cosa para efectuar una determinada actividad") y como debe interpretarse el grado de probabilidad ("posibilidad real de futuro ataque y lesión al bien jurídico") no siendo necesario que se demuestre que dicho bien jurídico haya corrido peligro.

Concluye la Sala que sí concurre el riesgo abstracto que se da de manera objetiva por la literalidad de las manifestaciones realizadas, la cantidad de mensajes que se reiteran en el tiempo ("no son producto de un acaloramiento"), por la figura del autor (ya condenado con anterioridad por el mismo delito) y por el cuantioso número de seguidores al que van dirigidas (más de 54.000 seguidores). Se considera que, en su discurso (una manifestación del discurso del odio), el autor pretende desencadenar emociones de hostilidad, promoviendo el odio e intolerancia, incitando al uso de la violencia contra la Corona y las Fuerzas de Seguridad. Esto puede ocasionar ("aptitud") un incentivo indirecto a que alguno de los arengados pueda valorar de manera positiva la posibilidad de realizar un acto violento debido a ese "enardecimiento" y "peligrosidad intrínseca" de algunos tuits.[151]

Unos días después de la sentencia de apelación de Pablo Hasel, la Sala de Apelación dictó sentencia en el asunto del colectivo de rap "La Insurgencia". La Sala comienza haciendo una extensa exposición sobre la doctrina relativa al artículo 578, los límites a la libertad de expresión seguida, al igual que en el asunto Pablo Hasel, de un análisis pormenorizado de todos los elementos del delito. Cita las STS 90/2016, 820/2016 y la STS 4/2017 (asunto Strawberry) para insistir en que las motivaciones que llevan a una persona a actuar, así como sus explicaciones posteriores, son irrelevantes toda vez que las expresiones utilizadas sean inequívocamente ofensivas o ensalcen actos terroristas o a los miembros de una organización terrorista y con conciencia de que llegará al público.[152]

A continuación, la Sala hace 87 referencias al riesgo, reproduciendo de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, así como su propia sentencia en el asunto Pablo Hasel. La Sala resalta la STS 4/2017 (Strawberry), la STS 95/2018 (asunto Cassandra) que

[150] Sentencia 5/2018 de la Sala de Apelación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 14 de septiembre de 2018, FJ 4º.
[151] *Ídem.*
[152] Sentencia nº 6/2018 de la Sala de Apelación de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre, FJ 4º ("Entendemos que no es necesario esta reduplicación del dolo (…) siendo suficiente para ello en dichas las expresiones se utilizan unas palabras y unas frases tan alabadoras y ensalzadoras del terrorismo que no requieren de elaboradas y complejas argumentaciones para determinar cuál es el ánimo con que se actuó").

también se apoyó en la sentencia Strawberry, la STS 79/2018 (asunto del rapero Valtonyc), así como la 52/2018. La Sala insiste en "que el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, la idoneidad y aptitud para objetivamente convertir las expresiones en enaltecedoras o justificativas del terrorismo, junto con el conocimiento de su gravedad, determina la previsión [de] asunción por parte del autor de este riesgo abstracto"[153] (énfasis añadido). Y para valorar la idoneidad se tendrá en cuanta la persona del autor, el público al que va dirigido el mensaje, así como las circunstancias en las que se produce. Afirma la Sala que esta doctrina ya estaba definida por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia en el asunto Leroy c. Francia de la que cabe deducir que "para el TEDH, un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal ya puede ser considerado como un elemento que determina un riesgo abstracto". En definitiva, la Sala reitera que el riesgo abstracto se produce en función de la literalidad de las expresiones o mensajes, la persona del autor, el público al que van dirigidas, las circunstancias concretas y cuando se trata de una manifestación del discurso del odio que incita al uso de la violencia.

Aplicado esto al caso concreto, la Sala dice que lo importante no son ni los ritmos, ni la construcción musical, ni las rimas de las canciones, sino el texto de estas, y que el contenido de los mensajes sirve, por sí mismo, para acreditar una justificación y alabanza a los métodos violentos y a los miembros del grupo terrorista mencionado. Según la Sala "su literalidad es determinante para entender superados los requisitos tanto del elemento objetivo como del subjetivo de este tipo penal".[154] Para la Sala las letras de las canciones son una invitación al uso de acciones terroristas al presentar la violencia como una forma de defender los derechos políticos y combatir un modelo político injusto, es decir, persiguen que se produzca una hostilidad emocional que incite y promueva el odio y la intolerancia. Por tanto, se da el elemento de riesgo indirecto de incitación a cometer actos violentos de carácter terrorista por la cantidad de canciones publicadas, su reiteración en el tiempo, el alto número de usuarios del canal, en definitiva: "a raíz de las letras de las canciones (…) se ha generado un contexto apto para incrementar de forma mínima, que es suficiente, el peligro de comisión de delitos terroristas"[155] (énfasis añadido).

La Sala de Apelación de la Audiencia es la que con más contundencia realiza una interpretación restrictiva tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

[153] Sentencia nº 6/2018 de la Sala de Apelación de 18 de septiembre, FJ 4º, citando la STS 52/2018 y la STS 79/2018.
[154] Sentencia nº 6/2018 de la Sala de Apelación de 18 de septiembre, FJ 4º.
[155] *Ídem*. La Sala utiliza los mismos argumentos expuestos en este apartado en la Sentencia nº 8/2018 de la Sala de Apelación, de 21 de septiembre de 2018 (recurso contra SAN 12/2918, de 25 de mayo). La Sentencia 3/2019 de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, de 16 de marzo (recurso contra la SAN 40/2018, de 22 de noviembre) tampoco añade argumentos adicionales a los expuestos en esta sección.

como del Tribunal Supremo en relación con los nuevos conceptos o elementos a valorar en la concurrencia del delito de enaltecimiento: (1) la intencionalidad es sustituida por el análisis del contenido literal de los mensajes y se vuelve a interpretar que alabar y justificar es suficiente para estimar la intención del autor (sus motivaciones o explicaciones siendo irrelevantes); (2) de la necesidad de constatar de manera objetiva la importancia y la verosimilitud del riesgo creado por los mensajes para personas o derechos pasamos a una "aptitud" o "idoneidad" que no exige una concreta puesta en peligro posterior. La interpretación tan limitada de este requisito no parece ser muy acorde con las previsiones de la Directiva; (3) la amplia interpretación que se da al discurso del odio y (4) la facilidad con la que se limita la libertad de expresión para proteger bienes superiores a dicha libertad (la "seguridad colectiva").

7.4 Las sentencias del Tribunal Supremo (2017-2019)

Las dos primeras sentencias del Tribunal Supremo de 2017 analizadas[156] en el marco de este estudio citan la STC 112/2016 para argumentar que la libertad de expresión puede limitarse de forma legítima cuando se trata de manifestaciones del discurso del odio por propiciar o alentar una situación de riesgo. Asimismo, en cuanto a la incitación, una de las decisiones se apoya en la doctrina Strawberry (STS 4/2017, de 29 de marzo), es decir, que basta con tener plena conciencia y voluntad de difundir un mensaje que contiene acciones violentas de un grupo terrorista para castigar por el delito de enaltecimiento.[157]

En la STS 354/2017, de 17 de mayo, el Supremo resuelve un recurso de casación contra la sentencia de instancia (SAN 39/2016, de 30 de noviembre) que había condenado al acusado por un delito de auto-adoctrinamiento (art. 575 CP) y absolviendo del delito de enaltecimiento (art. 578 CP). La defensa del recurrente alega que los hechos, a lo sumo y de forma subsidiaria, podrían constituir un delito de provocación al terrorismo del artículo 579 del Código Penal. Tras examinar el material (vídeos, fotografías y documentos) de corte yihadista publicado en el muro de la red social Facebook del acusado, el Tribunal Supremo concluye que incitan al odio al justificar y enaltecer de manera clara la guerra que mantiene el Estado islámico contra los no musulmanes.[158]

[156] Sentencia del Tribunal Supremo 206/2017, de 28 de marzo (recurso contra SAN 24/2016, de 19 de julio) y Sentencia nº 221/2017, de 29 de marzo (recurso contra SAN 28/2016, de 21 de septiembre). La STS 206/2017 sigue la jurisprudencia del Supremo STS 846/2015, de 30 de diciembre con cita de la STS 224/2010, de 3 de marzo, relativa al acto humillante y vejatorio.
[157] Sentencia del Tribunal Supremo nº 221/2017, de 29 de marzo.
[158] STS nº 354/2017, de 17 de mayo, Fundamentos de Derecho cuarto, 5 y 6.

El Tribunal Supremo afirma que "a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza"[159] (enaltecimiento del terrorismo) debe realizarse un análisis particularmente riguroso de la literalidad de las expresiones, del sentido con que se hicieron, el contexto, las concretas circunstancias del caso, ocasión y escenario para determinar con claridad el significado utilizado y poder hacer una ponderación equilibrada. Asimismo, resalta la STC 112/2016 en cuanto a qué expresiones excluyentes dejan de ser un ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información para convertirse en discurso de odio. El Tribunal Supremo apela al artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos humanos que prohíbe el abuso de derecho y cómo ha sido aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en concreto, explica el asunto Norwood c. Reino Unido, decisión de inadmisión de 2004). Finalmente, se refiere al asunto Leroy c. Francia (2008) donde el TEDH no exigió "la presencia de un riesgo cierto o de un peligro creíble de que se cometieran nuevos atentados terroristas que pudiera derivarse de la expresión en atención a las circunstancias del caso",[160] pues deriva de la propia naturaleza y los métodos del terrorismo internacional, de corte yihadista. Concluye el Tribunal que "la potencialidad para incitar a su comisión a través de meros mensajes genéricos resulta acreditada. De ahí, el peligro creíble"[161] (énfasis añadido). Es decir, el terrorismo yihadista internacional utiliza unas técnicas de marketing propias para persuadir a la sociedad que por sí evidencian una "incitación indirecta y riesgo o peligro de aptitud (abstracto-concreto) de comisión de infracción terrorista"[162] (énfasis añadido).

La siguiente sentencia analizada es la 72/2018, de 9 de febrero, que resuelve un recurso de casación contra la condena por la publicación de tuits "yihadistas" y machistas en la red social Twitter como autor de un delito de enaltecimiento y un delito de incitación al odio (artículo 510 CP). Afirma el Tribunal que el artículo 578 del Código Penal no requiere una concreta incitación, "sino la genérica conducta de enaltecer o justificar" una actuación terrorista.[163] No obstante, para que se pueda castigar la conducta se necesita "una cierta concreción de lo que se enaltece o justifica de manera que suponga no un comentario genérico, sino una justificación del acto o de la banda terrorista"[164] (énfasis añadido). En cuanto al elemento subjetivo, se cumple "con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción

[159] STS nº 354/2017, de 17 de mayo, Fundamentos de Derecho quinto, 2, citando las STS 812/2011, de 21 de julio, STS 32/2011 de 2 de febrero, STS 2016/0217, de 28 de marzo y STS 224/2010, de 3 de marzo.
[160] STS 354/2017, Fundamentos de Derecho quinto, 6.
[161] *Ídem.* En este punto, la sentencia cita el Preámbulo de la LO 2/2015.
[162] STS 354/2017, Fundamentos de Derecho quinto, 7.
[163] Sentencia del Tribunal Supremo nº 72/2018, de 9 de febrero, Fundamentos de Derecho único.
[164] *Ídem.*

momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no haya sido capaz de controlar".[165]

El Supremo considera que el discurso del odio es claro. Pero entiende que no se da la misma intensidad en relación con el delito de enaltecimiento pues las expresiones son demasiado genéricas, desprovistas de un contenido terrorista. Sin embargo, la sentencia llega a una conclusión sorprendente: las expresiones relativas al terrorismo se incluyen dentro del delito más genérico del artículo 510 CP, "para darles un tratamiento unitario y conjunto".[166]

El siguiente asunto resuelto por el Tribunal Supremo es el recurso de Cassandra Vera (95/2018, de 26 de febrero) contra la condena a un año de prisión por humillar a las víctimas del terrorismo. En primer lugar, resalta el Tribunal Supremo que, a pesar de que la Audiencia Nacional hace referencia a distintas sentencias del Supremo, no explica cómo las mismas son de aplicación al caso concreto. A continuación, afirma que no todo mensaje inaceptable o que cause el rechazo de la sociedad debe considerarse delito, pues la acción penal debe reservarse para las acciones más graves. Haciendo una detallada labor de contextualización, el Supremo declara que este asunto queda fuera del ámbito del artículo 578 del Código Penal por los siguientes motivos: la acusada se centra en repetir chistes ya conocidos en las redes sociales sobre la forma en que se produjo el atentado; el atentado tuvo lugar hace 44 años por lo que es un hecho histórico, "un suceso histórico cuyo comentario en clave de humor no puede tener la misma trascendencia que un acontecimiento reciente";[167] la edad de la acusada cuando publicó los mensajes (18 años), y que no contienen expresiones hirientes o ultrajantes contra la persona de la víctima, mofándose únicamente de la forma en que se produjo el atentado. Es por ello por lo que la respuesta penal no es proporcionada. El Tribunal Supremo estima que no concurren los elementos de gravedad del discurso del odio.

Concluye que "no se da ninguna de las circunstancias referidas en los criterios señalados en la jurisprudencia del TC [cita la STC 112/2016], dado que el acusado ni dio muestras con su conducta de que estaba pretendiendo incitar a la violencia abusando de un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, ni provocaba al odio hacia grupos determinados, ni tampoco se valía de mofarse del atentado contra un expresidente de Gobierno ocurrido hace más de cuarenta años con intención de justificarlo o de incitar a nuevos atentados"[168] (énfasis añadido).

---

[165] *Ídem.*
[166] *Ídem.*
[167] Sentencia del Tribunal Supremo nº 95/2018, de 26 de febrero, Fundamentos Jurídicos Segundo, 4.
[168] *Ídem.*

A continuación, analizamos la STS 334/2018, de 4 de julio, en el asunto Miguel Ángel Blanco: el acusado fue condenado por un delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas del terrorismo por publicar vídeos y comentarios en las redes sociales de Facebook y Youtube atacando a dicha víctima con ocasión de la dedicatoria de una calle en Madrid. El Tribunal Supremo parte de que "nos encontraríamos, en su caso, en la [vertiente] de 'humillación de las víctimas del terrorismo', ya que no existe un riesgo o una potencialidad respecto al enaltecimiento de terrorismo en este caso"[169] (énfasis añadido). El Supremo recuerda que corresponde valorar las circunstancias concretas en las que el acto humillante se produce, las frases en que se materializa, su ocasión y escenario, debiendo tener en cuenta no solo la literalidad de las expresiones sino también el sentido y la intención con que han sido utilizadas y el contexto.[170]

Entiende el Tribunal que, en este caso, se produce una situación fronteriza entre la vía penal y la civil. El mensaje publicado por el acusado es contradictorio y ambiguo, por un lado, el acusado se queja por dedicar una calle al político asesinado, pero, por otro lado, muestra repulsa a las actuaciones llevadas a cabo por ETA. Finalmente, concluye que debe absolverse al acusado. Eso sí, advierte

> "la necesidad de que se adopten medidas organizativas en los prestadores de servicio para cortar la difusión inmediata de expresiones como las aquí contempladas que se exceden del objetivo de estas redes de comunicación y que, obviamente, pueden ofender a personas afectadas por estas expresiones, pero en el terreno del derecho penal debe estarse al caso concreto en estos casos, como se ha expuesto."[171]

La última resolución examinada en el marco de este estudio es la STS 47/2019, de 4 de febrero. Comienza el Tribunal afirmando que el derecho a la libertad de expresión no cubre aquellos hechos que supongan una lesión o creación de riesgo o peligro que puede ser abstracto, pero real, para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos. El enaltecimiento del terrorismo y el menosprecio a las víctimas son delitos de odio específicos que requieren una específica potencialidad de riesgo:

> "Cuando la variedad del discurso del odio se concreta en el terrorismo, a ese ánimo subjetivo, agresivo, se suma la finalidad terrorista exigiendo la generación

[169] Sentencia del Tribunal Supremo nº 334/2018, de 4 de julio, Fundamento de Derecho tercero, 1 y 2. Cita las STS 95/2018, de 26 de febrero, STS 846/2015, de 30 de diciembre y la STS 656/2007, de 17 de julio.
[170] Citando las STS nº 224/2010, de 3 de marzo y la STS nº 31/2011, de 2 de febrero.
[171] STS nº 334/2018, de 4 de julio, Fundamentos de Derecho tercero, 3.

> de un peligro que será concreto (art. 579 CP) o de aptitud de riesgo y peligro (art. 578 CP) (…). En nuestro ordenamiento penal, las figuras previstas en los artículos 510, 578 y 579 CP, se corresponden con delitos de odio, el primero genérico, en tanto que los otros dos son específicos. Precisamente por tratarse de terrorismo la tipicidad requiere una específica potencialidad de riesgo en los términos anteriormente señalados"[172] (énfasis añadido).

A continuación, el Supremo repasa la jurisprudencia cambiante del Tribunal Constitucional requiriendo, por un lado, "la creación de un peligro, que aunque sea abstracto, debe ser real para la integridad de sus bienes jurídicos" (STC 285/2007 y 235/2007) y como "junto a esa Sentencia, otras sostienen una posición menos estricta del discurso del odio y ya no exigen, en los términos expuestos, esa creación de riesgo" (por ejemplo, la STC 177/2015).[173] También se refiere a la diferencia entre los dos apartados del artículo 578 y como no es necesaria la puesta en peligro cuando estamos en la vertiente de menosprecio a las víctimas (toda vez que con las acciones realizadas contra las víctimas o sus familiares se incrementa el padecimiento y ahonda en la herida, por ejemplo, STS 826/2015, de 30 de diciembre, así como la STS 72/2918, de 25 de enero).

La resolución se detiene asimismo en una de las sentencias consideradas más vanguardista y garantista del Tribunal Supremo, la STS 378/2017, de 17 de mayo, que casaba la resolución de instancia y absolvía al condenado:

> "por ello cabe reclamar lo que denomina 'elemento tendencial', aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal. A esa exigencia, referida a la intención del sujeto activo [de incitar, aunque indirectamente, a la comisión de delitos de terrorismo], se une otra exigencia que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatarse objetivamente: una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Y advierte [la STC 112/2016] de la trascendencia de esa exigencia como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal (…) De ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como 'aptitud' ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas".[174] (énfasis añadido)

[172] Sentencia del Tribunal Supremo nº 47/2019, de 4 de febrero, Fundamentos de Derecho segundo.
[173] STS nº 47/2019, de 4 de febrero, Fundamentos de Derecho segundo.
[174] STS nº 47/2019, de 4 de febrero, Fundamentos de Derecho tercero.

Concluye el Tribunal Supremo que, en el caso que se analiza, los mensajes difundidos a través de las redes sociales alabando al Estado Islámico contienen un potencial de provocar un riesgo real.

En definitiva, las primeras sentencias analizadas de principios de 2017 son más cercanas a posturas más restrictiva, siguiendo la doctrina de la STS 4/2017 y citando la STC 112/2016, estrictamente para justificar que se puede limitar la libertad expresión cuando existe un discurso de odio. Asimismo, hemos visto que los mensajes genéricos en el contexto del terrorismo yihadista valen por sí mismos para acreditar el elemento de riesgo mientras que, en otros casos, se exige cierta concreción. A mediados de 2017 se produjo un cambio que supuso un avance con la STS 378/2017. La sentencia en el asunto Cassandra sigue esta línea jurisprudencial. No obstante, cabe señalar que la STS 79/2018 (asunto Valtonyc, que no ha sido objeto de este estudio) supone una marcha atrás, siendo además citada por la Sala de Apelación en varias de sus decisiones más restrictivas de la libertad de expresión.

8. Conclusiones

Tras el estudio realizado, una primera constatación es que los tipos de terrorismo son tan abiertos y ambiguos que los mismos hechos admiten ser considerados como integración y/o colaboración en organización terrorista, captación, adoctrinamiento, auto-adoctrinamiento o enaltecimiento o justificación del terrorismo. Por ejemplo, en 5 casos (16% del total analizado) la acusación lo fue por un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del Código Penal y por un delito de adoctrinamiento o auto-adoctrinamiento (artículo 575 CP). En uno de ellos (SAN 15/2018, de 11 de mayo), el Tribunal se decantó por delito de adoctrinamiento, dentro del cual se subsumía el de auto-adoctrinamiento y enaltecimiento, condenando por el más grave para evitar caer en la prohibición non bis in idem. En otro caso (SAN 10/2018, de 9 marzo), se acusó por un delito de integración en organización terrorista, alternativa y subsidiariamente, por los delitos de adoctrinamiento activo o auto-adoctrinamiento con finalidad de integración y/o colaboración en organización terrorista y un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas; finalmente, destacar también la SAN 12/2018, de 26 de abril, donde el Fiscal formuló acusación por un delito de integración en organización terrorista (arts. 571 y 572 CP), un delito de colaboración con organización criminal (art. 577 CP), un delito de adoctrinamiento (art. 575 CP) y un delito de enaltecimiento (art. 578 CP). Este tipo de calificaciones jurídicas múltiples se producen en el contexto de casos por terrorismo "yihadista/DAESH" (un 71% de este tipo de asuntos). Por tanto, el que unos mismos hechos puedan ser objeto de múltiples acusaciones, pone en riesgo el principio de legalidad penal y el derecho a un juicio con todas las garantías.

En cuanto a la evolución jurisprudencial, en 2016 y en los primeros meses de 2017, la Audiencia Nacional se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirma que con la mera alabanza o justificación genérica es suficiente para aplicar el delito de enaltecimiento del terrorismo. Esto chocaría con los estándares legales internacionales expuestos en el apartado 6 de este informe.

Ejemplos de malas prácticas los encontraríamos en las sentencias de la Audiencia Nacional en los asuntos Cassandra Vera (SAN 9/2017, de 29 de marzo, que se apoya en la STS 4/2017, de 18 de enero, asunto Strawberry, que hizo una interpretación literal y descontextualizada de la conducta del autor, afirmando que la voluntad o intención del autor es irrelevante) y el colectivo de "la Insurgencia" (SAN 34/2017, de 4 de diciembre).

Es hacia mediados del año 2017 que nos encontramos con resoluciones que introducen, siguiendo los criterios fijados por la STC 112/2016, los dos elementos

adicionales necesarios a la hora de establecer si se cumple el tipo penal, así: la necesidad de valorar de manera objetiva un incremento de la situación de riesgo y la intención del autor de incitar a la violencia. La STS 378/2017 supuso un cambio y un avance (si bien no ha formado parte del presente estudio por no incluirse dentro del marco metodológico, sí ha sido referenciada por múltiples sentencias tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo). Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo que casa la sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto Cassandra Vera (STS 95/2018, 26 de febrero) sigue esta línea jurisprudencial.

En 2018 se observa que parte de la jurisprudencia más garantista se apoya en la STC 112/2016 para exigir una voluntad de querer incitar a la comisión de un delito de terrorismo y una situación de riesgo (que son los dos requisitos exigidos por la Directiva 2017/541). No obstante, también se va matizando restrictivamente cómo se deben interpretar estos conceptos. Por ejemplo, de requerirse la constatación de una objetiva situación de riesgo, que aumente las probabilidades de que se lleven a cabo actos terroristas, pasamos a la mera "idoneidad" para crear una situación de riesgo. Esta interpretación del riesgo quedaría muy por debajo del estándar requerido por la Directiva. Una buena práctica de esta época es la sentencia 3/2018 del Juzgado Central del Menores de la Audiencia Nacional, en el asunto del menor miembro de "la Insurgencia", que valora las circunstancias y el contexto del caso para concluir que ni hay incitación, ni peligro o riesgo para la comisión de actos terroristas. Sin embargo, esta decisión es anulada con posterioridad por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (SAN 26/2018, de 24 de julio). Otra parte de la jurisprudencia, en un claro retroceso, insiste que la intencionalidad del autor se fija en el contenido mismo del mensaje, de tal manera que, si dicho mensaje es claro, existe intención siendo irrelevantes la motivación y cualquier tipo de explicación posterior. Para sustentar tales interpretaciones, se acude a sentencias del Tribunal Supremo de 2015-2016 y la STS 4/2017, asunto Strawberry).

Observamos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 35/2020, de 20 de febrero, 112/16, de 16 de marzo y 177/2015, de 22 de julio) que llamaba a la obligación del juzgador de ponderar la gravedad de los hechos para evitar que el derecho penal pudiera ser utilizado como freno del ejercicio de derechos fundamentales no ha sido tenida en cuenta por los tribunales. La proporcionalidad en la aplicación de la sanción penal, otra de las claves señaladas por parte de la jurisprudencia existente más garantista, tampoco ha sido tenida en cuenta por la Audiencia Nacional.

Por otra parte, la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional es el tribunal que, con mayor contundencia, realiza una interpretación amplia y menos garantista de los elementos del delito de enaltecimiento, restringiendo los derechos de libertad de expresión y opinión en todas las decisiones analizadas. Para ello, la Sala acude a criterios jurisprudenciales ya superados, especialmente, en relación con los elementos de incitación y riesgo. Para la Sala de Apelación, la intencionalidad es sustituida por el análisis del contenido literal de los mensajes, siendo la literalidad de las expresiones la base para establecer la incitación y el riesgo. En concreto, el riesgo abstracto que requiere el tipo es interpretado con una amplitud tal que en el mismo parece caber cualquier posible situación, no siendo necesario que se produzca ningún impacto posterior. Además, sus decisiones son una acumulación de extractos de las sentencias de Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que se repiten en varias partes de las resoluciones, a veces sin explicación clara de su relevancia para el caso concreto. Asimismo, la Sala hace una amplia interpretación del discurso del odio que justifica en jurisprudencia del TEDH, si bien la jurisprudencia citada es recurrente y se refiere a un limitado número de sentencias no muy recientes. También la Sala de Apelaciones acude a la Directiva 2017/541 para justificar sus interpretaciones, sin embargo, la postura mantenida por la Sala de Apelación difícilmente se compadece con el texto de la Directiva, quedando muy por debajo del umbral establecido por la Directiva respecto de los requisitos de incitación y riesgo.

De lo anterior, podemos finalmente concluir que la jurisprudencia es tan errática, con interpretaciones tan opuestas entre sí e imprevisibles, que genera una gran inseguridad jurídica en violación del principio de legalidad. Los tribunales españoles, al contrario que el TEDH, que sigue la línea del riesgo real e inminente, optan por la aplicación de un concepto de riesgo abstracto que adelanta de manera preocupante la barrera de protección penal pudiendo afectar gravemente -como hemos visto a lo largo del análisis jurisprudencial- a la libertad de expresión.

Esta interpretación extensiva que realizan en algunos casos los tribunales españoles extiende la eficacia intimidatoria derivada de la función preventiva de la norma penal a conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, sancionando éstas de manera desproporcionada. Recordemos, que este aspecto también ha sido señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, considera tanto la gravedad de la pena impuesta, como el efecto paralizante o disuasorio (chilling effect) que genere la norma, factores relevantes a la hora de valorar la proporcionalidad de la misma.

9. Recomendaciones

Al legislador:

- Derogar el artículo 578 del Código Penal y reformar el artículo 579 a la luz de los requisitos exigidos por el artículo 5 de la Directiva 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizada en este informe.

- Alternativamente, modificar la redacción del artículo 578 del Código Penal de la siguiente forma:

El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, se castigará [...], siempre y cuando dicha conducta se cometa con la intención subjetiva de incitar a la comisión de uno de los delitos de este capítulo y generando con ello un peligro real, claro e inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos como consecuencia.

Al Poder Judicial:

- Que los tribunales hagan una interpretación del artículo 578 del Código Penal conforme a los estándares legales internacionales y de los requisitos exigidos por la Directiva 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo,

    a. siguiendo la línea jurisprudencial más garantista analizada en el presente informe y, en particular, de conformidad con los criterios y principios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;

    b. interpretando de forma estricta las limitaciones a la libertad de expresión; y

    c. llevando a cabo una valoración aceptable de los hechos, aportando razones suficientes, sólidos y pertinentes.

- En la próxima causa que se incoe por el delito del artículo 578 del Código Penal, que se plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que aclare la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2017/541, dado que no se ha pronunciado hasta la fecha sobre tal cuestión, y con el fin de determinar la compatibilidad de la normativa nacional (el artículo 578 del Código Penal) con el derecho de la Unión Europea.

- A la vista de la falta de uniformidad de la jurisprudencia en esta materia, que se convoque por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo un pleno no jurisdiccional para unificar la interpretación de los artículos 578 y 579 del Código Penal y se cumpla con los criterios y principios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A la Fiscalía General del Estado:

- Que dicte una circular que fije las pautas interpretativas del delito de enaltecimiento del terrorismo tipificado en el artículo 578 del Código Penal, complementaria a la Circular 7/2019 sobre delitos de odio del artículo 510, teniendo en cuenta los estándares legales internacionales de derechos humanos, en particular:

    a) La prevalencia del derecho fundamental a la libertad de expresión y de ideología.

    b) La proporcionalidad en la aplicación de la sanción penal.

    c) La aplicación de los criterios establecidos en la Directiva 2017/541 y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intencionalidad subjetiva, valorando las circunstancias concretas del caso, contexto, contenido del mensaje, el interés general y la necesidad objetiva de la existencia de un peligro real, claro e inminente para terceros o para la sociedad en general derivada de la conducta.

ANEXOS

ANEXO I

	Código Penal (LO 7/2000* y 5/2010**)	LO 2/2015, Código Penal
Artículo 578	*El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.	1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57. 2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información. 3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado. 4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos. Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión. b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores. 5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.

Artículo 579	**1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores. Cuando no quede comprendida en el párrafo anterior o en otro precepto de este Código que establezca mayor pena, la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión, será castigada con la pena de seis meses a dos años de prisión. 2. Los responsables de los delitos previstos en este Capítulo, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, serán también castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente. 3. A los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor. 4. En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado, y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.	1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo. 2. La misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa. 3. Los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo se castigarán también con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a los hechos previstos en este Capítulo. 4. En los casos previstos en este precepto, los jueces o tribunales podrán adoptar las medidas establecidas en los apartados 4 y 5 del artículo anterior.

ANEXO II

Relación de sentencias analizadas

Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

2016:

1. SAN 25/2016, de 3 de junio, Sección 4ª
2. SAN 24/2016, de 19 de julio, Sección 3ª
3. SAN 28/2016, de 21 de septiembre, Sección 3ª
4. SAN 30/2016, de 22 de septiembre, Sección 3ª
5. SAN 36/2016, de 16 de noviembre, Sección 3ª
6. SAN 39/2016, de 30 de noviembre, Sección 3ª

2017:

7. SAN 2/2017, de 26 de enero, Sección 4ª
8. SAN 4/2017, de 28 de febrero, Sección 1ª
9. SAN 9/2017, de 29 de marzo, Sección 4ª (asunto *Cassandra Vera*)
10. SAN 15/2017, de 29 de marzo, Sección 1ª
11. SAN 11/2017, de 21 de abril, Sección 4ª
12. SAN 13 /2017, de 9 de mayo, Sección 4ª
13. SAN 14/2017, de 14 de junio, Sección 3ª
14. SAN 22/2017, de 25 de julio, Sección 4ª
15. SAN 34/2017, de 4 de diciembre, Sección 4ª (asunto *La Insurgencia*)
16. SAN 39/2017, de 15 de diciembre, Sección 4ª

2018:

17. SAN 3/2018, de 15 de enero, Sección 4ª
18. SAN 6/2018, de 1 de marzo, Sección 2ª
19. SAN 3/2018, de 2 de marzo, Sección 1ª (asunto *Pablo Hasel*)
20. SAN 10/2018, de 9 de marzo, Sección 2ª
21. SAN 11/2018, de 15 de marzo, Sección 2ª
22. SAN 10/2018, de 6 abril, Sección 4ª
23. SAN 12/2018, de 26 de abril, Sección 4ª
24. SAN 15/2018, de 11 de mayo, Sección 1ª
25. SAN 12/2018, de 25 de mayo, Sección 3ª
26. SAN 30/2018, de 28 de junio, Sección 2ª
27. SAN 21/2018, de 29 de junio, Sección 3ª
28. SAN 23/2018, de 9 de julio, Sección 3ª
29. SAN 26/2018, de 24 de julio, Sección 3ª (recurso de nulidad contra SJCM 3/2018, de 6 de junio, menor *La Insurgencia*)
30. SAN 28/2018, de 21 de noviembre, Sección 4ª (asunto *Resistencia Films*)
31. SAN 40/2018, de 22 de noviembre, Sección 2ª

2019:

32. SAN 2/2019, de 23 de enero, Sección 1ª
33. SAN 3/2019, de 23 de enero, Sección 3ª (recurso contra SAN 4/2018, de 7 noviembre – menor *Insurgencia*)
34. SAN 6/2019, de 19 de febrero, Sección 1ª

Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional

35. 3/2018, de 6 de junio (menor *Insurgencia*)
36. 4/2018, de 7 de noviembre (menor *Insurgencia*)

Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional

37. 1/2018, de 21 de mayo (contra SAN 10/2018, de 9 marzo)
38. 4/2018, de 10 de julio (contra SAN 11/2018, de 15 marzo)
39. 5/2018, de 14 de septiembre (contra SAN 3/2018, de 2 marzo, *Pablo Hasel*)
40. 6/2018, 18 de septiembre (contra SAN 34/2017, de 4 diciembre -*La Insurgencia*)
41. 8/2018, de 21 de septiembre (contra SAN 12/2018, de 25 mayo)
42. 3/2019, de 19 de marzo (contra SAN 40/2018, de 22 noviembre)

Tribunal Supremo

43. STS 206/2017, de 28 de marzo (contra SAN 24/2016, de 19 julio)
44. STS 221/2017, de 29 de marzo (contra SAN 28/2016, de 21 septiembre)
45. STS 354/2017, de 17 de mayo (contra SAN 39/2016, de 30 noviembre)
46. STS 72/2018, de 9 febrero (contra SAN 2/2017, de 26 enero)
47. STS 95/2018, de 26 de febrero (contra SAN 9/2017, de 29 marzo, asunto *Cassandra Vera*)
48. STS 334/2018, de 4 de julio (contra SAN 22/2017, de 25 julio)
49. STS 47/2019, de 4 de febrero (contra SAN 10/2018, de 9 marzo)