

EL DELITO DE ENALTECIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN PÚBLICA DEL TERRORISMO COMO EXPRESIÓN DEL DISCURSO DEL ODIO: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN TORNO A LA EXIGENCIA DE GENERAR UN RIESGO¹

Carlos Fernández Abad

Profesor Permanente Laboral

Universidad Rey Juan Carlos

Title: The Offense of Glorification and Public Justification of Terrorism as an Expression of Hate Speech: A Critical Approach to the Supreme Court's Jurisprudence Regarding the Requirement to Create a Risk

Resumen: La STC 112/2016, de 20 junio, concibe el delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo como una expresión del discurso del odio que penaliza la generación o el mantenimiento de un clima de hostilidad que, a la postre, puede devenir en la comisión de futuros delitos de terrorismo. En este sentido, el objeto principal de este artículo estriba en examinar cómo ha valorado el Tribunal Supremo el requisito referido a la necesidad de que, con la conducta enaltecedora o justificadora, se ocasione una situación de riesgo para los derechos de terceros o el sistema de libertades. Para ello, se analizan todas las sentencias que, desde la publicación de la STC 112/2016, de 20 de junio, ha

¹ Este artículo queda inmerso en la participación del autor en el Proyecto de Investigación “Hacía un Convenio Internacional Integral sobre el uso delictivo de las TIC: Ciberterrorismo y Discurso de Odio en un Marco de Libertad de Expresión y Responsabilidad” (PID2022-136943OB-I00), cuyos Investigadores Principales son los Profesores Francisco Jiménez García y Beatriz García Sánchez, ambos de la Universidad Rey Juan Carlos.

dictado el Tribunal Supremo sobre el delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo, llegándose a la conclusión de que el citado órgano jurisdiccional ha realizado esta operación de una forma muy superficial que, además de generar una importante confusión e inseguridad jurídica, sigue otorgando una relevancia decisiva a la literalidad de los mensajes emitidos.

Palabras clave: enaltecimiento y justificación pública del terrorismo; discurso del odio; situación de riesgo; Tribunal Supremo

Abstract: STC 112/2016, of 20 June, conceives the crime of glorification and public justification of terrorism as an expression of hate speech that criminalizes the generation or maintenance of a climate of hostility that, in the end, can result in the commission of future crimes of terrorism. In this sense, the main goal of this article is to address how the Supreme Court has assessed the risk situation which is the glorifying or justifying conduct produces in rights people and system of freedom. For this purpose, all the Supreme Court judgments on the crime of glorification and public justification of terrorism are analyzed since STC 112/2016, of 20 June, reaching the conclusion that this operation has been carried out in a very superficial way that, in addition to generating significant confusion and legal uncertainty, continues to give decisive relevance to the literal content of publications.

Keywords: glorification and public justification of terrorism; hate speech; risk situation; Supreme Court

1. Introducción

La LO 7/2000, de 22 de diciembre, introdujo en el ordenamiento jurídico español los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. En este sentido, en su redacción originaria, el artículo 578 del Código Penal (en adelante, CP) castigaba con la pena de uno a dos años de prisión dos conductas diferentes: de un lado, el enaltecimiento o la justificación, por cualquier medio de difusión pública o expresión, de los delitos de terrorismo o sus autores; y del otro, la realización de actos que entrañen descrédito, menoscenso o humillación a las víctimas de estos delitos o sus familiares. Según la Exposición de Motivos de la citada Ley, su tipificación vendría motivada por la necesidad de penalizar toda una serie de conductas que no solo suponen un refuerzo y apoyo de actuaciones criminales muy graves que favorecen su sostenibilidad y perdurabilidad en el tiempo sino que, simultáneamente, también contribuyen a que las organizaciones y grupos terroristas consigan sus objetivos. De este modo, enfatizaba el Legislador que no se trata en ningún caso de prohibir el elogio o la defensa de doctrinas, por muy contrarias que sean al orden constitucional, así como tampoco de opiniones

subjetivas, sino 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”².

La doctrina jurídico-penal, desde un comienzo, se mostró particularmente crítica con la introducción de este precepto en el Código Penal³, especialmente en su vertiente referida al enaltecimiento y la justificación de los delitos de terrorismo⁴. Así, entre otras críticas, no solo se puso de relevancia cómo su vocación expansiva supone la penalización de una modalidad de apología con sustantividad propia que, al no requerir la concurrencia de ningún tipo de incitación —al menos, según se desprende de la literalidad del tipo—⁵, encaja difícilmente con los principios limitadores del *ius puniendi* y pone en cuestión determinados derechos fundamentales —más concretamente, el de libertad de expresión—⁶, sino que, además, también se llegó a calificar como una expresión más de un Derecho Penal del Enemigo que no tiene lugar en el marco definido por

² 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.

³ En este sentido, véase a modo de ejemplo, CANCIO MELIÁ, M. “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000”, *Jueces para la Democracia*, n.º 44, 2002, pp. 19-26; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. “La tipificación de conductas de apología del delito y el derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, pp. 893-916; CUERDA ARNAU, M. L. “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 128, 2007, pp. 89-122; FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Sobre el contenido y la evolución del Derecho Penal tras la LO 5/2000 y LO 7/2000”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 4, 2016, pp. 1-62.

⁴ Así, CANCIO MELIÁ sostiene que el art. 578 CP acoge dos conductas diferentes de las cuales la tipificación de una resulta mucho más cuestionable que la otra. En este sentido, CANCIO MELIÁ, M. “Discurso terrorista, discurso de odio y el delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 del Código Penal): ¿riesgo o imposición de una determinada visión del pasado?”, *Azafea, Revista de Filosofía*, n.º 23, 2021, pp. 135-164.

⁵ Sobre esta cuestión, cabe recordar que el art. 18 CP dispone que “es apología, a los efectos de este Código, 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. La apología solo será delictiva como forma de provocación y sí por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”. De este modo, como se puede observar, el Código Penal de 1995 acogió en su articulado un significado de apología restrictivo en el que esta solo resulta punible cuando existe una incitación directa a cometer un delito. Sobre este particular, véase especialmente, VIVES ANTÓN, T. S. “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXV, 2005, pp. 401-441.

⁶ ALONSO RIMO, A. “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a época, n.º 4, 2010, p. 15.

un Estado Democrático de Derecho⁷. Estas objeciones, por su parte, se vieron en gran medida reforzadas por la sucesión de toda una serie de resoluciones judiciales que, atendiendo a una interpretación estrictamente literal del tipo, llegaron a sancionar con penas de prisión conductas aparentemente inofensivas desde el punto de vista penal —lo que, por supuesto, no obsta para que sean reprochables moralmente o sancionadas a través de otras ramas jurídicas— como realizar una pintada con el símbolo de ETA en una marquesina⁸ u ondear una bandera de esta misma organización terrorista en un partido de fútbol⁹.

La reforma operada por la LO 2/2015, por la que se modifica el Código Penal en materia de delitos de terrorismo, no contribuyó en ningún caso a rebajar este clima de hostilidad hacia lo que supone el artículo 578 CP. En este sentido, conviene advertir que, además de aumentar su penalidad —pasando ahora estas conductas a ser castigadas con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 18 meses—, se introdujeron dos modalidades agravadas: de un lado, en su segundo apartado, especifica el actual art. 578 CP que se impondrán las penas en su mitad superior cuando los hechos se lleven a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet o el uso de tecnologías de la información; por otra parte, se establece en el tercer apartado que, a la vista de las circunstancias, se impondrá esta misma pena o la superior en grado cuando los hechos resulten idóneos para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor en la sociedad o parte de ella. Finalmente, concluye el art. 578 CP señalando que el juez o tribunal acordará la destrucción de los soportes que se hubieran utilizado para cometer este delito o, en el caso de que se hubiese realizado a través de internet, la retirada de contenidos.

Como se puede apreciar, esta reforma toma en especial consideración la importancia que han adquirido las tecnologías de la información en el terrorismo contemporáneo, mostrando una abierta preocupación sobre cómo pueden ser utilizadas estas para radicalizar y captar nuevos adeptos o difundir el mensaje de terror¹⁰. En este sentido, resulta importante resaltar que, si la LO 7/2000 vino especialmente motivada por el terrorismo de ETA, la LO 2/2015 tendría como principal foco de atención el

⁷ CANCIO MELIÁ, M., “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000”, *op. cit.*, pp. 19-26.

⁸ SAN 3/2015, de 3 de febrero.

⁹ STS 539/2008, de 23 de septiembre.

¹⁰ En este sentido, véase por ejemplo, CURTIS AMBLE, J. “Combating Terrorism in the New Media Environment”, *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 35, nº. 5, 2012, pp. 339-353; CANO PANOS, M. A. “Odio e incitación a la violencia en el contexto del terrorismo islámico. Internet como elemento ambiental”, *InDret Criminología*, Revista para el Análisis del Derecho, n.º 3, 2016, pp. 1-37; HERATH, C. y WHITTAKER, J. “Online Radicalisation: Moving Beyond a Simple Dichotomy”, *Terrorism and Political Violence*, vol. 35, n.º 5, 2023, pp. 1027-1048.

de inspiración yihadista¹¹. Sobre esta cuestión, cabe recordar que esta última fue una consecuencia directa de los atentados acaecidos en París durante el mes de enero del año 2015¹². A raíz de estos, el Partido Popular y el Partido Socialista firmaron el coloquialmente denominado Pacto contra el Yihadismo —“Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo”—, cuyo primer punto recogía el compromiso de promover una reforma del Código Penal en materia de delitos de terrorismo que, entre otras cuestiones, contemplara las conductas propias de las nuevas formas delictivas que caracterizan a este fenómeno, especialmente en lo que se refiere a aspectos como el uso de las redes de comunicación y tecnologías de la información para la captación y el adiestramiento terrorista¹³.

Entre las incontables críticas que recibió esta reforma desde un prisma general por parte de la doctrina jurídico-penal¹⁴, el nuevo art. 578 CP no fue una excepción¹⁵. Así, por ejemplo, CORRECHER MIRA sostiene que,

¹¹ Sobre este Pacto y sus consecuencias jurídicas, véase, PÉREZ CEPEDA, A. I. *El Pacto Antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

¹² En referencia a estos atentados, véase a título informativo, LA VANGUARDIA. “El ataque terrorista de París se salda con 20 muertos, incluidos tres terroristas”, *La Vanguardia*, 9 de enero de 2015, Disponible en [fecha de última consulta: 11 de septiembre de 2024] <https://www.lavanguardia.com/internacional/20150109/54422485588/asalta-supermercado-kosher-yihadista.html>

¹³ GOBIERNO DE ESPAÑA, “Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo”, 2015, p. 3.

¹⁴ Entre otros muchos, véase a título de ejemplo, CANO PAÑOS, M. A. “La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: cinco cuestiones fundamentales”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, 2015, pp. 1-34; CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi; GONZÁLEZ LEÓN, C. *Terrorismo y Derecho penal. Dificultades para alcanzar un concepto unívoco en el ámbito internacional y su evolución en España*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.

¹⁵ De un modo particularmente contundente, por ejemplo, MIRA BENAVENT afirma que la reforma del art. 578 operada por la LO 2/2015 acerca a España a las democracias autoritarias o de naturaleza formal. En palabras del autor, “en realidad, lo que ha hecho la reforma del 2015 es perfeccionar o afinar aún más la eficacia práctica de los delitos de enaltecimiento y de humillación como instrumentos de control penal de la discrepancia política o ideológica del pensamiento simplemente diferente o heterodoxo. Las dos figuras delictivas en cuestión resultan, por esta razón, incompatibles con las exigencias que se derivan de un régimen que pueda calificarse como de democracia de carácter material, en el que la libertad ideológica y la libertad de expresión para manifestar públicamente el pensamiento político discrepante o heterodoxo se protegen de forma eficaz frente a la permanente tentación criminalizadora por parte del Estado; o dicho de otra forma: las figuras delictivas a las que me estoy refiriendo resultan incompatibles con las citadas exigencias garantistas porque vacían de contenido y convierten en un derecho puramente formal, en una fórmula huera que cumple una función meramente estética” En este sentido, MIRA BENAVENT, J. “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo ni competencia de la Audiencia Nacional”, en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M.L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.303.

si se toma en cuenta el uso de hegémónico de internet y las redes sociales en la actualidad, el tipo base de enaltecimiento —art. 578.1 CP— ha quedado totalmente desvirtuado¹⁶. En otras palabras, dado que las redes sociales son el medio preferentemente utilizado para comunicar y difundir mensajes, la mayor parte de conductas enaltecedoras y justificadoras del terrorismo o de humillación de víctimas o sus familiares darían lugar a la aplicación de la modalidad agravada del art. 578.2 CP, castigada con la pena de prisión de dos años y un día a tres años¹⁷. Esto, además de suponer un claro defecto de técnica legislativa, también supondría la aplicación de penas de prisión sin la posibilidad de suspensión que establece el art. 80 CP a sujetos que, aparentemente, no han realizado conductas particularmente graves, lo que entraría en contradicción con el principio de proporcionalidad¹⁸.

Asimismo, en su actual formulación, también se siguen manteniendo con firmeza otras críticas ya conocidas contra el art 578 CP, como serían su posible colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión¹⁹, la vulneración de los principios limitadores del *ius puniendi*²⁰ o el hecho de que en un mismo tipo se recojan dos conductas que responden

¹⁶ CORRECHER MIRA, J. *El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. De la imprenta a las redes sociales*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2023

¹⁷ CORRECHER MIRA, J. “Límites penales a la libertad de expresión: sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 39, 2019, p. 329.

¹⁸ LEÓN ALAPONT, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 24-01, 2022, p. 34. No obstante, conviene advertir que, incluso en los supuestos en los que no se produce la entrada en prisión, la imposición de una sentencia condenatoria también produce importantes efectos estigmatizadores para la persona en cuestión. En este sentido, véase, MIRA BENAVENT, J. “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo ni competencia de la Audiencia Nacional”, *op. cit.*, p.321.

¹⁹ Entre otros muchos, CORRECHER MIRA, J. “Límites penales a la libertad de expresión: sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales”, *op. cit.*, p. 329; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “El segundo caso Pablo Hasel”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 20, 2021, pp. 393-414; NÚÑEZ CASTAÑO, E. “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, nº. 6, 2021, pp. 1-84; CARBONELL MATEU, J. C. “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas: más allá de la provocación y la injuria”, en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M.L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 331-358; CANCIO MELIÁ, M. y DÍAZ LÓPEZ, J. A. Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiños y redes sociales frente al artículo 578 CP, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

²⁰ LEÓN ALAPONT, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, pp. 1-46.

a fundamentos político-criminales totalmente diferentes²¹. En este contexto, no debe resultar sorprendente que GALÁN MUÑOZ haya sostenido que el art. 578 CP —fundamentalmente, en su modalidad referida al enaltecimiento y la justificación del terrorismo— es un delito profundamente incomprendido²², lo que ha dado lugar a voces más que autorizadas que han pedido su necesaria reforma²³, la necesidad de una interpretación restrictiva²⁴, su exclusión como delito de terrorismo²⁵ o, incluso, su derogación²⁶. A todo ello, además, hay que añadir la sucesión de toda una serie de resoluciones judiciales enormemente mediáticas que, al margen de reforzar muchas de las críticas de la doctrina, han supuesto que el art. 578 CP sea cuestionado también desde un punto de vista social²⁷. Así, condenas como las de Pablo Hasel, Cesar Strawberry o el Grupo de Rap de la Resistencia han contribuido a crear un clima de incomprendición omnipresente que se traduce en un cuestionamiento continuo sobre si este delito resulta compatible —o no— con un sistema democrático.

Ahora bien, resulta importante notar que, en lo que se refiere de forma exclusiva a la interpretación llevaba a cabo por parte de los Tribunales españoles, sí es posible advertir una evolución en la forma de entender la primera modalidad delictiva que integra el art. 578 CP. En este sentido, es común en la doctrina jurídico-penal establecer dos períodos temporales diferentes cuyo punto de inflexión es la STC 112/2016, de 20 de junio²⁸: si, en el primero de ellos, la aplicación del art. 578 CP habría

²¹ CANCIO MELIÁ, M. “Discurso terrorista, discurso de odio y el delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 del Código Penal): ¿riesgo o imposición de una determinada visión del pasado?”, *op. cit.*, pp. 135-164

²² GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 24-32, 2022, pp. 1-51.

²³ GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, pp. 245-304.

²⁴ BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio””, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2016, p. 37.

²⁵ MIRA BENAVENT, J. “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo ni competencia de la Audiencia Nacional”, *op. cit.*, p.301.

²⁶ LEÓN ALAPONT, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, pp. 1-46. ALCACER GUIRAO, R. “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y clímax de opinión”, *TEORDER*, n.º. 32. 2022, p. 60. *Presente y futuro de la Política Criminal Española*, Barcelona, Bosch, 2021, pp. 495-524; NÚÑEZ CASTAÑO, E. “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, *op. cit.*, pp. 1-84.

²⁷ PENA GONZÁLEZ, W. “El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: Derecho Penal del Enemigo”, *CEF Legal. Revista Práctica de Derecho*, n.º. 221, 2019, p. 92.

²⁸ Entre otros muchos, por ejemplo, MENÉNDEZ CONCA, L. G. “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, *Revista de Derecho Penal y*

venido acompañada de una exégesis de naturaleza literal —de modo que, para su apreciación, solo se requería la presencia de una conducta que enalteciese o justificase el terrorismo—, el segundo se caracterizaría por exigirse en estas conductas la existencia de un componente incitador —aunque sea indirecto— que ponga en peligro los derechos de terceros o el propio sistema democrático. Dicho de otro modo, en el segundo periodo, el art. 578 CP sería conceptualizado como una expresión del “discurso del odio” que solo resulta punible cuando se genera una situación de riesgo referida a la comisión de nuevos delitos de terrorismo. En palabras del Tribunal Constitucional, el art. 578 CP “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”²⁹.

Dicho esto, sin embargo, emerge con fuerza una pregunta: ¿cómo han interpretado los tribunales españoles la exigencia referida a la generación del citado riesgo para poder apreciar la concurrencia del delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo? Precisamente, en aras de contribuir al debate sobre la necesidad de reformar o eliminar este delito del Código Penal, el principal objetivo de este trabajo es responder a esta pregunta. Para ello, han sido analizadas todas las sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo sobre el art. 578 CP desde la publicación de la STC 112/2016, de 20 de junio, hasta la actualidad, obteniéndose toda una serie de conclusiones sobre los factores más importantes que toma en cuenta el citado órgano jurisdiccional a la hora de apreciar este delito. En este sentido, este artículo se divide en tres partes diferentes: en la primera de ellas, se realiza una aproximación al delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo como expresión del discurso del odio. A continuación, se examina cómo ha construido jurisprudencialmente este delito el Tribunal Supremo. Finalmente, ya en la tercera parte, se analiza la labor de interpretación que ha llevado a cabo el citado órgano jurisdiccional a la hora de valorar la concurrencia —o no— de esta situación de riesgo.

Antes de acometer esta tarea, sin embargo, resulta importante realizar una matización previa. De las dos modalidades delictivas que integran el art. 578 CP, este artículo se centra fundamentalmente en el enaltecimiento y la justificación pública de los delitos de terrorismo ya que

Criminología, 3^a época, n.º 22, 2019, pp. 59-105; GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros”, *op. cit.*, pp. 245-304; LEÓN ALAPONT, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, pp. 1-46.

²⁹ STC 112/2016, de 20 de junio.

es precisamente sobre esta figura donde la doctrina jurídico penal ha concentrado la mayor parte de sus críticas, además de ser la modalidad que más procedimientos judiciales ha acaparado y sobre la que la STC 112/2016, de 20 de junio, se ha pronunciado explícitamente. Ahora bien, dicho esto, conviene enfatizar que, en muchas resoluciones judiciales, no se aclara exactamente por cuál de las dos modalidades delictivas que integran el art. 578 CP se condena, o se aplican indistintamente los requisitos del uno al otro³⁰. Como consecuencia, también se hacen referencias —aunque sea de naturaleza indirecta— al delito de humillación a las víctimas a lo largo del texto. En todo caso, esta falta de claridad se toma como un indicador previo de los graves problemas estructurales que presenta el art. 578 CP.

2. El enaltecimiento y la justificación pública del terrorismo como expresión del discurso del odio

Tal y como se ha señalado en el apartado precedente, la doctrina jurídico-penal tiende a identificar dos períodos diferentes en la interpretación que los tribunales españoles han realizado del art. 578 CP³¹. Así, con anterioridad a la STC 112/2016, de 20 de junio, se suele aludir a la existencia de una etapa que se corresponde con una interpretación literal del tipo³². En otras palabras, para poder apreciar la concurrencia del mismo, únicamente sería necesaria la presencia de unos actos que, por cualquier medio de expresión pública o difusión, supongan el enaltecimiento o la justificación de los delitos de terrorismo o sus autores. Según advierte LEÓN ALAPONT, esta primera corriente jurisprudencial partiría de considerar que este delito no hace sino castigar determinados discursos intolerantes que, al generar un sentimiento de repulsa social mayoritario, contribuyen a alterar la paz pública. Es decir, se trataría de un delito de conducta cuya necesidad de punición estriba en la ilegitimidad intrínseca de algunos discursos que atentan contra los valores más

³⁰ Entre otras muchas, véase, STS 623/2016, de 13 de julio; STS 4/2017, de 18 de enero; STS 95/2018, de 26 de febrero. Por otra parte, también resulta especialmente significativa la STS 95/2018, de 26 de febrero, donde se aplican los requisitos del delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo al de humillación de las víctimas y sus familiares.

³¹ Ahora bien, como apunta GALÁN MUÑOZ, esto no significa que no puedan encontrarse sentencias en uno y otro sentido durante los dos períodos. Véase, GALÁN MUÑOZ, A. "El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?", *op. cit.*, p. 6.

³² MENÉNDEZ CONCA, L. G. "Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática", *op. cit.*, pp. 59-105.

básicos de las sociedades democráticas³³. MENÉNDEZ CONCA, en términos similares, sostiene que, al entender el art. 578 CP como una forma de apología autónoma, los tribunales españoles no requerían en este primer momento ningún tipo de incitación —ni siquiera indirecta— para poder apreciar la comisión de este delito, bastando la mera presencia de una conducta enaltecedora o justificadora³⁴. CANCIO MELIÁ, por último, también apunta en esta misma dirección cuando señala que esta corriente jurisprudencial sanciona este delito por sí mismo sin tomar en cuenta sus efectos sobre el futuro³⁵.

Como muestra de esta primera línea jurisprudencial, por ejemplo, cabe citar la STS 748/2015, de 19 de febrero, referida a la confirmación de la primera sentencia condenatoria contra Pablo Hasel a dos años de prisión por un delito enaltecimiento y justificación pública del terrorismo o sus autores. En ella, el Alto Tribunal enfatiza la sustantividad propia del art. 578 CP con respecto a la apología genérica prevista en el art. 18 CP, señalando que, a diferencia de esta última, la primera no requiere la concurrencia de ningún tipo de incitación. En sus palabras, “el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron”³⁶. En base a ello, el Tribunal Supremo argumenta que no procede estimar el recurso presentado debido a que las frases pronunciadas en diversas canciones —por ejemplo “pero grito: merece una bomba Televisión Española”— colman la tipicidad exigida por el artículo mencionado, no siendo precisa la comprobación de ningún requisito adicional.

Por otra parte, en íntima conexión con este punto, también cabe señalar que, durante este periodo, la mayor parte de las resoluciones judiciales coinciden en señalar que el art. 578 CP es un delito doloso cuya apreciación, sin embargo, no requiere demostrar que el autor actuó movido por la finalidad de incitar a otros a cometer delitos de terrorismo, separándose de este modo claramente el dolo del móvil del delito³⁷. Es decir, según esta

³³ LEÓN ALAPONT, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, p. 11.

³⁴ MENÉNDEZ CONCA, L. G. “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, *op. cit.*, p. 65.

³⁵ CANCIO MELIÁ, M. “Discurso terrorista, discurso de odio y el delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 del Código Penal): ¿riesgo o imposición de una determinada visión del pasado?”, *op. cit.*, p. 136.

³⁶ STS 748/2015, de 19 de febrero.

³⁷ Así, por ejemplo, en la STS 90/2016, de 17 de febrero, el Tribunal Supremo argumenta que “respecto al dolo o propósito del autor, la sentencia recurrida ha deslindado con pleno acierto los conceptos de dolo y móvil del delito, exigiendo el tipo penal el prime-

interpretación, los Tribunales no tendrían que enfrentarse a la problemática situación de demostrar cuál era la intención con la que se profirieron los mensajes enaltecedores o justificadores, bastando simplemente para su apreciación con que se llevase a cabo una acción que objetivamente sea adecuada para ello³⁸. En este sentido, por ejemplo, puede ser citada la STS 948/2016, de 15 de diciembre, donde se desestima el recurso de casación interpuesto por un sujeto que, habiendo publicado numerosas fotografías y videos relacionados con ETA en las redes sociales, argumenta la incorrecta aplicación del art. 578 CP al entender que no concurre en su conducta un ánimo específico de enaltecer o justificar el terrorismo. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera errónea esta argumentación al sostener que “el tipo penal previsto en el art. 578 del texto punitivo no recoge expresa y específicamente en su dicción ningún elemento subjetivo, ya sea como componente del dolo o como integrante de un elemento subjetivo del injusto [...] Nos hallamos ante una clase de expresiones y de discurso en el que se utilizan unas palabras y unos sintagmas que, al albergar unas connotaciones tan alabadoras y ensalzadoras del terrorismo e hirientes para las víctimas, las simples locuciones utilizadas en la redacción de los mensajes transparentan sin necesidad de complejas argumentaciones cuál es el ánimo con que actuó el acusado al publicar en una red social las frases e imágenes descritas en la premisa fáctica”³⁹.

En definitiva, como se puede apreciar, esta primera etapa interpretativa del delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo habría dado lugar a toda una serie de resoluciones judiciales que, sin tomar particularmente en cuenta factores como el contexto, los posibles efectos del delito o la intención del sujeto, han supuesto la imposición de condenas por conductas aparentemente poco lesivas desde el punto de vista del Derecho Penal. Entre otras muchas, por ejemplo, ondear una pancarta de ETA en un estadio de futbol⁴⁰ o escribir y difundir canciones⁴¹. Por supuesto, aquí no se discute que estas conductas sean reprochables moralmente o incluso sancionables a través de otras ramas del ordenamiento jurídico. Más bien, en la línea señalada por otros muchos autores⁴², lo que se pone en evidencia es la más que posible colisión de

ro de ellos, cualesquiera que sean las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar al recurrente a actuar del modo en que lo hizo. Las expresiones eran inequívocas y ensalzaban a los miembros de una organización terrorista, con conciencia y en circunstancias de que iban a llegar al conocimiento de gran número de personas”.

³⁸ MENÉNDEZ CONCA, L. G. “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, *op. cit.*, p. 65.

³⁹ STS 948/2016, de 15 de diciembre.

⁴⁰ STS 539/2008, de 23 de septiembre.

⁴¹ Por ejemplo, STS 748/2015, de 19 de febrero.

⁴² Entre otros muchos, ALONSO RIMO, A. “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *op. cit.*, pp. 13-80; PENA GONZÁLEZ, W. “El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: Derecho Penal del Enemigo”, *op. cit.*, pp. 87-136; NÚÑEZ CASTAÑO,

esta vía interpretativa con los principios limitadores del *ius puniendi* —especialmente, en lo que se refiere a los principios de lesividad y proporcionalidad— y su dudosa compatibilidad con los derechos y garantías que definen un sistema plenamente democrático.

Ahora bien, como se ha señalado más arriba, esta primera vía interpretativa del art. 578 CP da paso a una segunda a raíz de la STC 112/2016, de 20 de junio. En este sentido, conviene comenzar señalando que esta resuelve el recurso de amparo interpuesto por Tasio Erkizia, un histórico dirigente de la izquierda abertzale que había sido condenado por un delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo a una pena de un año de prisión y siete de inhabilitación absoluta tras participar como orador en un acto celebrado en Vizcaya en el que se conmemoraba la figura de Argala. En este acto, que fue publicitado mediante carteles, no solo se reprodujo un texto del citado etarra y se exhibió una fotografía suya sino que, además, también actuaron bailarines que ejecutaron una danza de espadas —esta es utilizada para conmemorar y rendir homenajes— e intervinieron diferentes músicos y oradores. En lo que se refiere de forma específica a la conducta del solicitante de amparo, tras colocar un clavel rojo en la fotografía del homenajeado, este pidió en su discurso una reflexión para escoger el camino más idóneo, que más daño haga al Estado y que conduzca al pueblo vasco a un nuevo escenario democrático, finalizando su intervención con las proclamas *Gora Euskal Herria askatuta* —Viva Euskal Herria libre—, *Gora Euskal Herria vasca* —Viva Euskal Herria Vasca— y *Gora Argala* —Viva Argala—.

En la sentencia de origen dictada por la Audiencia Nacional, posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo, la Sala argumentó que Tasio Erkizia había cometido un delito de enaltecimiento al prestarse voluntariamente a participar en un acto que era un claro homenaje a un terrorista. En este sentido, se afirma que, si el acusado se hubiera limitado a pronunciar un discurso estrictamente político en defensa de la independencia del País Vasco, su conducta no sería punible puesto que España es una democracia no militar que admite la defensa de cualquier idea, incluso aquellas que pretenden alterar la estructura del Estado⁴³. El

E. “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, *op. cit.*, pp. 1-84; LEÓN ALAPONT, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*, pp. 1-46; CANCIO MELIÁ, M. y DÍAZ LÓPEZ, J. A. *Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guíñoles y redes sociales frente al artículo 578 CP*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

⁴³ Sobre esta cuestión, cabe recordar que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos -por ejemplo, el alemán-, España se configura como una democracia no militar donde el derecho a la libertad de expresión también acoge ideas que son contrarias a la Constitución. En este sentido, véase, TERUEL LOZANO, G. M. “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 114, 2018, pp. 13-45.

principal problema, en estos términos, estribaría en el hecho de que este discurso, de una calculada naturaleza ambigua, se desarrolla en un acto de homenaje a un miembro histórico de ETA en el que este es presentado como un héroe e ícono de la lucha del pueblo vasco por el socialismo y la independencia. Así, la Sala concluye afirmando que “del contexto en el que se produce su intervención, de su actitud y de sus palabras y gestos se extrae su voluntad de exaltar la figura de Argala, cuya única actividad conocida es la de terrorista y al que se presenta como héroe e ícono de la “lucha del pueblo vasco” por el socialismo y la independencia”⁴⁴.

Por su parte, en la resolución del recurso de casación que confirma la condena impuesta, el Tribunal Supremo despliega una argumentación muy parecida al enfatizar que el recurrente participó en un acto de homenaje a un miembro de ETA que no tenía otra finalidad que su loa y glorificación, recayendo precisamente en este punto la gravedad de su actuación y no tanto en el contenido político del discurso pronunciado. Así, el Alto Tribunal argumenta que no queda amparada por la libertad de expresión la participación como invitado principal en un homenaje a un miembro histórico de una organización terrorista. En palabras del Tribunal Supremo, “se ha de tener presente que, desde luego, no estamos ante una simple criminalización de opiniones discrepantes, como también que el bien jurídico protegido se centra en combatir los actos dirigidos 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”⁴⁵. En todo caso, conviene advertir que esta Sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado Joaquín Jiménez García, en el que se argumenta que la conducta del recurrente no constituye un delito de enaltecimiento o justificación pública del terrorismo⁴⁶.

⁴⁴ SAN 24/2011, de 3 de mayo.

⁴⁵ STS 180/2012, de 14 de marzo.

⁴⁶ Así, el Magistrado centra su argumentación en el discurso formulado por el recurrente, entendiendo que el mismo no exalta o justifica el terrorismo, sino que aboga por vías pacíficas y democráticas. Así, “ni en el escenario, ni en las palabras del recurrente existió una alabanza del terrorismo, ciertamente se homenajeaba a Argala en el aniversario de su asesinato y las palabras del orador, precisamente iban en el sentido de buscar vías pacíficas sin referencia así como alusiones a la actividad terrorista como medio idóneo para conseguir objetivos políticos y esta valoración la efectuó en referencia a la frase que puede considerarse como más violenta, me refiero a “para recorrer el camino más idóneo, el camino que haga más daño al Estado”. Obviamente esta frase, aislada de todo el contexto que la rodea antes y después de ser dicha, podría llevarnos a que se trata de un canto a la violencia terrorista, pero integrada en el discurso completo, lleva de forma inequívoca a otra conclusión que no es otra que la de una apuesta por las vías democráticas, de ahí la llamada a la reflexión y a la responsabilidad de la izquierda abertzale, porque puede ganar con la aceptación del juego democrático. La referencia al “daño al Estado” no está referida a mi juicio al daño derivado de la actividad terrorista, sino al de la aceptación del juego

En este contexto, la STC 112/2016, de 20 de junio, analiza si con las resoluciones judiciales comentadas en los dos párrafos inmediatamente anteriores se vulneró el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e ideológica (art. 16.1 CE) del solicitante de amparo, lo que indirectamente supone entrar a valorar la constitucionalidad delito de enaltecimiento y su posible colisión con estos derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional parte de reconocer tanto el carácter preminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos e intereses constitucionales, como sería el caso de aquellas expresiones que son una manifestación del discurso de odio y promueven —aunque sea de forma indirecta— la violencia. En este sentido, aludiendo a resoluciones previas —especialmente, la STC 177/2015, de 22 de julio⁴⁷—, argumenta el órgano jurisdiccional que, en el marco definido por las sociedades democráticas, resulta legítimo sancionar todas aquellas formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia. Dicho esto, argumenta el Tribunal Constitucional que la limitación de este derecho siempre se debe realizar de manera proporcional, de modo que no quede en ningún caso desnaturizado y se genere una suerte de efecto desaliento⁴⁸.

En estos términos, para justificar su posición y atendiendo a las similitudes estructurales entre uno y otro delito, el Tribunal Constitucional parte de lo señalado por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analiza la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio. Sobre esta cuestión, cabe destacar que, en el fundamento jurídico noveno de la citada sentencia, el Tribunal Constitucional esgrime que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad 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”⁴⁹. Dicho esto, el Tribunal Constitucional procedió a declarar inconstitucional

democrático. El final de sus palabras es inequívoco, es un canto a la unidad de fuerzas desde una posición crítica” (STS 180/2012, de 14 de marzo, Voto Particular).

⁴⁷ Esta sentencia, además de reconocer el carácter institucional del derecho a la libertad de expresión, aborda el carácter limitable del mismo, particularmente cuando venga derivado de manifestaciones que, de un modo u otro, alientan a la violencia. En todo caso, también enfatiza la exigencia de proporcionalidad cuando se trata de limitar este derecho a través de vía penal, poniendo de manifiesto los riesgos que pueden derivarse -fundamentalmente, el efecto desaliento- de acciones inadecuadas. Para un mayor detalle, véase con detenimiento, STC 177/2015, de 22 de julio.

⁴⁸ STC 112/2016, de 20 de junio. Sobre el efecto desaliento, véase principalmente, CUERDA ARNAU, M. L. “La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº. 2, 2022, pp. 88-131.

⁴⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

la mera negación del genocidio —manteniendo únicamente la punición de su justificación— al entender que no concurría en este comportamiento ninguna suerte de incitación indirecta que hiciese justificable su punición. En otras palabras, el máximo intérprete de la Constitución entendió que la mera adhesión ideológica no puede ser objeto de penalización al quedar amparada por los art. 16 y 20 CE, requiriéndose en todo caso la concurrencia de alguna suerte de elemento incitador⁵⁰.

Extrapolada esta doctrina al artículo 578 CP, parece evidente que el mero castigo del enaltecimiento o la justificación pública de los delitos de terrorismo, o de sus autores, no sería constitucionalmente admisible cuando no concurra ningún tipo de incitación, ya sea directa o indirecta. En este sentido, el Tribunal Constitucional recuerda que, en el marco definido por el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, se entiende como provocación pública para cometer delitos terroristas la difusión de mensajes o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de los mismos con la intención de incitar a otros a cometer delitos de terrorismo. En términos parecidos, el Tribunal Constitucional también cita la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, donde se establece en su art. 3 que se entiende por provocación a la comisión de un delito de terrorismo la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir la comisión de los delitos de terrorismo cuando dicho dicha conducta conlleve la generación de un riesgo. De este modo, como se puede apreciar, ambas normativas supranacionales coinciden en señalar la importancia de que las manifestaciones vertidas contengan alguna suerte de elemento incitador, aunque sea de naturaleza indirecta.

Asimismo, para fortalecer su posición, el Tribunal Constitucional cita una amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEHD) en la que, con base en lo establecido en los arts. 10 y 17 CEDH, se analiza la eventual tensión que puede existir entre la sanción de este tipo de conductas y el derecho fundamental a la libertad de expresión⁵¹, donde queda claro, de un lado, que el ejercicio de este último derecho puede ser limitado legítimamente en el seno de una sociedad democrática cuando así lo justifiquen —entre otras— razones de seguridad nacional, seguridad pública o defensa del orden y prevención del delito, y del otro, que ninguna de las disposiciones del citado convenio pueden ser interpretadas del tal manera que concedan una suerte de derecho a realizar una actividad o acto tendente a la destrucción de derechos o

⁵⁰ Para un mayor detalle, véase, RAMOS VÁZQUEZ, J. A. “La declaración de inconstitucionalidad del delito del negacionismo (artículo 607.2 del código penal español)”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 72, 2009, pp. 130-169.

⁵¹ Entre otras, STEDH, 7 de febrero de 2006, *Halis Dogan contra Turquía*; STEDH, de 2 octubre de 2008, *Leroy contra Francia* y STEDH, 25 de noviembre de 1997, *Zana contra Turquía*.

libertades reconocidos en el mismo. En este sentido, por ejemplo, puede servir como muestra la STEDH, de 8 de julio de 1999, *Surek contra Turquía*, donde se señala que “allí donde las declaraciones litigiosas inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la necesidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión”⁵².

En definitiva, tomando en consideración todo lo expuesto, concluye el Tribunal Constitucional afirmando en su Sentencia 112/2016, de 20 de junio, que la sanción del delito de enaltecimiento del terrorismo prevista en el artículo 578 CP “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”⁵³. Por ello, exige el citado órgano jurisdiccional que la labor de control de constitucionalidad quede limitada a verificar si, en el caso de las resoluciones impugnadas, existe una ponderación adecuada —o no— de esta concreta exigencia referida a la incitación a la violencia. Así, en el presente caso, el Tribunal estima —con un voto particular en contra⁵⁴— que no se vulnera el derecho a la libertad de expresión del recurrente al considerar que su conducta queda inmersa en el marco definido por el discurso del odio, de tal modo que crea una situación de riesgo. En palabras del Tribunal, “acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia”⁵⁵.

⁵² STEDH, de 8 de julio de 1999, *Surek contra Turquía*.

⁵³ STC 112/2016, de 20 de junio.

⁵⁴ En este sentido, el MAGISTRADO JUAN ANTONIO XIOL RÍOS considera que sí se vulneró el derecho a la libertad de expresión del recurrente al entender que no se valoró adecuadamente si, en la conducta del mismo, existe un componente que incite -aunque sea de manera indirecta- a la violencia. En sus palabras, “en mi opinión, esa concreta conducta desarrollada por el recurrente no tiene la entidad suficiente como para que pueda considerarse, más allá de la indudable exaltación y homenaje a la figura del conmemorado que se celebraba precisamente en la plaza de su pueblo natal que lleva su apodo —Argala—, que suponía una incitación, aunque sea indirecta, a la comisión de ilícitos terroristas o de cualquier otro modo evidenciaría un riesgo más o menos inminente para los derechos de terceros o el orden constitucional derivado de la comisión de ilícitos penales”. STC 112/2016, de 20 de junio. Voto particular formulado por Juan Antonio Xiol Ríos.

⁵⁵ Sobre el desarrollo posterior de este caso, conviene notar que, a raíz del mismo, España ha sido condenada recientemente por vulnerar el derecho a la libertad de expresión.

De este modo, como se puede apreciar, la STC 112/2016, de 20 de junio, además de disipar las dudas sobre la constitucional del delito de enaltecimiento⁵⁶, supone un viraje significativo con respecto a la interpretación que hasta entonces estaban realizando mayoritariamente los Tribunales españoles sobre el art. 578 CP: si, en un primer momento, la exégesis del mismo se basaba en la literalidad del precepto, de modo que no se exigía la concurrencia de ningún tipo de incitación, el Tribunal Constitucional contempla en la citada sentencia el delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo como una expresión del discurso del odio que, para poder ser compatible con el derecho a la libertad de expresión, requiere de la concurrencia de un componente incitador —al menos de naturaleza indirecta— que, objetivamente, genere una situación de riesgo para las personas o el propio sistema de libertades, sin que sea necesario en ningún caso que tal situación llegue a materializarse⁵⁷. En pocas palabras, como apunta ROLLNERT LIERN, se estaría estableciendo una conexión entre la naturaleza de este delito, el discurso del odio y la generación de una situación de riesgo⁵⁸. Ahora bien, ¿en qué se basa exactamente el establecimiento de esta relación y, sobre todo, cuáles son las consecuencias que se derivan de la misma?

Antes de contestar esta pregunta, sin embargo, conviene realizar dos matizaciones importantes: de un lado, como apunta MENÉNDEZ CONCA, la equiparación que establece la STC 112/2016, de 20 de junio, entre el delito de enaltecimiento del terrorismo y el discurso del odio, con la con-

sión del recurrente. En este sentido, en la STEDH, de 22 de junio de 2021, asunto *Erkizia Almandoz contra España*, el Tribunal considera que no queda debidamente acreditado que exista una incitación, ni siquiera indirecta, a la violencia. Tal y como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “En efecto, a la vista de las circunstancias que rodearon el acto en cuestión, el discurso del demandante no supuso un “discurso del odio”. Aunque el discurso se pronunció en el marco de un acto de homenaje a un miembro de la organización terrorista ETA, el Tribunal no puede concluir que el demandante tratara de justificar actos terroristas o de enaltecer el terrorismo. Por el contrario, de las palabras del demandante se desprende que abogaba por la reflexión para emprender una nueva vía democrática. El Tribunal es muy consciente de que, en el momento de los hechos, la violencia terrorista de ETA era todavía una dura realidad (véanse los párrafos 18 y 19 supra). Sin embargo, este factor no puede justificar la condena del demandante, que fue considerado responsable de todos los actos realizados en relación con el homenaje de Argala”. Para un mayor detalle, véase, DUEÑAS CASTRILLO, A. I. “La libertad de expresión y el enaltecimiento al terrorismo: el asunto Erkizia Almandoz c. España”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º 82, 2023, pp. 1-11.

⁵⁶ GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁷ MENÉNDEZ CONCA, L. “El delito de enaltecimiento del terrorismo: su legitimación constitucional como una manifestación del discurso del odio”, en COMBALÍA, Z., DIAGO, M. P., y GONZÁLEZ-VARAS, A. (Dir.) *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, Zaragoza, Ediciones del Licregdi, 2019, p. 180.

⁵⁸ ROLLNERT LIERN, G. “El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Político*, n.º 109, pp. 191-227.

siguiente necesidad de que se genere un riesgo para los derechos de terceros o el sistema de libertades, no ha cerrado la puerta a que se sigan sucediendo algunas resoluciones judiciales que interpretan este delito desde la literalidad del precepto⁵⁹. Probablemente, el ejemplo más significativo de esta tendencia opuesta sea el caso de Cesar Strawberry. Así, en su STS 4/2017, de 18 de enero, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria de la Audiencia Nacional —SAN 20/2016, de 18 de julio— y condena al acusado a una pena de un año y medio de prisión sin hacer alusión alguna al riesgo generado por la publicación de varios comentarios —entre ellos, “a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora” o “el fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO— en la red social *Twitter*, lo que no deja de resultar paradójico si se toma en consideración que esta sentencia alude de forma expresa a la STC 112/2016, de 20 de junio. Por el contrario, el Tribunal Supremo concentra gran parte de su argumentación en que, para poder ser apreciado, el art. 578 CP no requiere demostrar que los mensajes fueron emitidos con una intención concreta, prestando especial atención a la literalidad de los mismos⁶⁰.

De otro lado, una vez advertida la posibilidad de encontrar este tipo de sentencias de signo opuesto durante el segundo periodo que abre la STC 112/2016, de 20 de junio, conviene notar que la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional del delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo como expresión del discurso del odio se

⁵⁹ MENÉNDEZ CONCA, L. G. “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, *op. cit.*, p. 73. Así, entre otras, cabe destacar STS 623/2016, de 13 de julio; STS 820/2016; STS 4/2017, de 18 de enero; STS 206/2017, de 28 de marzo; STS 216/2017; STS 221/2017, de 29 de marzo; STS 79/2018, de 15 de febrero; STS 68/2024, de 24 de enero.

⁶⁰ En palabras del Tribunal Supremo, “esta Sala no puede identificarse con una interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística. Entre otras razones, porque esos complementos explicativos no se incluyen en el mensaje de burla. Éste llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. Afirmaciones como las difundidas en la red por César Montaña alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano” (STS 4/2017, de 18 de enero). En todo caso, resulta oportuno señalar que, posteriormente, el Tribunal Constitucional, en su STC35/2020, de 25 de febrero, consideró que la condena impuesta a Cesar Strawberry vulneró su derecho a la libertad de expresión puesto que no se tomó en la debida consideración si, al verter estas declaraciones, el acusado estaba en el ejercicio legítimo de su derecho. Para un mayor detalle de este caso y sus implicaciones sobre la libertad de expresión, véase, CORRECHER MIRA, J. “¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre la libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo”, *Diario La Ley*, n.º 9600, 2020.

ajusta mucho mejor a la actual normativa europea que la de naturaleza estrictamente literal⁶¹. Así, en el considerando décimo de la Directiva (UE) 2017/541, de 15 de marzo, se señala que la provocación pública a cometer delitos de terrorismo —lo que incluye, entre otros, la apología o justificación de este fenómeno y la difusión de mensajes o imágenes relacionadas con las víctimas del terrorismo— solo debe tipificarse cuando se genere un riesgo que pueda materializarse en la comisión de futuros actos terroristas, lo que obliga a valorar tanto las circunstancias específicas que concurren en el caso —especialmente, el autor y los destinatarios del mensaje— como el contexto en el que estos mensajes quedan inmersos⁶². En este sentido, en su art. 5, la citada Directiva establece que solo será punible la provocación pública a cometer delitos de terrorismo 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”⁶³.

Dicho esto, y retomando la doble pregunta planteada más arriba —esto es, cuáles son los fundamentos que motivan el establecimiento de una relación entre el delito de enaltecimiento y justificación pública de los delitos de terrorismo y el discurso del odio y, sobre todo, qué implicaciones se derivan de esta nueva configuración—, conviene comenzar señalando que, así entendido, lo que se estaría penalizando con este delito no es otra cosa que la generación o el mantenimiento de un clima de hostilidad que, a la postre, puede traducirse en la futura comisión de actos de terrorismo⁶⁴. En este sentido, cabe recordar que el término “discurso del odio” encuentra sus orígenes en los momentos inmediatamente posteriores al holocausto judío producido durante la Segunda Guerra Mundial, donde se llega a la conclusión que los régimenes democráticos no pueden aceptar los discursos intolerantes que atentan y ponen en ries-

⁶¹ ALCACER GUIRAO, R. “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y clímas de opinión”, *op. cit.*, p. 47. Sobre la relación entre el delito de enaltecimiento y la Directiva del año 2017, véase especialmente, TAPIA BALLESTEROS, P. “Trasposición de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, al ordenamiento español: el delito de enaltecimiento del terrorismo”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario, 2019, pp. 305-321.

⁶² 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

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ MENÉNDEZ CONCA, L. “El delito de enaltecimiento del terrorismo: su legitimación constitucional como una manifestación del discurso del odio”, *op. cit.*, p. 180.

go su propia existencia⁶⁵. Así, emergen toda una serie de figuras penales que, entrando en una aparente colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión, castigan de manera anticipada un amplio elenco de expresiones y conductas —por ejemplo, la justificación del genocidio o el enaltecimiento de regímenes totalitarios— que, a la postre, pueden terminar derivando en situaciones que ponen en peligro los derechos de terceros o el propio sistema de libertades⁶⁶.

En este contexto, para justificar la punición del “discurso del odio”, se suele acudir a la teorización esbozada por POPPER sobre los riesgos que comporta el hecho de ser tolerantes con los intolerantes⁶⁷. Según el filósofo alemán, de una forma paradójica, la tolerancia ilimitada da lugar a una situación donde la viabilidad del sistema democrático puede quedar severamente comprometida. Así, en palabras del autor, “si extendemos la tolerancia ilimitada aún a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto con ellos, de la tolerancia”⁶⁸. Por ello, defiende el citado autor la obligación del Estado de enfrentar —incluso por la fuerza— todos aquellos discursos que, no pudiendo ser contrarrestados mediante los argumentos de la razón, pongan en peligro la esencia del sistema democrático⁶⁹. En pocas palabras, como apunta NÚÑEZ CASTAÑO, este planteamiento alienta a prohibir y criminalizar toda una serie de discursos e

⁶⁵ Precisamente, desde una dimensión más amplia, también se encontraría en este momento histórico el origen y la consolidación del término “democracia militante”, caracterizada esencialmente por adoptar un sistema de protección jurídica frente al peligro que determinadas formas de libertad política tienen para el propio sistema democrático. En este sentido, véase por ejemplo, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P. “España, una democracia militante”, *Revista de Derecho Político*, n.º 119, 2024, pp. 135-160. GALÁN MUÑOZ señala que, a diferencia del discurso del odio, los “delitos de odio” encuentran su origen en Estados Unidos durante los años sesenta del siglo pasado como consecuencia de la aparición de movimientos que luchaban por conseguir la igualdad de derechos civiles y la eliminación de la discriminación racial. De este modo, se buscaba sancionar por vía penal toda una serie de conductas que hasta entonces eran impunes y agravar otras ya existentes que podrían ser consideradas como una manifestación del odio discriminatorio. En este sentido, véase, GALÁN MUÑOZ, A. “Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho Penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural”, *Revista Penal*, n.º 46, 2020, pp. 41-66.

⁶⁶ ALCÁZER GUIRAO, R. “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18. 2019, pp. 19-27.

⁶⁷ GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros”, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁸ POPPER, K. *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidos, Barcelona, 2010, p. 585.

⁶⁹ Otros autores, sin embargo, se muestran críticos con este posicionamiento. BOLLINGER, por ejemplo, argumenta que la defensa de la libertad de expresión también supone acoger a los intolerantes en la misma y RAWLS plantea que restringir la expresión política es siempre una supresión parcial de la democracia. En este sentido, véase, BOLLINGER, L. C. *The Tolerant Society. Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York, 1986 y RAWLS, J. *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1996.

ideas que se interpretan como contrarias a los fundamentos del sistema político del Estado, consiguiendo de este modo evitar que puedan llegar a triunfar y terminar con el mismo⁷⁰.

Ahora bien, lo dicho en el párrafo anterior no debe llevar al equívoco de considerar que la penalización de los discursos del odio solo ha tenido lugar en el seno de las llamadas democracias militantes. En este sentido, una vez que el odio se ha convertido en un importante *leitmotiv* de la Política Criminal contemporánea⁷¹, lo cierto es que su presencia ha estado presente en sistemas políticos de diversa naturaleza. Así, GALÁN MUÑOZ alude a cómo incluso Estados Unidos, paradigma de la libertad de expresión, ha aceptado paulatinamente la criminalización de estos mediante las figuras denominadas *fighting words*⁷². España, por supuesto, tampoco ha sido una excepción a esta tendencia general, incorporando a su arsenal punitivo toda una serie de delitos que castigan específicamente el discurso del odio⁷³. En este sentido, a pesar de reconocer en numerosas resoluciones judiciales el carácter no militante de la democracia española —admitiéndose, de este modo, la posibilidad de defender posiciones políticas que van en contra del orden constitucional o que incluso aspiran a modificarlo—⁷⁴, el Tribunal Constitucional ha avalado sin ambages de duda la legitimidad y oportunidad de su punición⁷⁵. Así, en su STC 235/2007, de 7 de noviembre, refiriéndose a la constitucionalidad del delito de justificación del genocidio, este ha señalado que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma 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

⁷⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E. “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, *op. cit.*, p. 7.

⁷¹ CORRECHER MIRA, J. “La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2021, pp. 86-149.

⁷² GALÁN MUÑOZ, A. “Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho Penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural”, *op. cit.*, p. 44.

⁷³ Sobre esta cuestión, véase a título de ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, V. “Incitación al odio y género: algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016, pp. 1-25; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; ALCACER GUIRAO, R. “Protección de sentimientos religiosos y discurso de odio”, *Azafea: revista de filosofía*, n.º 23, 2021, pp. 107-134; ROIG TORRES, M. “El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 41, 2021, pp. 233-305.

⁷⁴ Entre otras, STC 13/2001, de 29 de enero; STC 48/2003, de 12 de marzo; STC 235/2007, de 7 de noviembre.

⁷⁵ Ahora bien, como señala ALCACER GUIRAO, es importante considerar que la criminalización del “discurso del odio” no puede tener el mismo alcance en el seno de una democracia militar que en una que no lo es. En este sentido, véase especialmente, ALCÁCER GUIRAO, R. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 14, n.º 2, 2012, pp. 1-32.

indirecta a su comisión [...] Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE”⁷⁶.

El delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo, según la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, se ubicaría precisamente en este punto. Para BERNAL DEL CASTILLO, en este sentido, esta configuración resulta plenamente acertada desde el momento en que permite dotar a esta modalidad de apología del contenido suficiente de injusto para justificar por sí misma su punición⁷⁷. Es decir, en ningún caso se estarían sancionando meras adhesiones o expresiones ideológicas —quedando, por tanto, el derecho a la libertad de expresión plenamente salvaguardado— sino la realización de toda una serie de conductas que, en la medida que afectan positivamente a la generación o mantenimiento de un clima de hostilidad, suponen un riesgo referido a la posible comisión de actos de terrorismo, aunque todavía no se encuentren determinados⁷⁸. En una línea parecida, GALÁN MUÑOZ sostiene que, así entendido, el art. 578 CP castigaría la difusión pública de todo un conjunto de expresiones intolerantes que, al caracterizarse por legitimar o alabar el terrorismo, son especialmente propicias para generar estos climas predelictivos donde las personas que se encuentran inmersas en ellos pueden verse abocados a la realización de actos violentos⁷⁹. En definitiva, como apunta NÚÑEZ CASTAÑO, el delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo encontraría su legitimidad en la eventual peligrosidad que presentan ciertos discursos para la protección de los derechos de terceros o el propio sistema político⁸⁰.

Para explicar este punto, GALÁN MUÑOZ recurre a la noción de violencia cultural defendida por GALTUNG⁸¹. Siguiendo al sociólogo noruego⁸², lejos de ser un fenómeno estrictamente individual, la violencia también se nutre de una dimensión colectiva. Es decir, la violencia directa —aquí entendida como la que ejercen unas personas sobre las otras— se verían

⁷⁶ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

⁷⁷ BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio”, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁸ GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁹ GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros”, *op. cit.*, p. 267.

⁸⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E. “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, *op. cit.*, pp. 8 y ss.

⁸¹ GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

⁸² GALTUNG, J. “La violencia: cultural, estructural y directa”, *op. cit.*, pp.146-168.

complementada por otras formas de violencia que, generándose tras largos procesos sociales, presentan una naturaleza colectiva, lo que hace que sean menos visibles y se asuman con mayor facilidad. Dicho esto, GALTUNG alude en primer lugar a una violencia de naturaleza estructural que, ya sea a través de reglas formales o mediante instituciones o convencionalismos sociales, se traduce en que un determinado grupo de población tenga muchas menos oportunidades que otro de acceder a aquellos medios que les permiten cubrir sus necesidades. Como señala GALÁN MUÑOZ, “se daría así lugar a una verdadera forma de violencia colectiva que, sin embargo, generalmente se califica de mera desigualdad social, empleando, al hacerlo, un eufemismo que, en realidad, resta visibilidad a esta forma de violencia y hace que no se combata, ni se busque a posibles responsables de su existencia⁸³.

Por otra parte, de manera simultánea, GALTUNG alude a una violencia cultural que, también desde esta dimensión colectiva, se caracteriza por (re)producir y extender dentro de un grupo toda una serie de discursos o doctrinas que son contrarias a otros, lo que no solo propicia la aparición de determinadas formas de violencia estructural sino también la posibilidad de que se sucedan actos de violencia directa contra los miembros del grupo desfavorecido⁸⁴. En otras palabras, esta modalidad de violencia no haría sino dar argumentos a sus seguidores para justificar —o, incluso, realizar— comportamientos violentos que tengan por objeto a los integrantes de un grupo definido por su vulnerabilidad y minimizar la aparición de posibles formas de empatía. Esta noción de violencia cultural, por su parte, es utilizada por GALÁN MUÑOZ para explicar por qué, desde la perspectiva constitucional abordada en este apartado, es penalizado el delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo. Al fin y al cabo, se trataría de una serie de mensajes y expresiones que, pese a no incitar directamente a la violencia, contribuyen a crear o mantener un clima de hostilidad que, a la postre, puede terminar propiciando la aparición de formas de violencia directa —en este caso, actos de terrorismo— contra los miembros de un grupo, lo que justificaría en última instancia su punición⁸⁵.

Todo ello, por su parte, aproximaría el enaltecimiento y la justificación pública del terrorismo a los denominados “delitos de clima”, noción introducida por JAKOBS en el debate jurídico penal⁸⁶. En este sentido, GALÁN MUÑOZ sostiene que esta nomenclatura hace referencia a figuras

⁸³ GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁴ GALTUNG, J. “La violencia: cultural, estructural y directa”, *op. cit.*, pp.146-168.

⁸⁵ GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *op. cit.*, p. 15

⁸⁶ Sobre los delitos de clima, véase especialmente, JAKOBS, G. “Criminalización en el estadio previa la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 293-324.

delictivas que, ante todo, se caracterizan por penalizar conductas que crean —o, alternativamente, se consideran aptas— para generar un clima de hostilidad u odio hacia determinadas personas o colectivos⁸⁷. En una línea muy similar, ALCACER GUIRAO los define como delitos consistentes en actos comunicativos susceptibles de generar una atmósfera favorable a la comisión futura de hechos delictivos⁸⁸. Para este último autor, en estos términos, la lesividad de estos delitos presentaría dos características fundamentales: mientras que, de un lado, el efecto inmediato de la acción comunicativa se materializaría en la creación o el mantenimiento del citado clima —generando, de este modo, actitudes de odio o discriminatorias—, la formación de estos, por el otro, daría lugar a una suerte de acumulación de expresiones de odio que, si bien es cierto que individualmente pueden llegar a carecer del potencial lesivo suficiente, conjuntamente suponen un riesgo de futura comisión de hechos delictivos⁸⁹. FUENTES OSORIO, finalmente, alude a cómo los delitos de clima se basan en una doble presunción: por una parte, penalizan acciones que, manifestando un ánimo aversivo, pueden dar lugar a climas de hostilidad; por la otra, que estos climas tienen una naturaleza predelictiva que, en última instancia, se puede materializar en la producción de hechos delictivos futuros⁹⁰.

En todo caso, como se puede apreciar, estos delitos no tienen por objeto la punición de la lesión estricta de un bien jurídico sino su puesta en peligro a través de la realización de todo un conjunto de actos previos que, dando lugar a la generación o al mantenimiento de un clima de hostilidad, pueden derivar en la comisión de futuros delitos. Como consecuencia, ALCACER GUIRAO señala que ya no resultaría necesario demostrar que la conducta realizada es idónea para generar un riesgo concreto sino que simplemente es apta para perpetuar el citado clima de hostilidad, lo que supone un adelantamiento significativo de la barrera punitiva⁹¹. Como consecuencia, no debe resultar sorprendente que, atendiendo a los principios limitadores del *ius puniendi* —particularmente, al de lesividad e intervención mínima—, estos delitos hayan sido criticados por una parte significativa de la doctrina⁹². Así, por ejemplo, GALÁN MU-

⁸⁷ GALÁN MÚÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 24-32, 2022, p. 15

⁸⁸ ALCACER GUIRAO, R. “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión”, *op. cit.*, p. 51

⁸⁹ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁰ FUENTES OSORIO, J. L. “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 19-27, 2017, p. 10.

⁹¹ ALCACER GUIRAO, R. “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión”, *op. cit.*, p. 50.

⁹² Entre otros muchos, por ejemplo, FUENTES OSORIO, J. L. “El odio como delito”, *op. cit.*, pp. 1-52; GORJÓN BARRANCO, M. C. *Ciberterrorismo y delito de odio motivado por la ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; LEÓN ALAPONT, J., “El enaltecimiento del terro-

ÑOZ sostiene que el citado adelantamiento no solo supone perder de referencia el hecho delictivo —o, incluso, la preparación del mismo— sino que, en una dimensión más general, directamente no existe ninguna referencia del peligro abstracto que se pretende evitar⁹³. FUENTES OSORIO, por su parte, también apunta en una dirección similar al señalar que la referencia a estos climas predelictivos supone una absoluta indeterminación en el objeto de punición, de modo que, al debilitarse enormemente la conexión casual entre las manifestaciones realizadas y la posterior conducta delictiva, no es posible concretar con certeza —al menos desde una perspectiva *ex ante*— qué bienes jurídicos se están protegiendo exactamente⁹⁴.

Asimismo, otra crítica que ha advertido la doctrina con respecto a los delitos de clima estriba en la más que posible quiebra del principio de culpabilidad. En este sentido, es importante tomar en consideración que los climas de hostilidad son siempre colectivos⁹⁵. Es decir, se nutren de todo un elenco de discursos y expresiones que, siendo el resultado de un largo proceso, pueden desembocar en que las personas que se encuentran inmersos en el mismo terminen cometiendo actos delictivos contra personas que pertenecen a otros grupos y están situados en una posición de vulnerabilidad. En otras palabras, aunque puede llegar a ser factible, no parece razonable pensar que en la mayoría de los casos un solo mensaje tendrá la capacidad por sí mismo para generar este clima de naturaleza predelictiva. Así, en lo que se refiere al art. 578 CP de forma específica, solo la modalidad agravada prevista en su tercer apartado parece referirse a este supuesto cuando señala que se impondrá la pena en su mitad superior o superior en grado cuando, a la vista de las circunstancias, los hechos resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor en la sociedad. De este modo, el tipo base del delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo parece aludir a hechos que, por sí mismos, no presentan tal potencial. Aquí, siguiendo a ALCACER GUIRAO, surgiría un problema importante puesto que la lesividad de la conducta se estaría construyendo más allá de la aportación individual del sujeto, siendo solo relevante cuando se toma de forma conjunta con otros discursos y expresiones⁹⁶.

rismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, *op. cit.*; NÚÑEZ CASTAÑO, E. “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, *op. cit.*, pp. 1-84

⁹³ GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros”, *op. cit.*, p. 299.

⁹⁴ FUENTES OSORIO, J. L. “El odio como delito”, *op. cit.*, pp. 1-52

⁹⁵ GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito constitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁶ ALCACER GUIRAO, R. “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión”, *op. cit.*, p. 52.

Ahora bien, en íntima conexión con este trabajo, el mayor problema que plantean los delitos de clima —y, concretamente, el enaltecimiento y la justificación pública de los delitos de terrorismo— estriba en determinar si en una conducta determinada concurre el suficiente contenido de injusto para justificar su punición. Es decir, si la misma es apta para generar la citada situación de riesgo que ponga en peligro los derechos de terceros o el sistema de libertades⁹⁷. Esta cuestión, como se puede imaginar, no es superflua en ningún caso ya que, atendiendo a lo establecido en la STC 112/2016, de 20 de junio, de ella derivaría la constitucionalidad del tipo y su compatibilidad con el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, conviene resaltar que la mera referencia al contenido del mensaje y su aptitud para crear o mantener un clima determinado resulta problemática ya que, como señala GALÁN MUÑOZ, esto supondría volver indirectamente al punto de partida y terminar acogiendo de nuevo una interpretación estrictamente literal donde supuestos que presentan una lesividad muy restringida pueden ser perfectamente castigados a través de esta figura⁹⁸. ALCACER GUIRAO, por su parte, también nota este problema cuando sostiene que, conceptualizada de esta forma, la punición de estas conductas no permite distinguir entre las que realmente generan este efecto incitador de las que no ya que se parte de considerar que todas ellas son válidas para generar el citado clima de hostilidad⁹⁹.

En aras de evitar tal problemática, GALÁN MUÑOZ propone la necesidad de realizar una interpretación del tipo restringida que, además del contenido del mensaje, también tenga en cuenta factores como el contexto, las circunstancias personales del autor o el medio empleado para su difusión¹⁰⁰. BERNAL DE CASTILLO apunta en una misma dirección cuando señala que la gravedad del injusto debe quedar determinada a través de una interpretación contextual que concrete cómo repercute la conducta en cuestión sobre el entorno terrorista¹⁰¹. NÚÑEZ CASTAÑO, en este sentido, ha señalado que, para evitar interpretaciones extensivas y concretar exactamente cómo debe operar esta suerte de incitación indirecta a

⁹⁷ Precisamente, frente a esta problemática y en el contexto específico del discurso del odio, han surgidos diversos instrumentos internacionales que aspiran a definir los elementos que deben concurrir para valorar esta cuestión. En este sentido, cabe destacar el denominado Plan Rabat, que hace referencia a la necesidad de ponderar aspectos como el contexto, las circunstancias personales del autor, la intención o el contenido y la forma del mensaje. En este sentido, véase, ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero de 2013.

⁹⁸ GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁹ ALCACER GUIRAO, R. “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y clímax de opinión”, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁰ GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros? *op. cit.*, p. 295.

¹⁰¹ BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio”, *op. cit.*, p. 21.

la violencia, la doctrina ha utilizado diversos recursos con la finalidad de determinar qué conductas deben resultar punibles¹⁰²: así, en primer lugar, se ha exigido que, desde una perspectiva *ex ante*, la conducta presente el grado de idoneidad necesario para generar la citada situación de riesgo y poner en peligro —aunque sea de manera abstracta— los derechos de terceros o el sistema de libertades. Dicho de otro modo, no toda persona que emite un mensaje que enaltece o justifica públicamente el terrorismo tiene la capacidad para ocasionar tal situación.

Precisamente, en este punto, GALÁN MUÑOZ alude a la importancia de valorar las circunstancias personales del autor. Así, no sería lo mismo que esta conducta sea realizada por un líder religioso o político que tiene un cierto predicamento en una comunidad de individuos que una persona anónima¹⁰³. Por otra parte, este mismo autor también destaca la importancia de tomar en consideración los destinatarios del mensaje. En este sentido, tampoco es lo mismo que el mensaje sea emitido en un auditorio nutrido por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o Profesores Universitarios —en el que, independientemente de que el mensaje sea más o menos apto, resulta difícil imaginar que se genere la citada situación de riesgo y alguno de los asistentes termine participando en el fenómeno terrorista— que en las redes sociales donde el perfil de destinatarios es infinitamente más amplio¹⁰⁴.

A la hora de efectuar esta interpretación restrictiva, otro factor importante que ha resaltado la doctrina es el contexto en el que queda inmersa la conducta, destacándose especialmente la importancia de valorar si, en el momento de los hechos, sigue operativa la organización o grupo terrorista que se enaltece o justifica. Así, por ejemplo, BERNAL DEL CASTILLO ha criticado el sinsentido que supone desde la perspectiva constitucional aquí abordada el hecho de que, años después del cese definitivo de la violencia armada por parte de ETA o GRAPO, una parte sustancial de los procedimientos se hayan dirigido contra sujetos que supuestamente han enaltecido o justificado estas organizaciones¹⁰⁵. En esta misma línea de pensamiento, GALÁN MUÑOZ critica que se sancionen discursos que, a pesar de apoyarse en la existencia de estos climas, no tienen ninguna capacidad por sí mismos de generar futuros delitos de terrorismo al no estar operativa la organización a la que hacen referencia. En sus palabras, “decir que dicha clase de mensajes, sin duda manifestaciones de discursos o climas de odio que incluso persisten entre determinados colectivos en la actualidad, son idóneos, desde un punto de vista *ex ante* y por sí

¹⁰² NÚÑEZ CASTAÑO, E. “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, *op. cit.*, pp. 1-84

¹⁰³ GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 22.

¹⁰⁵ BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio”, *op. cit.*, p. 38.

solos, para dar lugar a la decisión de realizar nuevos actos terroristas por parte de alguno de sus posibles receptores [...] es simplemente irreal, ya que, una vez que los movimientos que dichos mensajes respaldaban y los grupos que los siguen o seguían ya no emplean la violencia para perseguir sus fines, difícilmente se va a poder considerar como previsible que el mensaje en cuestión pueda llevar a alguno de tales sujetos a retomar la lucha armada y a cometer nuevos delitos”¹⁰⁶.

En contra de lo anterior, puede sostenerse que, en algunos casos, estos mensajes podrían tener el potencial suficiente de llegar a reactivar la actividad de estas organizaciones y derivar en la comisión de futuros actos de terrorismo. Ahora bien, a pesar de reconocer esta posibilidad, GALÁN MUÑOZ sostiene acertadamente que la misma presenta una probabilidad remota, lo que hace que, al no ser pronosticable desde una perspectiva *ex ante*, no se pueda apreciar la incitación de tipo indirecto que requiere el Tribunal Constitucional¹⁰⁷. De este modo, una parte muy significativa de la doctrina coincide en señalar que, para poder ser compatible con el derecho a la libertad de expresión, resulta exigible como precondición que la conducta enaltecedora o justificadora se dé en un contexto donde la violencia ejercida por estas organizaciones siga estando plenamente presente¹⁰⁸. Como expresa CANCIO MELIÁ en términos muy simples, sin una organización o grupo en activo, difícilmente puede hablarse de discurso provocador¹⁰⁹.

En definitiva, tal y como se ha podido apreciar a lo largo de los últimos párrafos, parece evidente que el entendimiento del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo como manifestación del “discurso del odio” plantea toda una serie de problemas que, para evitar retomar el punto de partida —esto es, una interpretación estrictamente literal del tipo que encaja difícilmente con el marco constitucional y pone en peligro el derecho a la libertad de expresión—, exigen acudir a una interpretación restrictiva del requisito referido a la generación de una situación de riesgo para los derechos de terceros o el sistema de libertades que, además del contenido del mensaje, tome en consideración aspectos como las circunstancias personales del autor, el contexto o el medio de

¹⁰⁶ GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *op. cit.*, p. 21

¹⁰⁷ *Ibidem.*, p. 22.

¹⁰⁸ Entre otros muchos, BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio”, *op. cit.*, pp.13-44; NÚÑEZ CASTAÑO, E. “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, *op. cit.*, pp. 1-84; GALÁN MUÑOZ, A. “El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?”, *op. cit.*, pp. 1-51; ALCACER GUIRAO, R. “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y clímax de opinión”, *op. cit.*, pp. 46-67.

¹⁰⁹ CANCIO MELIÁ, M. “Discurso terrorista, discurso de odio y el delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 del Código Penal): ¿riesgo o imposición de una determinada visión del pasado?”, *op. cit.*, p. 155.

difusión empleado. Ahora bien, ¿cómo ha acometido el Tribunal Supremo esta tarea?

3. Construcción jurisprudencial del delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo

Antes de contestar a esta pregunta, resulta pertinente aludir en primer lugar a cómo ha configurado la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante este periodo el delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo. En este sentido, lo primero que hay que destacar es que, conforme a la literalidad del tipo, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el art. 578 CP integra dos conductas delictivas diferentes¹¹⁰: de un lado, el enaltecimiento y la justificación pública del terrorismo, o de sus autores, y del otro, los actos que entrañen descréxito, desprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o sus familiares. Así, según advierte la STS 600/2017, de 25 de julio, el fundamento político criminal de una y otra sería totalmente diferente: “Mediante la primera, se tipifican aquellas expresiones que alaben las acciones terroristas, bajo el fundamento de que propician o pueden propiciar su perpetración, y ponen en riesgo a la sociedad [...] La segunda modalidad delictiva, por el contrario, protege el honor de las víctimas, de tal manera que incrimina las expresiones injuriantes que supongan humillación, mofa, descréxito o desprecio de tales víctimas, por el solo hecho de serlo, de manera que se las vilipendia de forma servil a los intereses por los que se guía el terror. Aquí no hay riesgo de comisión delictiva, sino puro y simple desprecio y humillación”¹¹¹.

De este modo, como se puede apreciar, una diferencia sustancial entre una y otra modalidad delictiva estribaría en que, si la primera requiere para ser punible la generación de una situación de riesgo —aspecto capital desde el punto de vista del objeto de estudio de este trabajo—, la segunda no lo necesitaría, revistiendo de este modo una naturaleza más privada. En este sentido, la STS 656/2007, de 17 de julio, ha señalado que esta última modalidad delictiva no hace sino proteger el honor y la dignidad de las víctimas y sus familiares, aunque también repercute sobre los sentimientos de solidaridad de la comunidad. Como señala la STS 623/2016, de 13 de julio, este hecho explica que el desvalor de la acción no quede abarcado por el delito de injurias, siendo el contexto en el que se desarrolla el que justifica una mayor punición¹¹². Al fin y al cabo, a través de estos actos, se estaría perpetuando la revictimización de las

¹¹⁰ Entre otras muchas, STS 224/2010, de 3 de marzo y STS 335/2017, de 11 de mayo.

¹¹¹ STS 600/2017, de 25 de julio.

¹¹² STS 334/2018, de 4 de julio.

personas a las que el terrorismo ha golpeado más fuerte¹¹³. De ello, por su parte, se deriva otra de las diferencias fundamentales entre el enaltecimiento y la justificación pública del terrorismo, o sus autores, y los actos de humillación: si el primero requiere para su apreciación la publicidad, los segundos —siempre en plural puesto que el tipo se refiere a “actos”— no la necesitan en ningún caso¹¹⁴, consumándose con la simple recepción de estos por parte de la víctima o sus familiares¹¹⁵. En todo caso, la jurisprudencia ha señalado que resulta necesario realizar un análisis particularmente riguroso sobre las circunstancias concretas en la que se realizó el acto hostil, humillante o vejatorio, siendo solo punibles los que objetivamente y subjetivamente sean adecuados para ello¹¹⁶. Así, por ejemplo, la STS 31/2011, de 2 de febrero, señala que “en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión”¹¹⁷.

Dejando de lado la modalidad de humillación a las víctimas o sus familiares, el Tribunal Supremo ha señalado que el primero de los incisos del art. 578 CP castiga la apología propiamente dicha, respondiendo a una *ratio legis* concreta: reforzar la tutela de los delitos de terrorismo mediante la sanción de conductas que, si bien es cierto que no son terroristas, contribuyen a favorecer el terrorismo. Así, según se señala en la STS 656/2007, de 17 de julio, “el sujeto activo con su comportamiento coloca a las acciones punibles, y a sus autores como modelo otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente”¹¹⁸. En términos parecidos, la STS 291/2020, de 10 de junio, especifica que “esta conducta va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, o camaradería nacida de vínculos ideológicos, simpatía o de la mera crítica social, y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por las citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración que genera un elevado riesgo real de que alguno de los múltiples seguidores en las redes sociales del acusado los intente repetir”¹¹⁹. Partiendo de estas premisas, el Tribunal Supremo ha señalado de forma

¹¹³ STS 335/2017, 11 de mayo.

¹¹⁴ Entre otras, STS 752/2012, de 3 de octubre y STS 334/2018, de 4 de julio.

¹¹⁵ STS 334/2018, de 4 julio.

¹¹⁶ STS 224/2010, de 3 de marzo; STS 585/2007, de 20 de junio y STS 856/2015, de 30 de diciembre.

¹¹⁷ STS 31/2011, de 2 de febrero.

¹¹⁸ STS 656/2007, de 17 de julio.

¹¹⁹ STS 291/2020, de 20 de junio.

reiterada que el enaltecimiento y la justificación pública del terrorismo no hace sino perseguir el discurso del odio en su vertiente de alabanza o justificación de acciones terroristas¹²⁰

Por otra parte, la jurisprudencia ha señalado en reiteradas ocasiones que, desde una dimensión objetiva, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos para poder apreciar este delito¹²¹: 1) la existencia de unas acciones o palabras que enaltezcan o justifiquen el terrorismo¹²²; 2) el objeto de tal enaltecimiento o justificación pueden ser cualquier de las conductas definidas como delitos de terrorismo —arts. 571 a 577 CP— o sus autores¹²³; 3) por último, se requiere que esta acción se realice a través de cualquier medio de expresión o difusión que otorgue una cierta publicidad. En estos términos, como expresa la STS 135/2020, de 7 de mayo, la conducta típica consistiría en “ensalzar, engrandecer, alabar, dignificar, apreciar, mostrar admiración por la actividad terrorista o la justificación, es decir, describir como justo el terrorismo como medio de solución de conflictos, esto es, una relativización o la negación de su antijuridicidad, lo cual puede suponer una cierta identificación con los autores”¹²⁴. En todo caso, precisa esta misma resolución que el enaltecimiento es algo más que la mera aprobación o el asentimiento y que la justificación trasciende la simple explicación, debiendo quedar en todo caso referidas de forma clara a la actividad tipificada como terrorista en el Código Penal o sus autores¹²⁵. Dicho esto, la STS 512/2017 ha enfatizado que se trata de una figura delictiva que consiste siempre en un comportamiento activo —excluyendo, de este modo, la comisión por omisión—, revistiendo además la naturaleza de delito de mera actividad, sin que quepa exigirse por tanto la producción de un resultado concreto.

En cuanto a los elementos subjetivos que integran el tipo, la STS 4/2017, de 18 de enero, señala que el art. 578 CP solo exige dolo, es decir, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. Así, según se señala en esta resolución, no se precisa en ningún caso acreditar con qué finalidad se ejecutaron los actos de enaltecimiento o humillación puesto que el tipo no lo precisa. En una misma línea, la STS 59/2019, de 5 de febrero, advierte que “basta con conocer que los mensajes ob-

¹²⁰ Entre otras muchas, STS 335/2017, de 11 de mayo y STS 334/2018, de 4 de julio

¹²¹ Por ejemplo, STS 948/2016, de 15 de diciembre; STS 354/2017, STS 47/2019, de 4 de febrero; STS 135/2020, de 7 de mayo.

¹²² Según el Tribunal Supremo, “enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar aquí supone presentar o hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal de carácter terrorista” (STS 948/2016, de 15 de diciembre).

¹²³ Sobre esta cuestión, la STS 948/2016, de 15 de diciembre, advierte que “no es necesario identificar a una o a varias de tales personas, pues puede cometerse también en referencia a un colectivo genérico de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos” (STS 948/2016, de 15 de diciembre).

¹²⁴ STS 135/2020, de 7 de mayo.

¹²⁵ STS 135/2020, de 7 de mayo.

jetivamente, por su contenido, encierran esa potencialidad para que se colmen las exigencias culpabilísticas. No es necesario probar que el emisor tuviese un propósito específico y deliberado de fomentar acciones terroristas concretas o que confiase en que alguien fuese a hacerlo como consecuencia directa de sus mensajes. Se castiga la contribución a generar o alimentar un determinado clima o atmósfera (delito de peligro abstracto); no un influjo en acciones terroristas concretas”¹²⁶. En definitiva, como señala la STS 135/2020, de 7 de mayo, debe deslindarse claramente el dolo del móvil del delito, exigiendo el tipo penal solo el primero de ellos. Asimismo, también se especifica en esta resolución que, según las circunstancias, se admite el dolo eventual.

A pesar de la claridad con la que estas resoluciones se pronuncian sobre los elementos subjetivos del tipo, lo cierto es que otras sí parecen demandar la concurrencia de una suerte de intención específica en el sujeto, generándose una confusión importante. Así, por ejemplo, en la STS 378/2017, de 25 de mayo, se señala que “Al respecto debemos recordar que ni siquiera se afirma como hecho probado el enunciado en el que habría de predicarse el componente subjetivo del tipo constitucionalmente exigible, constituido por la «tendencia», en la voluntad del autor, a querer incitar efectiva y realmente la comisión de delitos de terrorismo. Ni aún de manera indirecta. 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”¹²⁷. En un sentido parecido a otras muchas resoluciones¹²⁸, la STS 673/2020, de 10 de diciembre, también reclama este elemento tendencial, señalándose la necesidad de acreditar bajo exigencias constitucionales con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación.

En todo caso, como elemento adicional de análisis, también es importante tener en cuenta que, en la resolución del recurso de amparo presentado por Cesar Strawberry ante la STS 4/2017, de 18 de enero —cuya argumentación, recuérdese, gira en torno a la idea de que resulta irrelevante para poder apreciar este delito cuáles son las motivaciones que impulsan la conducta enaltecedora o justificadora del terrorismo—, el Tribunal Constitucional, en su STC 35/2020, de 25 de febrero, ha fallado que se vulneró el derecho a la libertad de expresión del recurrente al entender que no se valoró suficientemente si la conducta enjuiciada era una legítima manifestación de este derecho. En palabras del máximo in-

¹²⁶ STS 59/2019, de 5 de febrero.

¹²⁷ STS 378/2017, de 25 de mayo.

¹²⁸ En otras, STS 378/2017, de 25 de mayo, STS 560/2017, de 13 de julio, y STS 600/2017, de 25 de julio.

térprete de la Constitución, “No corresponde a nuestra jurisdicción pronunciarnos sobre si la intención perseguida con los mensajes enjuiciados se integra como elemento en el tipo objeto de acusación. Ahora bien, desde la perspectiva de la exigencia constitucional de ponderar previamente la eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión, aquella intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho”¹²⁹

Por último, desde la STC 112/2016, de 20 de junio, la mayor parte de resoluciones aluden a la necesidad de valorar si concurre en la conducta del acusado algún tipo de incitación —aunque sea indirecta— a la comisión de delitos terroristas que, generando una situación de riesgo, haga justificable desde el punto de vista constitucional la sanción de estos comportamientos. Así, el Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas resoluciones que “no basta esa objetiva, pero mera, adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos significan. La antijuridicidad, pese a ello, puede resultar excluida, incluso formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debamos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo, si se quiere) de la antijuridicidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal”¹³⁰. En este sentido, según advierte en la STS 185/2019, de 2 de abril, el tipo debe completarse necesariamente con el análisis de la situación de riesgo que genera mantener estos comportamientos para la colectividad social y los derechos de terceros, recayendo precisamente en este punto las razones que justifican su punición.

Ahora bien, como señala la STS 135/2020, de 7 de mayo, esto no debe llevar al equívoco de considerar que la primera modalidad delictiva que

¹²⁹ STC 35/2020, de 25 de febrero. Para un mayor detalle sobre esta sentencia, véase por ejemplo, PENA GONZÁLEZ, W. “El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la libertad de expresión y la exaltación del terrorismo, comentario a la STC 35/2020, de 25 de febrero”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2020.

¹³⁰ Por ejemplo STS 378/2017; STS 560/2017, de 13 de julio; STS 600/2017, de 25 de julio, STS 79/2018, de 15 de febrero.

integra el art. 578 CP exige la concreta puesta en peligro de un bien jurídico para poder ser castigada. Más bien, se trataría de un delito de peligro abstracto en el que la peligrosidad se supone inherente a la acción realizada. Tal y como se señala el Tribunal Supremo, “Estamos ante un delito de peligro abstracto, esto es aquel en que la «peligrosidad se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que, en el caso concreto, quedó excluida de antemano», lo que exige que el comportamiento determinado sea de hecho peligroso objetivamente ex ante, idóneo en el momento de la acción para producir el menoscabo lesivo aunque no se requiera tampoco una concreta puesta en peligro ex post”¹³¹. Todo ello, por su parte, plantea la exigencia de establecer el denominado grado de probabilidad, algo que, como señala acertadamente la STS 291/2020, de 10 de junio, no está ausente de dificultad.

En todo caso, la STS 135/2020, de 7 de mayo, en la línea de lo señalado por la Directiva (UE) 2017/541, de 15 de marzo, señala que, para valorar el riesgo, se deben examinar en cada caso concreto las circunstancias específicas de este, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se ha desarrollado el acto, de tal manera que se ponga adecuadamente la importancia y verosimilitud del mismo. Esta operación, como se puede imaginar, resulta de una vital importancia puesto que de ella depende la realización —o no— de una interpretación constitucional del tipo. Ahora bien, ¿cómo ha aplicado el Tribunal Supremo estos criterios en cada uno de los casos que se han ido sucediendo desde la publicación de la STC 112/2016, de 20 de junio?

4. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la exigencia de generar una situación de riesgo

Desde la publicación de la STC 112/2016, de 20 de junio, el Tribunal Supremo ha dictado hasta la fecha un total de 30 sentencias que analizan el art. 578 CP. Como se ha señalado más arriba, no es infrecuente en esta materia —algo que, por su parte, no deja de resultar preocupante— que el Tribunal Supremo no aclare por cuál de las modalidades delictivas que integran este artículo se está condenando o absolviendo, llegando incluso en algunas ocasiones a aplicar los requisitos del enaltecimiento y justificación pública del terrorismo al delito de humillación a las víctimas y sus familiares. Así, por ejemplo, la STS 95/2018, de 26 de febrero, relativa al conocido caso de la tuitera Cassandra Vera, centra su argumentación en el delito humillación a las víctimas y, seguidamente, analiza la situación de riesgo que se genera con los tuits publicados, algo que no deja de ser paradójico si se toma en consideración

¹³¹ STS 135/2020, de 7 de mayo.

que, según el propio Tribunal Supremo, la generación de la situación de riesgo es propia del delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo y no del de humillación a las víctimas o sus familiares. Un número reducido de sentencias, sin embargo, sí aclaran por cuál de los dos delitos se está condenando o absolviendo. En este sentido, tras comprobar que no se mezclan los requisitos y que no se alude en ningún sentido a la generación de una situación de riesgo, se han excluido de la muestra dos sentencias que sí se refieren de manera exclusiva a la modalidad de humillación a las víctimas o sus familiares. Por ello, la muestra total del periodo aludido se compone de un total de 28 sentencias (Tabla 1):

Tabla 1

Año	Nº. de sentencias	N.º de resolución	Tipo de terrorismo	Sentido del fallo
2024	2	STS 107/2024, de 1 de febrero	Yihadista	Absolutorio
		STS 68/2024, de 24 de enero	Yihadista	Condenatorio
2021	2	STS 645/2021, de 16 de julio	Yihadista	Absolutorio
		STS 137/2021, de 17 de febrero	Yihadista	Condenatorio
2020	4	STS 673/2020, de 10 de diciembre	Yihadista	Condenatorio
		STS 291/2020, de 10 de junio	ETA/GRAPO	Condenatorio
		STS 196/2020, de 20 de mayo	Yihadista	Condenatorio
		STS 135/2020, de 7 de mayo	ETA/GRAPO	Condenatorio
2019	3	STS 185/2019, de 2 de abril	ETA/GRAPO	Condenatorio
		STS 59/2019, de 5 de febrero	ETA	Condenatorio
		STS 47/2019, de 4 de febrero	Yihadista	Condenatorio

Año	Nº de sentencias	N.º de resolución	Tipo de terrorismo	Sentido del fallo
2018	5	STS 646/2018, de 14 de diciembre	ETA/GRAPO	Absolutorio
		STS 95/2018, de 26 de febrero	ETA	Absolutorio
		STS 79/2018, de 15 de febrero	ETA/GRAPO	Condenatorio
		STS 72/2018, de 9 de febrero	Yihadista	Absolutorio
		STS 52/2018, de 31 de enero	ETA	Absolutorio
2017	9	STS 706/2017, de 21 de octubre	ETA	Condenatorio
		STS 600/2017, de 25 de julio	ETA	Absolutorio
		STS 378/2017, de 25 de mayo	ETA/GRAPO	Absolutorio
		STS 354/2017, de 17 de mayo	Yihadista	Condenatorio
		STS 335/2017, de 11 de mayo	ETA	Condenatorio
		STS 216/2017, de 29 de marzo	Yihadista	Absolutorio
		STS 221/2017, de 29 de marzo	Yihadista	Condenatorio
		STS 206/2017, de 28 de marzo	ETA	Condenatorio
		STS 4/2017, de 18 de enero	ETA/GRAPO	Condenatorio
2016	3	STS 948/2016, de 15 de diciembre	ETA	Condenatorio
		STS 820/2016, de 2 de noviembre	ETA	Condenatorio
		STS 623/2016, de 13 de julio	ETA	Condenatorio

Como se puede apreciar, uno de los primeros aspectos que resulta llamativo de esta muestra estriba en el hecho de que un número importante de procedimientos —60%— se refieren a formas de terrorismo que, afortunadamente, ya no se consideran en la actualidad como una amenaza. En este sentido, cabe recordar que, si ETA cometió su último atentado en el año 2010, anunciando el cese definitivo de la violencia armada en el

año 2011, GRAPO ejecutó su último atentado en el año 2006. Tal y como se ha argumentado a lo largo del trabajo, la comprensión del delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo como expresión del discurso del odio implica penalizar toda una serie de comportamientos que contribuyen a crear o mantener un clima de hostilidad que, a la postre, puede incitar a otros a cometer delitos de terrorismo. Así, aunque la eventual reactivación de estos grupos puede llegar a ser un escenario posible, la materialización del mismo se ha presentado como altamente improbable durante la última década. Sobre esta cuestión, cabe recordar que, si bien es cierto que el delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo no requiere para su apreciación la puesta en peligro concreta de ningún bien jurídico, tampoco se puede olvidar que la interpretación constitucional del tipo exige que la conducta realizada sea idónea desde una perspectiva *ex ante* para generar un riesgo que pueda materializarse en la comisión de futuros delitos de terrorismo. Por ello, cabría esperar que, en este contexto, el Tribunal Supremo hubiese realizado una labor especialmente cuidadosa y detallada de interpretación y análisis de cada caso para llegar a sentencias condenatorias.

Por otra parte, en íntima conexión con este punto, también es relevante el elevado número de fallos condenatorios —68%— que existen durante este periodo. En este sentido, tomando en consideración la tensión que genera este delito con el derecho a la libertad de expresión, también resulta esperable que el Tribunal Supremo hubiese realizado un importante esfuerzo argumentativo a la hora de examinar la aplicación del mismo, valorando entre otras cuestiones las circunstancias específicas que concurren en cada caso —lo que supone ponderar, entre otras cosas, las circunstancias personales del autor, el destinatario del mensaje o el medio empleado— y el contexto en el que queda inmerso. Ahora bien, ¿ha sido esto realmente así?

4.1. Sentencias que no analizan el riesgo

En primer lugar, conviene advertir que existe un importante número de sentencias —36%— en las que, ni siquiera de forma superficial, se valora el riesgo que genera la conducta enaltecedora o justificadora para incitar a otros —aunque sea de forma indirecta— a cometer delitos de terrorismo, lo que supone claramente apartarse del canon de interpretación marcado por el Tribunal Constitucional en su STC 112/2016, de 20 de junio (Tabla 2).

Tabla 2

Año	N.º de resolución	Tipo de terrorismo	Sentido del fallo
2024	STS 68/2024, de 24 de enero	Yihadista	Condenatorio
2018	STS 79/2018, de 15 de febrero	ETA/GRAPO	Condenatorio
2017	STS 706/2017, de 21 de octubre	ETA	Condenatorio
	STS 335/2017, de 11 de mayo	ETA GRAPO	Condenatorio
	STS 216/2017, de 29 de marzo	Yihadista	Absolutorio
	STS 221/2017, de 29 de marzo	Yihadista	Condenatorio
	STS 206/2017, de 28 de marzo	ETA	Condenatorio
	STS 4/2017, de 18 de enero	ETA/GRAPO	Condenatorio
2016	STS 820/2016, de 2 de noviembre	ETA	Condenatorio
	STS 623/2016, de 13 de julio	ETA	Condenatorio

En este sentido, ante la falta de análisis de este elemento, la pregunta que emerge es clara: ¿qué toma entonces en consideración el Tribunal Supremo para poder apreciar —o no— la concurrencia de este delito? El principal factor que parece dar respuesta a esta cuestión es la literalidad de los propios mensajes, lo que no hace sino reproducir la primera tendencia jurisprudencial que se desarrolló de forma previa a la STC 112/2016, de 20 de junio. Así, por ejemplo, la STS 623/2016, de 13 de julio, confirma la condena impuesta a un sujeto por publicar mensajes en Twitter como “Viva ETA militar” o “De qué tiene la frente morada Irene Villa? De llamar a las puertas”, señalando —sin realizar ningún tipo esfuerzo argumentativo— que las expresiones vertidas son incuestionablemente constitutivas del delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas¹³². En una línea parecida, aunque menciona superficialmente la STC

¹³² Esta sentencia, por su parte, sí hace alusión a la importancia de las circunstancias personales del acusado, no para apreciar el delito en la línea de lo señalado por el Tribunal Constitucional, sino para rebajar la pena por entender que es desproporcional. Así, en las palabras del Tribunal Supremo, “Como antes hemos expresado la penalidad en este tipo de delitos ha de ponderarse no solamente en función de las expresiones que conforman el tipo objetivo del delito, sino sustancialmente con base en la personalidad y en este caso juventud de la autora de esta infracción criminal, cuyo comportamiento debe condenarse, siendo así que deberá proclamarse en este tipo de acciones un ejercicio de ciudadanía responsable” (STS 623/2016, de 13 de julio). En un mismo sentido, también dentro de este grupo de sentencias, la STS 206/2017, de 28 de marzo, también toma en consideración las circunstancias personales para rebajar la pena pero no para analizar si concurre o no el citado riesgo. Así, como señala el Tribunal Supremo, Hemos de concluir, que se trata de circunstancias excepcionales, abandonado por su familia biológica, en conflicto con su familia adoptiva, sin domicilio, con problemas de salud mental no debidamente tratados, los sentimientos de odio y prejuicio, aunque no resulten justificados, sí que resultan explicables y por ende especialmente ponderables en la individualización de la pena, deter-

112/2016, de 20 de junio, la STS 820/2016, de 2 de noviembre, también confirma la condena impuesta a un sujeto por publicar mensajes enaltecedores y humillantes —entre otros, “Tengo la botella de champán preparada para el día que se retome la lucha armada” o “Por cada agresión a la clase obrera un coche-bomba”— en Facebook y Twitter. En palabras del Tribunal Supremo, “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. Y eso necesariamente era captado por el recurrente [...]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. Nada reprochable ha de verse en ello. Los hechos han sido probados y ciertamente desde ahí se hace muy difícil encontrar una disculpa razonable que sea convincente”¹³³

La STS 4/2017, de 18 de enero, merece una especial atención. Como se ha señalado más arriba, esta casa la sentencia absolutoria de la Audiencia Nacional y condena al cantante Cesar Strawberry a la pena de un año de prisión por publicar en la red social Twitter mensajes como “el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO” o “a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora”. Esta resolución, por su parte, comienza con un esperanzador inicio donde se señala que “Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo”. Sin embargo, en su ejercicio de interpretación, el Tribunal no valora en ningún momento la situación de riesgo que ocasionan estos mensajes, centrándose su argumentación en la literalidad de las manifestaciones vertidas. Así, por ejemplo, se señala que “desde esta perspectiva, es evidente que afirmaciones evocadoras de una mal entendida nostalgia por la actividad terrorista de los GRAPO, cuyas acciones armadas se echan en falta para acabar con “...el fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre”; el deseo de un nuevo secuestro de Ortega Lara —víctima de la privación de libertad más duradera en la historia del terrorismo de ETA—; la justificación del asesinato de Carrero Blanco aplicado a otros personajes históricos, sin cuya asimilación “... la longevidad se pone siempre a su lado”; o, en fin, la descripción de un “roscón-bomba” como un regalo idóneo para el día del cumpleaños del

minantes por su especial intensidad, no sólo la rebaja en dos grados, sino la imposición en su umbral mínimo, dentro de este; es decir, seis meses de prisión” (STS 206/2017, de 28 de marzo).

¹³³ STS 820/2016, de 2 de noviembre.

Rey, son expresiones que colman la tipicidad descrita por el art. 578 del CP”¹³⁴.

Asimismo, esta sentencia recalca que las circunstancias personales que concurren en el caso concreto —en este supuesto, el acusado es cantante y letrista del grupo *Def con Dos*, además de articulista y novelista— no pueden operar como una suerte de causa exoneratoria, así como tampoco el hecho de que los mensajes hubiesen sido publicados con una intencionalidad crítica. En palabras del Tribunal Supremo, “esta Sala no puede identificarse con una interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística. Entre otras razones, porque esos complementos explicativos no se incluyen en el mensaje de burla. Éste llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe [...] Afirmaciones como las difundidas en la red por Luis Miguel alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano”¹³⁵. Por último, también conviene notar que, a pesar de que la sentencia hace referencia a la importancia de las redes sociales, tampoco se analiza detalladamente este aspecto, limitándose a señalar que este aspecto debe ser tenido en cuenta.

En referencia al resto de sentencias que integran este grupo, todas ellas prestan una importancia decisiva a la literalidad de los mensajes. Por ejemplo, cabe citar la STS 335/2017, de 11 de mayo. En ella, se confirma la condena a un sujeto por publicar diversos mensajes en la red social Twitter, entre los que se puede citar “Es una verdadera lástima que ZP disolviera ETA ahora estaría matando maderos, políticos del PP bankeros y demás chusma indeseable” o “Cuando estaba ETA el PP no estaba tan crecidito igual va siendo hora de que vuelvan y peguen unos tiros”. Al examinar este caso, el Tribunal Supremo concentra exclusivamente su atención en la literalidad de los mensajes, sin tomar en cuenta si estos son suficientes —o no— para mantener o generar la citada situación de riesgo, argumentando que “Un mero repaso de los enunciados de los mensajes difundidos por el acusado evidencian que estamos ante un caso que desborda los anchos linderos de las libertades ideológica y de expresión y que la respuesta penal es legítima. Los textos, cortos en palabras pero ricos en visceralidad, crueldad y sentimientos de odio, hablan por sí solos [...] Los hechos encajan en el art. 578 CP sin que puedan reclamar el abrigo de las citadas libertades constitucionales”¹³⁶.

¹³⁴ STS 4/2017, de 18 de enero.

¹³⁵ STS 4/2017, de 18 de enero.

¹³⁶ STS 335/2017, de 11 de mayo. Esta sentencia, en un sentido parecido a otras comentadas en este mismo apartado, toma en consideración las circunstancias personales

Asimismo, examinando el caso Valtonyc —un cantante de Rap que había subido a YouTube canciones con letras como “Que tengan miedo como un guardia civil en Euskadi” o “Un pistoletazo en la frente de tu jefe está justificado o siempre quedar esperar a que le secuestra algún GRAPO”—, el Tribunal Supremo advierte la importancia de tomar en consideración factores como la intención del sujeto o la situación de riesgo que se genera. Sin embargo, aplicando esta doctrina al caso concreto, únicamente centra su atención en el propio contenido de los mensajes, sin aludir a ningún otro factor y limitándose a reproducir el argumento planteado en la sentencia de instancia. En sus palabras, “teniendo todo ello en cuenta, la sentencia de instancia concluye —de modo compartible— que: “la pluralidad de mensajes contenidos en las canciones publicados en Internet y con acceso abierto por el acusado tienen un indudable carácter laudatorio de las organizaciones terroristas GRAPO y ETA y de sus miembros, el cual va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, solidaridad con los presos o camaradería nacida de vínculos ideológicos y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por la citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración . Los referidos contenidos no quedan amparados por la libertad de expresión o difusión de opiniones invocada por el acusado y su defensa.” Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado”¹³⁷.

Dentro de este grupo de sentencias que conceden una importancia decisiva a la literalidad de los mensajes, cabe destacar que, algunas de ellas, sin analizar en el caso concreto si se genera —o no— una situación de riesgo, toman en consideración para apuntalar el desvalor de la conducta factores como su sostenibilidad en el tiempo, el uso de imágenes

para rebajar la pena mediante la aplicación de la atenuante analógica, pero no para apreciar si concurre o no el delito. En palabras del Tribunal, “las consideraciones hechas hasta aquí no obstan a que constatemos que concurren claros y variados trastornos psíquicos que han afectado seriamente a la biografía del recurrente, con repercusiones negativas en su ámbito laboral, necesidad de bajas, sentimientos de hostilidad hacia su entorno laboral. Pueden ser desencadenantes de un enrarecimiento del carácter. Ha necesitado tratamiento intermitente. Esa realidad, reflejada en el hecho probado parcialmente, pero que podemos enriquecer en este punto con sus declaraciones y la información médica obrante en la causa (examinada solo en beneficio del recurrente) proporcionan base para una atenuante analógica del art. 21.7 CP . En esas circunstancias podemos descubrir una disminución de la culpabilidad. Ésta además, viene a ser asumida por el recurrente reconociendo las burradas que suponen esos mensajes realizados y difundidos por él, y mantenido durante años en la red pública sin importarle que fuesen captados por quienes -muchos o pocos: en este caso más bien pocos-pudiesen acceder a su cuenta”. Por su parte, conviene tomar en consideración que esta sentencia cuenta con un voto particular por el Magistrado Luciano Varela Castro, donde se critica que no se tomaran en cuenta las circunstancias personales del sujeto para apreciar -o no- el delito. Tal y como señala, Y es que no cabe valorar la tipicidad de una frase -cualquiera que ésta se asin tener en cuenta quien y en qué condiciones personales las emite. Porque la ofensa, reza el refranero, más ofende por la capacidad del emitente que por la voluntad de éste” (STS 335/2017, de 11 de mayo).

¹³⁷ STS 79/2018, de 17 de febrero.

o la necesidad de valorar todas las publicaciones en su conjunto. En este sentido, por ejemplo, la STS 206/2017, de 28 de marzo, señala que “en su descarnada, acerba y reiterada expresión, a lo largo de casi dos años, difunden un mensaje que contiene una exaltación de las acciones más violentas de un determinado grupo terrorista, un entusiasmo ante esos “momentazos”, el deseo y exhorto a su reiteración, la loa de militantes terroristas y el menoscabo y humillación de las víctimas de estos actos terroristas; cuya explícita, insistente y amarga expresividad agota su contenido, sin resquicio a conclusión alternativa de mero sarcasmo, sátira política, ironía, lítote o ficción alguna”¹³⁸. Esta misma sentencia, por su parte, también alude a cómo el uso de imágenes refuerza el contenido escrito de las publicaciones. En lo que se refiere a la necesidad de valorar todos los mensajes como un todo, la STS 706/2017, de 27 de octubre, advierte que lo importante no son los mensajes aislados, sino el contenido que se transmite en su conjunto. Tal y como se señala, “Realmente todos los aspectos del relato fáctico integrarían el delito de enaltecimiento del terrorismo, aunque unas conductas sean más claras y contundentes que otras”¹³⁹. Asimismo, también conviene resaltar que esta última sentencia es especialmente interesante puesto que avala la penalización de los denominados *retuits*, argumentando que el tipo no exige en ningún caso que los contenidos difundidos sean de autoría propia, bastando con la simple difusión y puesta a disposición de múltiples personas.

Por último, con respecto a la única sentencia absolvatoria que se encuentra en este grupo, cabe destacar que la STS 216/2017, de 29 de marzo, únicamente concentra su atención en la ambigüedad de los mensajes, sin analizar en ningún caso si se genera o no una situación de riesgo. En este sentido, esta versa sobre un caso en el que un sujeto, además de publicar mensajes supuestamente enaltecedores con un tono fundamentalmente humorístico en las redes sociales, se dedicó a serigrafiar camisetas con los emblemas de diversas organizaciones terroristas. Así, aludiendo a la ambigüedad inherente a última conducta, el Tribunal Supremo argumenta que “lo mismo puede aplicarse a la confección de camisetas o accesorios con la imagen del rehén que luego fue asesinado por el Dahes. La imagen es impactante por su brutal actitud, pero admite una doble interpretación. Es como si se xerigrafiara en una camiseta la imagen de un “garrote”, como medio antiguo de ejecución español. Esa reproducción ¿podría interpretarse como propaganda de la pena capital o como denuncia de su improcedencia por inhumana y anticonstitucional?”¹⁴⁰

¹³⁸ STS 206/2017, de 28 de marzo.

¹³⁹ STS 706/2017, de 27 de octubre.

¹⁴⁰ STS 216/2017, de 29 de marzo.

4.2. Sentencias que analizan el riesgo

Dejando de lado las sentencias anteriores, el resto de las resoluciones que componen la muestra de este estudio sí analizan, en consonancia con lo señalado por el Tribunal Constitucional en su STC 112/2016, de 20 de junio, cómo la conducta enaltecedora o justificadora del terrorismo contribuye a generar o mantener la citada situación de riesgo que, a la postre, puede terminar propiciando que otros sujetos decidan cometer delitos de terrorismo. Ahora bien, resulta conveniente notar que el nivel de análisis desarrollado en estas sentencias no es ni mucho menos uniforme, realizándose en algunos casos simples alusiones y en otros análisis mucho más complejos donde, para valorar esta cuestión, se toman en cuenta factores como las circunstancias personales, el medio de difusión empleado, el contexto o la finalidad con la que se realiza la conducta. Así, a efectos analíticos, es posible advertir la existencia de un grupo de sentencias donde, de nuevo, la literalidad de los mensajes vuelve a cobrar una importancia decisiva, hasta el punto de llegar a constituirse como el único elemento de valoración (Tabla 3), y otro en el que se ponderan otros factores más allá de la literalidad del propio contenido (Tabla 4).

4.2.1. Sentencias que derivan el riesgo de la literalidad de los mensajes

Tabla 3

Año	N.º de resolución	Tipo de terrorismo	Sentido del fallo
2021	STS 137/2021, de 17 de febrero	Yihadista	Condenatorio
2020	STS 673/2020, de 10 de diciembre	Yihadista	Condenatorio
2019	STS 47/2019, de 4 de febrero	Yihadista	Condenatorio
2018	STS 72/2018, de 9 de febrero	Yihadista	Absolutorio

Dentro de este primer grupo de sentencias que sí analizan el riesgo y conceden una importancia decisiva a la literalidad de los mensajes —que, por su parte, representa el 14% de la muestra total—, cabe citar la STS 47/2019, de 4 de febrero. En ella, se confirma la condena impuesta a dos acusados por difundir numerosos mensajes —por ejemplo, imágenes de la bandera del Estado Islámico o fotografías de combatientes de este grupo terrorista— en las redes sociales, argumentando el Tribunal Supremo que “las expresiones que se propagan por las redes sociales, a cargo de los mensajes elaborados por los recurrentes, se refieren claramente a una actividad de alabanza del Estado Islámico [...] La potencialidad de riesgo que rezuman tales mensajes, se encuentra fuera de toda duda”¹⁴¹.

¹⁴¹ STS 47/2019, de 4 de febrero.

En una misma línea, por su parte, también incide la STS 673/2020, de 10 de diciembre, donde se señala que “las frases recogidas en el relato fáctico, no se justifican en la libertad de expresión, y pueden ser tenidas como afrontosas a la convivencia, además, en este caso concreto, acreditan el riesgo abstracto que es exigido jurisprudencialmente”¹⁴². Asimismo, en esta última resolución, también se otorga importancia para acreditar el riesgo al hecho de que estos mensajes se repiten una y otra vez en las redes sociales.

Dentro de este grupo de sentencias, también resulta importante aludir a la STS 137/2021, de 17 de febrero. En este caso, el Tribunal Supremo confirma la condena impuesta por enaltecimiento a un sujeto que publicó en Facebook mensajes como “Sí, el terrorismo al enemigo es el deber de todo musulmán”. De nuevo, prestando exclusivamente atención a la literalidad de los mensajes y su repetición en el tiempo, el Tribunal argumenta que “Resulta evidente el riesgo que se desprende de la difusión de los mensajes, y aunque el recurrente se queje de las fechas y períodos de la difusión, lo cierto y verdad es que no se trata de elementos excluyentes de la tipicidad penal, ya que la correlación de fechas evidencia una persistencia en el tiempo desde el primer mensaje hasta el último, y que en ese periodo plasma una clara tendencia a la exaltación del fenómeno terrorista, que es lo que sanciona el tipo penal”¹⁴³. O, en una línea muy similar, “Se aprecia también el riesgo abstracto de que algunas de esas manifestaciones y las justificaciones de la actuación de concretas actuaciones terroristas o de la desplegada por los modelos que los puedan constituir, por su aptitud, un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal que pueda acabar debiéndose indirectamente a este enardecimiento a la acción violenta. El riesgo va asociado al ensalzamiento y enaltecimiento, y las expresiones que se recogen en los hechos probados lo llevan consigo”¹⁴⁴.

Por último, con respecto a la sentencia absolvatoria que también integra este grupo —STS 72/2018, de 9 de febrero—, conviene notar que la argumentación de la misma únicamente presta atención al contenido de los mensajes al entender que estos —“Ya tengo los explosivos preparados para esta noche liarla en Sol, Feliz Año, Alá es grande” y “Ahora solo falta un atentado en Madrid, unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre”— presenta una naturaleza demasiado genérica como para dar lugar a la situación de riesgo que exige el tipo penal.

De este modo, como se puede apreciar, este grupo de sentencias deriva la situación de riesgo de la literalidad de las publicaciones realizadas. En este sentido, conviene notar que esto supone una diferencia con

¹⁴² STS 47/2019, de 4 de febrero.

¹⁴³ STS 137/2021, de 17 de febrero.

¹⁴⁴ STS 137/2021, de 17 de febrero.

respecto al grupo analizado en el apartado anterior puesto que, en este último caso, el desvalor de la acción se desprendía de la propia conducta y no de la situación de riesgo generada, que no era analizada en ningún caso. Ahora bien, a efectos prácticos, resulta importante notar que una y otra interpretación podrían conducir a un resultado muy similar al tomar en consideración únicamente el contenido del mensaje y no otros factores como las circunstancias personales, el contexto o el medio de difusión empleado. Así, a pesar de hacerse referencia al riesgo, se estaría volviendo indirectamente a una interpretación literal que no respeta que los criterios fijados por el Tribunal Constitucional.

4.2.1. Sentencias que analizan el riesgo más allá de la literalidad de los mensajes

Tabla 4

Año	N.º de resolución	Tipo de terrorismo	Sentido del fallo	Factores tomados en cuenta más allá de la literalidad de los mensajes
2024	STS 107/2024, de 1 de febrero	Yihadista	Absolutorio	Contexto Circunstancias personales
2021	STS 645/2021, de 16 de junio	Yihadista	Absolutorio	Medio de difusión y destinatarios Circunstancias personales
2020	STS 291/2020, de 10 de junio	ETA/GRAPO	Condenatorio	Contexto Medio de difusión y destinatarios
	STS 196/2020, de 20 de mayo	Yihadista	Condenatorio	Medio de difusión y destinatarios
	STC 135/2020, de 7 de mayo	ETA/GRAPO	Condenatorio	Contexto Medio de difusión y destinatarios Circunstancias personales Finalidad
2019	STS 185/2019, de 2 de abril	ETA/GRAPO	Condenatorio	Contexto Medio de difusión y destinatarios Finalidad
	STS 59/2019, de 5 de febrero	ETA	Condenatorio	Contexto

Año	N.º de resolución	Tipo de terrorismo	Sentido del fallo	Factores tomados en cuenta más allá de la literalidad de los mensajes
2018	STS 646/2018, de 14 de diciembre	ETA/GRAPO	Absolutorio	Contexto Medio de difusión y destinatarios
	STS 95/2018, de 26 de febrero	ETA	Absolutorio	Contexto Circunstancias personales Finalidad
	STS 52/2018, de 31 de enero	ETA	Absolutorio	Contexto Medio de difusión y destinatarios
2017	STS 600/2017	ETA	Absolutorio	Medio de difusión y destinatarios
	STS 378/2017, de 25 de mayo	ETA/GRAPO	Absolutorio	Contexto Medio de difusión y destinatarios Circunstancias personales del autor
	STS 354/2017, de 17 de mayo	Yihadista	Condenatorio	Contexto Medio de difusión y destinatario
2016	STS 948/2016, de 15 de diciembre	ETA	Condenatorio	Contexto

En este último grupo de sentencias, que representa el 50% de la muestra total, el Tribunal Supremo sí analiza otros factores más allá de la literalidad del propio contenido. Ahora bien, esto no debe llevar al equívoco de considerar que las mismas restan importancia a este último aspecto. Así, de una forma especialmente clara, en la STS 59/2019, de 5 de febrero, se señala que “no hay duda de que las frases e imágenes en su mayoría tomadas de otros y redifundidas por el recurrente, rellenan el contenido típico del art. 578 CP. Encierran mensajes de enaltecimiento, promoción y alabanza de la actividad terrorista en general y, a veces, de concretas personas siempre con ocasión de su vinculación con una banda terrorista. Cualquiera percibe que, objetivamente, son portadoras de un intento de encender, despertar, espolear, impulsar o potenciar voluntades para ponerlas al servicio de esa actividad que se presenta como algo heroico, idealizado y atractivo. Basta con conocer que los mensajes objetivamente, por su contenido, encierran esa potencialidad para que se colmen las

exigencias culpabilísticas”¹⁴⁵. O, en una misma línea, la STS 185/2019, de 2 de abril, confirma la condena impuesta a un sujeto al entender que “las expresiones que se propagan por las redes sociales, a cargo de los mensajes elaborados por el recurrente, se refieren claramente a una actividad de alabanza y justificación de los medios violentos y una invitación a la utilización de métodos terroristas, elogiando el asesinato de policías y banqueros como algo necesario. Su potencialidad de riesgo abstracto se desprende de los propios mensajes”¹⁴⁶.

En este contexto, el Tribunal Supremo parece dar importancia al hecho de que los mensajes sean elaboración propia de la persona¹⁴⁷, vengan acompañados de imágenes¹⁴⁸ y muestren una trayectoria reiterada en el tiempo¹⁴⁹. Así, por ejemplo, en la STS 135/2020, de 7 de mayo, se alude a cómo la citada reiteración se constituye como un elemento que potencia el riesgo en cuestión. Así, en palabras del Tribunal Supremo, “No se trata de tuits ocasionales, ni producto de un momentáneo desahogo o de provocaciones puntuales previas, sino obra de una actitud reiterada en la que el acusado indica a sus 54.000 seguidores lo que está bien y lo que no, quiénes son modelo y quién no, e incitando a actuar violentamente contra la Corona y los Cuerpos policiales”¹⁵⁰. Ahora bien, conviene notar que, con respecto a la reiteración, el Tribunal Supremo también ha utilizado

¹⁴⁵ STS 59/2019, de 5 de febrero.

¹⁴⁶ STS 185/2019, de 2 de abril. También, dentro de esta misma línea, cabe destacar la STS 135/2020, de 7 de mayo, donde se señala que “El propio tenor de los mensajes, el sentido inequívoco de algunos vídeos, y las frases recogidas en el relato fáctico, no se justifican en la libertad de expresión, y pueden ser tenidas como afrentosas a la convivencia, además, en este caso concreto, acreditan el riesgo abstracto que es exigido juríspudencialmente”. Por su parte, en la STS 291/2020, de 10 de junio, se señala que “El contenido de las expresiones en las letras de canciones no se trata de una mera expresión de coincidencia, o discrepancia, con objetivos políticos, o camaradería nacida de vínculos ideológicos, simpatía o de la mera crítica social. Se trata de una difusión de mensajes que justifican la violencia y expresan simpatía frente a la eliminación física del disidente, incitando a la violencia mediante el recuerdo de personas relacionadas con actividades terroristas y ensalzando conductas que han causado grave daño al país y a muchas víctimas del terrorismo”.

¹⁴⁷ Así, por ejemplo, en la STS 354/2017, de 17 de mayo, se señala el mayor desvalor que plantea en términos de riesgo el hecho de subir a las redes sociales una foto propia donde el acusado posa empuñando un arma. En un sentido contrario, en la sentencia referida al caso de Cassandra Vera, el Tribunal alude a que los chistes realizados son de dominio público desde hace décadas, lo que resta potencial lesivo a la conducta (STS 95/2018, de 26 de febrero).

¹⁴⁸ En este sentido, examinado el caso del colectivo de rap “La Resistencia”, el Tribunal Supremo argumenta que “este riesgo se genera no solo con las letras de las canciones que se han descrito, también se acompañan unas imágenes altamente agresivas a las que en ocasiones se une la bandera de GRAPO con la alocución “Presos políticos” (STS 291/2020, de 10 de junio). La STS 354/2017, de 17 de mayo, también hace alusión a la utilización de imágenes,

¹⁴⁹ Entre otras, STS 185/2019, de 2 de abril; STS 135/2020, de 7 de mayo; STS 291/2020, de 10 de junio.

¹⁵⁰ STS 135/2020, de 7 de mayo.

el argumento contrario, enfatizando el hecho de que la sostenibilidad en el tiempo de estas conductas y la falta de producción de un resultado concreto es una prueba de la escasa entidad de estas. En este sentido, la STS 645/2021, de 16 de junio, absuelve a un sujeto que había sido condenado previamente por un delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo al entender que, además de no ser propiamente enaltecedores, “los mensajes se publicaron en un periodo de tiempo muy extenso, cerca de 3 años, lo que evidencia la escasa entidad de las publicaciones si la finalidad pretendida hubiera sido crear un clima de temor en los ciudadanos o buscar la adhesión de los seguidores de las publicaciones”¹⁵¹.

Dejando de lado la literalidad de los mensajes, toca ahora centrarse en el resto de los factores que, en este grupo de sentencias, ha tomado en cuenta el Tribunal Supremo para valorar la concurrencia —o no— de este delito. En este sentido, a efectos analíticos, se han identificado las siguientes cuatro categorías: contexto, medio de difusión y destinatarios, circunstancias personales y finalidad.

4.2.2.1. Contexto

Como se puede apreciar en la tabla 4, prácticamente todas las sentencias que componen este grupo aluden —ya sea de forma más o menos clara— al contexto en el que se desarrolla la conducta enaltecedora o justificadora del terrorismo. En este sentido, resulta importante reiterar que, al ser concebido constitucionalmente como una expresión del discurso del odio, este delito no hace sino castigar la producción o el mantenimiento de un clima de hostilidad que, a la postre, puede terminar propiciando que otros cometan delitos de terrorismo. Dicho esto, parece evidente que, más allá de la literalidad de los propios mensajes, la situación de riesgo generada dependerá en gran medida de si la forma de terrorismo a la que se enaltece o justifica se encuentra activa, lo que plantea necesariamente la exigencia de analizar el contexto en el que se desarrolla la conducta. Por supuesto, cabría imaginar la posibilidad de que un conjunto de mensajes pudiese volver a reactivar organizaciones o grupos ya desaparecidos pero, al ser un escenario muy poco probable, no sería previsible desde una perspectiva *ex ante* y, por tanto, la conducta carecería de la idoneidad necesaria. En definitiva, el contexto en el que se desarrollan estas conductas adquiere una importancia fundamental para respetar el canon de interpretación establecido por el Tribunal Constitucional en su STC 112/2016, de 20 de junio.

Ahora bien, si se observa la tabla 4 con detenimiento, rápidamente se puede advertir que una gran parte de los procedimientos —71%— versan sobre organizaciones terroristas que desde hace ya más de una década se

¹⁵¹ STS 645/2021, de 16 de junio.

encuentran inactivas, siendo en el 50% de ellos el sentido del fallo condenatorio. Así, la pregunta que emerge es clara: ¿cómo ha justificado el Tribunal Supremo la imposición de estas condenas? En la STS 948/2016, de 15 de diciembre, que confirma la condena impuesta a un sujeto por publicar mensajes —por ejemplo, “matar fachas y Txakurras no es delito... es mi deporte favorito”— en Facebook durante el periodo comprendido entre 2010 y 2014, el Tribunal Supremo argumenta que, en el momento que se ejecutaron los hechos, “todavía no se ha estabilizado un clima de convivencia pacífica que excluya de manera definitiva el denominado coloquialmente “terrorismo de baja intensidad” como método de solventar los conflictos sociales y políticos”¹⁵². En una línea muy similar, pero haciendo alusión a unos mensajes publicados entre 2012 y 2014, el Tribunal Supremo esgrime en su STS 59/2019, de 5 de febrero, que “los mensajes han de ser examinados en su contexto cronológico concreto: un momento en que la banda terrorista a la que se refieren no estaba disuelta. No puede pretenderse una aplicación retroactiva de “hechos favorables”. Sin duda puede ser factor relevante esa circunstancia para evaluar el contenido y potencialidad del mensaje; pero además de no poder evaluarse los mensajes con ese anacronismo, el dato no necesariamente anula la relevancia delictiva de actuaciones de enaltecimiento o justificación de la actividad terrorista ligada a esa organización”¹⁵³.

La STS 185/2019, de 2 de abril, que confirma la condena impuesta por la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional a un sujeto que publicó mensajes en Twitter —por ejemplo, “Soy del GRAPO puta España” o “Colgaremos al último político con las tripas del último policía”— durante el periodo comprendido entre 2012 y 2016, alude a un contexto mucho más difuso al aceptar el planteamiento del voto particular de la sentencia de instancia, donde se alude a un tiempo histórico donde “eran frecuentes reacciones violentas contra las sentencias de desahucio. También ataques a entidades bancarias por terroristas anarquistas”¹⁵⁴. Por su parte, las dos sentencias condenatorias restantes —la primera referida al caso de Pablo Hasel y la segunda al colectivo de rap “La Resistencia”— esgrimen que la inexistencia de estas organizaciones “no altera la existencia del riesgo, por cuanto lo es en abstracto, no específico o de resultado, o de realidad palpable. Se trata de valorar si el riesgo en abstracto puede deducirse de las expresiones probadas”¹⁵⁵ y que “Muchos terroristas están todavía cumpliendo condena; las huellas de las actuaciones de ETA o el GRAPO están todavía vivas en muchas víctimas y son recordadas como una experiencia traumática en nuestra sociedad. Si la historia de cada país va configurando las sensibilidades frente a ciertos temas, en el

¹⁵² STS 948/2016, de 15 de diciembre

¹⁵³ STS 59/2019, de 5 de febrero

¹⁵⁴ STS 185/2019, de 2 de abril

¹⁵⁵ STS 135/2020, de 7 de mayo.

nuestro el terrorismo ha sido y es todavía una cuestión gravísima y muy presente todavía en el recuerdo de los españoles”¹⁵⁶.

En contraposición, las sentencias absolutorias que también versan sobre están organizaciones ya desaparecidas realizan una interpretación totalmente diferente del contexto en el que la conducta enaltecedora o justificadora queda inmersa. Así, por ejemplo, en la STS 378/2017, de 25 de mayo, el Tribunal Supremo motiva fundamentalmente su decisión en la “inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con los «Grapo». Esta organización desapareció hace años y no comete atentados”¹⁵⁷. En una línea parecida, en la STS 646/2018, de 14 de diciembre, el Tribunal Supremo argumenta que “la llamada a la acción no es real, no es seria, en la medida en que la apelación se hace a organizaciones terroristas, felizmente, desaparecidas”¹⁵⁸. El caso de Cassandra Vera, por su parte, también resulta ejemplificador, argumentando el Tribunal Supremo que “los hechos se producen aquí en un contexto muy especial, comenzando por la circunstancia relevante de que el atentado objeto de mofa o burla ha tenido lugar hace ya 44 años, tiempo más que suficiente para considerarlo como un suceso histórico cuyo comentario en clave de humor no puede tener la misma transcendencia que un acontecimiento reciente”¹⁵⁹. Por último, la STS 52/2018, de 31 de enero, también alude al contexto, pero en un sentido diferente. En este caso, no se utiliza para señalar la inactividad de la organización a la que se enaltece o justifica sino para hacer coincidir los mensajes publicados con determinadas circunstancias políticas, contemplándolos de este modo como una suerte de reacción crítica de naturaleza visceral que se aleja sustancialmente del ánimo de querer incitar a otros a cometer delitos de terrorismo. Así, en palabras del Tribunal Supremo, “el contexto en que se emiten, siempre coincidentes con algún suceso o efeméride, traslucen un ánimo crítico, ajeno a cualquier incitación violenta”¹⁶⁰.

Por otra parte, con respecto a las sentencias que se refieren al terrorismo de inspiración yihadista, conviene comenzar señalando que, a diferencia del supuesto anterior, esta forma de terrorismo sí se constituye como una importante amenaza en la actualidad¹⁶¹. Así, cabe recordar que, según el Ministerio del Interior, el Nivel de Alerta Antiterorista actual es alto¹⁶². Además, también es importante considerar que la

¹⁵⁶ STS 291/2020, de 10 de junio.

¹⁵⁷ STS 378/2017, de 25 de mayo.

¹⁵⁸ STS 646/2018, de 14 de diciembre.

¹⁵⁹ STS 95/2018, de 26 de febrero.

¹⁶⁰ STS 52/2018, de 31 de enero.

¹⁶¹ En este sentido, véase a modo de ejemplo, REINARES, F., GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A. *Yihadismo y yihadistas en España. Quince años después del 11-M*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2019.

¹⁶² MINISTERIO DEL INTERIOR. “Nivel de Alerta Antiterrorista”. Disponible en [fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2024] <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/nivel-alerta-terrorista/>

morfología de esta amenaza ya no se materializa en la existencia de una única organización jerárquica con la capacidad operativa suficiente para determinar qué atentados se cometan sino que el escenario es mucho más complejo, estando conformado por múltiples organizaciones —que, por su parte, no operan necesariamente desde España—, grupos informales y actos solitarios que actúan con una cierta autonomía¹⁶³. Ante tal situación, no debe resultar sorprendente que, a la hora de motivar las sentencias, el Tribunal Supremo haya realizado un menor esfuerzo argumentativo que en el caso anterior para justificar la imposición de condenas, dando por sentado que concurre un clima de hostilidad que, viéndose reforzado por las conductas enaltecedoras y justificadoras del terrorismo, o de sus autores, puede devenir a la postre en la comisión de futuros actos violentos. En este sentido, por ejemplo, la STS 354/2017, de 17 de mayo, alude superficialmente al efecto que pueden tener los mensajes en “indeterminados destinatarios individuales, como resulta de la experiencia de diversos atentados atribuidos con acuñada expresión periodística a lobos solitarios”¹⁶⁴

Por otra parte, en cuanto a la única sentencia absolutoria que hace referencia al contexto en esta modalidad de terrorismo, el Tribunal Supremo, en su STS 107/2024, de 1 de febrero, casa la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional al entender que, entre otros aspectos, no se contextualizaron adecuadamente las publicaciones realizadas por el acusado. Entre ellas, por ejemplo, el hecho de señalar que “el único diálogo que entienden los enemigos es cortarles la cabeza o utilizar coches bomba contra ellos”. En este sentido, el Tribunal Supremo sitúa los mensajes publicados en el contexto de la guerra civil siria, donde el acusado se posiciona claramente a favor de la facción rebelde. En palabras del Tribunal Supremo, “dado el exclusivo contexto en el que realiza sus manifestaciones, la guerra civil de Siria, donde se posiciona efectivamente en favor de una de las partes rebeldes en el enfrentamiento, en el perfil de su Facebook obra una bandera del Ejército de Liberación de Siria (tres franjas horizontales, verde, blanca y negra con estrellas de cinco puntas en la central), facción que contaba con apoyo de Estados occidentales. Pero no trasluce enaltecimiento o justificación de actividades terroristas, al margen de que se congratule cuando la evolución del conflicto favorece al conjunto de rebeldes e islamistas que tratan de derrocar al régimen entonces gobernante”¹⁶⁵.

¹⁶³ DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. “Un califato sin territorio ni califa. Vida y muerte de Bagdadí y sus consecuencias para el futuro del Daesh y la yihad global”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento Marco 13/2019, 2019, pp. 835-864.

¹⁶⁴ STS 354/2017, de 17 de mayo.

¹⁶⁵ STS 107/2024, de 1 de febrero.

4.2.2.2. *Medio de difusión y destinatarios*

Al margen del contexto, otro factor que también toman en consideración una parte de las sentencias de este grupo para acreditar la situación de riesgo que exige la interpretación constitucional del art. 578 CP se refiere a aspectos que pueden ser englobados en la categoría genérica de “medios de difusión y destinatarios”. En este sentido, conviene matizar que, a pesar de la importancia de este aspecto en el delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo, lo cierto es que el Tribunal Supremo hace menciones muy breves y superficiales, sin llegar a analizar de forma exhaustiva cuál ha sido la difusión real del mensaje y a qué tipo de destinatarios ha llegado. Así, algunas de estas sentencias parten de reconocer el riesgo que supone el hecho de que el mensaje se difunda en Internet —más concretamente, en las redes sociales— ante una multitud de personas que pueden mostrar una afinidad con la persona que enaltece o justifica. En esta línea, por ejemplo, la STS 135/2020, de 7 mayo, referida al caso Pablo Hasel, alude a que la conducta se realiza “a través de redes sociales donde el acusado tiene más de 54.000 seguidores, garantizándose una enorme difusión y publicidad ante un colectivo afín, admirador¹⁶⁶. De forma similar, en el caso del colectivo de rap “La Resistencia”, el Tribunal Supremo esgrime que el requisito de la publicidad se satisface de forma eficaz desde el mismo momento en que se constata que los acusados cuentan con 1.900 suscriptores y tienen más de 400.000 visualizaciones de sus contenidos¹⁶⁷. Por último, la STS 196/2020, de 20 de mayo, también toma en consideración el número de seguidores del acusado —concretamente, 24.000—, haciendo desprender de este hecho la constatación de que la persona conocía perfectamente cuál era el eco de sus mensajes.

De este modo, parece evidente que el Tribunal Supremo concede importancia al hecho de que la conducta enaltecedora o justificadora se realice a través de Internet, particularmente en redes sociales en las que no existe ningún tipo de restricción de acceso y la persona cuenta con un elevado número de seguidores¹⁶⁸. Así, se parte de constatar el riesgo que supone que estos mensajes sean recibidos por numerosos destinatarios que, mostrando una afinidad con el autor de estos —por esta razón siguen previsiblemente a la persona en las redes sociales—, puedan terminar participando a la postre en actos violentos referidos al terrorismo. Desde esta perspectiva, por ejemplo, la STS 354/2017, de 17 de mayo, alude al riesgo que plantea en el caso del terrorismo de inspiración yihadista que estos mensajes sean recibidos por indeterminados recipientes individuales.

¹⁶⁶ STS 135/2020, de 7 mayo.

¹⁶⁷ STS 291, de 10 de junio.

¹⁶⁸ En este sentido, también STS 185/2019, de 2 de abril.

duales que son afines a esta ideología, como atestigua la experiencia de los lobos solitarios¹⁶⁹.

Dicho esto, tampoco debe resultar sorprendente que la STS 378/2017, de 25 de mayo, haya casado la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional argumentando que “en ninguna de las tres publicaciones de la página de Facebook del acusado aparece la réplica de algún internauta. Lo que significa que no consta si dichos mensajes han sido leídos por otras personas, ni siquiera que tenga seguidores”¹⁷⁰. También, en un sentido parecido, la STS 52/2018, de 31 de enero, fundamenta la absolución en que “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, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública”¹⁷¹. Por último, en esta misma línea, la STS 646/2018, de 14 de diciembre, casa la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional sobre la base de escasa difusión que tuvieron los tuits realizados por el acusado, señalado que “su conocimiento general no resulta de la publicación, sino de la localización posterior, y su divulgación va más allá de la pretensión del emisor”¹⁷².

Sin embargo, en una línea opuesta a lo anterior y dejando un gran espacio para la inseguridad jurídica, la STS 185/2019, de 2 de abril argumenta que la ausencia de interacción por parte de los seguidores —en este supuesto, únicamente 250— no puede considerarse en ningún caso como una suerte de elemento negativo del tiempo, derivando el riesgo la literalidad de las expresiones utilizadas. En todo caso, a la hora de publicar el contenido en las redes sociales, el Tribunal Supremo, en su STS 600/2017, de 25 de junio, ha señalado que hay que ser especialmente cuidadoso con los retuits —es decir, el reposteo de otras publicaciones anteriores en Twitter— ya que, en estas, el elemento subjetivo del tipo puede quedar fácilmente desvanecido¹⁷³.

Por último, al margen de las redes sociales, también se ha señalado que otros medios son adecuados para generar el riesgo requerido por el Tribunal Constitucional en su STS 112/2016, de 20 de junio. Así, particularmente, se ha señalado esto con respecto al género musical del rap en la STS 291/2020, de 10 de junio, donde se señala que “El género musical por sí mismo no puede suponer suerte alguna de elemento negativo del tipo y por ello, si bien el lenguaje del rap es extremo, provocador, alegórico y simbólico, la alabanza, la justificación de los terroristas y sus acciones,

¹⁶⁹ STS 354/2017, de 17 de mayo.

¹⁷⁰ STS 378/2017, de 25 de mayo.

¹⁷¹ STS 52/2018, de 31 de enero.

¹⁷² STS 646/2018, de 14 de diciembre.

¹⁷³ STS 600/2017, de 25 de junio.

aunque sea en este formato, no puede quedar fuera del ámbito del injusto del art. 578 del CP”¹⁷⁴.

4.2.2.3. Circunstancias personales

En este grupo de sentencias que analizan el riesgo más allá de la literalidad de los propios mensajes, el 36% de ellas hace alguna referencia a las circunstancias personales del acusado. Sin embargo, llama la atención que la inmensa mayoría de estas —80%— son absolutorias. Ahora bien, antes de examinar cómo ha valorado el Tribunal Supremo esta cuestión, conviene comenzar advirtiendo que este factor ha sido analizado por el citado órgano jurisdiccional de una forma muy superficial, limitándose en el mejor de los casos a un par de frases por resolución. Así, por ejemplo, en la STS 107/2024, de 1 de febrero, se alude a que la sentencia de instancia no tomó en consideración para valorar la situación de riesgo generada que los mensajes fueron publicados por un ciudadano español de ascendencia siria que aun contaba con familia en este país, lo que explicaría su clara toma de postura por el bando rebelde en un contexto de guerra civil y la visceralidad de sus publicaciones. En un sentido parecido, la STS 645/2021, de 16 de junio, también criticó que la sentencia de instancia no tuviera en cuenta factores personales como el nivel cultural o el grado de implicación en la subcultura. Por su parte, en la sentencia referida al caso de Cassandra Vera, el Tribunal Supremo pondera especialmente en su valoración la edad de la persona, enfatizando que tenía 18 años cuando realizó diversas publicaciones sobre un atentado —el de Carrero Blanco— que había sucedido 22 años antes de que naciera. Así, en palabras del Tribunal Supremo, “la publicación de esos tuits a los 18 años de edad, en los que se limita a reproducir lo que otros sujetos ya han dicho y a ridiculizar o banalizar el atentado de una persona que para él es un personaje de la historia que le queda muy lejos en el tiempo, constituyen circunstancias también a tener en cuenta al apreciar el alcance de los hechos y el exceso que supone activar en el caso concreto el sistema penal”¹⁷⁵. Finalmente, la STS 378/2017, de 25 de mayo, hace una referencia genérica a que no se tomaron en cuenta las circunstancias personales del autor, sin concretar en ningún caso cuáles eran estas.

Con respecto a la única sentencia condenatoria que sí toma en consideración las circunstancias personales, referida al caso de Pablo Hasel, el Tribunal Supremo, en su STS 135/2020, de 7 de mayo, deriva el riesgo generado de circunstancias como que el autor de las publicaciones ya había sido condenado con anterioridad por este delito o que tenía un amplio número de seguidores en las redes sociales.

¹⁷⁴ STS 291/2020, de 10 de junio.

¹⁷⁵ STS 95/2018, de 26 de febrero.

4.2.2.4. Finalidad

Finalmente, el último elemento que curiosamente toma en consideración el Tribunal Supremo en alguna de las sentencias —29%— que componen este grupo se refiere a la valoración de la finalidad con la que se realizó la conducta que, desde una dimensión objetiva, enaltece o justifica el terrorismo. Esto es curioso porque, tal y como se ha señalado más arriba, este órgano jurisdiccional se ha esforzado particularmente en numerosas de sus resoluciones sobre este delito en deslindar el dolo del propósito o la finalidad del autor, señalando que el art. 578 CP solo exige el primero de ellos¹⁷⁶. Por ello, resulta sorprendente que, para valorar el riesgo, se analice cuál era la finalidad del autor. Así, con respecto a las dos sentencias condenatorias que se refieren a esta cuestión, la STS 135/2020, de 7 de mayo, señala que el acusado actuó “Con una clara intención objetiva de enaltecer esas trayectorias terroristas —métodos violentos—, con potencial riesgo final de que algún seguidor, aleccionado por las expresiones y la justificación del terrorismo que encierran, acabe usando la violencia para conseguir los fines prohibidos en el Art. 573.1 in fine CP”¹⁷⁷. En una línea parecida, la STS 185/2019, de 2 de abril, señala que “también entendemos que está acreditada la intención de provocar o incitar como elemento tendencial, y en este sentido hay que tener en cuenta, no solo la literalidad explícita de algunos de los mensajes, sino y también, la prolongación en el tiempo de los mismos”¹⁷⁸.

Por otra parte, la finalidad también ha sido analizada en dos sentencias absolutorias. En este sentido, en la STS 95/2018, de 26 de febrero, que casa la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo argumenta que “Pues bien, en el caso enjuiciado entendemos que no se da ninguna de las circunstancias referidas en los criterios señalados en la jurisprudencia del TC, 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”¹⁷⁹. En esta misma línea, precisamente, incide la STS 645/2021, de 16 de julio, para justificar el fallo absolutorio, señalando que “resulta de relevancia que los mensajes se publicaron en un periodo de tiempo muy extenso, cerca de 3 años, lo que evidencia la escasa entidad de las publicaciones si la finalidad pretendida hubiera sido crear un clima de temor en los ciudadanos o buscar la adhesión de los seguidores de las publicaciones”¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Así, sobre esta cuestión, véase especialmente la STS 4/2017, de 18 de enero.

¹⁷⁷ STS 135/2020, de 7 de mayo.

¹⁷⁸ STS 185/2019, de 2 de abril.

¹⁷⁹ STS 95/2018, de 26 de febrero.

¹⁸⁰ STS 645/2021, de 16 de julio.

5. Conclusiones

Tal y como se ha podido apreciar a lo largo de ese trabajo, el delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo es interpretado por el Tribunal Constitucional como una expresión del discurso del odio cuya apreciación exige la constatación de que se ha generado una situación de riesgo que ponga en peligro los derechos de terceros o el propio sistema de libertades. En este sentido, alejándose de las exégesis de naturaleza estrictamente literal, el máximo intérprete de la Constitución señala que la punición de este delito solo es compatible con la libertad de expresión —y, en consecuencia, con el sistema político español— cuando la conducta realizada actúa como una suerte de incitación, aunque sea indirecta y en abstracto, para que otros cometan delitos de terrorismo. Al fin y al cabo, según esta lectura, lo que se estaría penalizando con la primera modalidad delictiva que integra el art. 578 CP no sería otra cosa que la generación o el mantenimiento de un clima de hostilidad que, a la postre, pueda terminar propiciando que sujetos indeterminados ejecuten delitos de terrorismo. De este modo, bajo la consideración de que contribuyen a perpetuar este fenómeno, se justifica que conductas aparente poco lesivas desde el punto de vista del Derecho Penal sean castigadas con penas de prisión que oscilan entre uno y tres años.

Ahora bien, como se ha argumentado a lo largo de las páginas precedentes, esta interpretación tampoco está exenta de problemas, especialmente en lo que se refiere al adelantamiento de la barrera punitiva que conlleva. Dicho de otro modo, aquí no se estaría castigando la lesión de un bien jurídico o su concreta puesta en peligro, sino la realización de toda una serie de conductas que generan o mantienen un clima de hostilidad que, en último término, pueden derivar en la comisión de futuros delitos de terrorismo, lo que abre el interrogante de si todas ellas deben ser castigadas o solo aquellas que presentan una mayor idoneidad para generar una situación de riesgo. En este sentido, para evitar interpretaciones extensivas que consideren que toda conducta que enaltece o justifica el terrorismo es apta para producir estos climas y, por tanto, merecedora de reproche penal, aquí se ha mantenido en la línea señalada por otros muchos autores e instrumentos internacionales —por ejemplo, el Plan de acción de Rabat— la pertinencia de atender a otros factores más allá de la literalidad de los mensajes vertidos, cobrando especial importancia aspectos como las circunstancias personales del acusado, el medio de difusión empleado y los destinatarios, el contexto o la finalidad con la que se realiza la acción.

Sentadas estas bases, se ha procedido a examinar cómo ha valorado el Tribunal Supremo esta cuestión desde la publicación de la STC 112/2016, de 20 de junio, hasta la actualidad, analizándose un total de 28 sentencias. A tales efectos, lo primero que llama la atención es que, en un número significativo de ellas —36%—, el Alto Tribunal no aborda esta

cuestión ni siquiera de forma superficial, realizando una interpretación estrictamente literal del tipo. Es decir, en la que, para poder apreciar si concurre —o no— este delito, únicamente se valora el hecho de que, objetivamente, la conducta sea enaltecedora o justificadora del terrorismo, o de sus autores, se realice de forma pública y quede abarcada por el dolo del autor. Por otra parte, también resulta importante notar que otro grupo de sentencias —14%—, aunque sí aluden a la situación de riesgo, hacen depender su concurrencia exclusivamente de la literalidad de los mensajes vertidos, lo que, indirectamente, también supone realizar una interpretación de naturaleza literal. De este modo, puede afirmarse que, en la mitad de la muestra que compone este estudio, el contenido de los mensajes se convierte en el único factor que es tomado en consideración por el Tribunal Supremo, contraviniendo de este modo los criterios de interpretación fijados por el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, en lo que respecta a la otra mitad de la muestra, sí es posible advertir cómo el Tribunal Supremo ha entrado a valorar toda una serie de aspectos que, a efectos analíticos, han sido recogidos en este trabajo en cuatro categorías diferentes: contexto, medio de difusión y destinatarios, circunstancias personales y finalidad. Con respecto a todos ellos, sin embargo, cabe decir que las alusiones realizadas tienden a ser muy superficiales, —limitándose en el mejor de los casos a un par de líneas por resolución y careciendo de cualquier tipo de sistematicidad— e incluso contradictorias. Así, por ejemplo, se ha señalado que, si en algunos casos el Tribunal Supremo valora la reiteración de la conducta como un elemento que contribuye a potenciar el riesgo, en otras esta es entendida como una prueba de la escasa entidad de la misma bajo la consideración de que no ha producido ningún resultado pese a extenderse durante un largo periodo de tiempo. Todo ello, por su parte, introduce una importante inseguridad jurídica en la valoración de las circunstancias que examina el Tribunal Supremo a la hora de analizar este delito, con todos los problemas que de ello se derivan.

En referencia específica a cada una de las categorías mencionadas, se ha puesto de relevancia a lo largo de las páginas precedentes cómo, en el grupo que sí analiza el riesgo más allá de la literalidad de los mensajes, el contexto es un factor que suele ser tomado en cuenta por el Tribunal Supremo para valorar si concurre —o no— este delito. Esto, por su parte, se entiende que resulta de vital importancia desde el mismo momento en que se constata que una parte sustancial de los procesos —71%— versan sobre el enaltecimiento o la justificación pública de organizaciones terroristas afortunadamente ya desaparecidas, más aún si se toma en consideración el alto porcentaje de fallos condenatorios. En este sentido, si se acepta la configuración que ofrece el Tribunal Constitucional de este delito como una expresión del discurso del odio que castiga la generación o el mantenimiento de un clima de hostilidad que, a la postre, puede dar lugar a la comisión de nuevos delitos de terrorismo, parece evidente que, en estos casos, tiene que prestarse una especial atención al contexto

en el que queda inmersa la conducta ya que, en caso contrario, quedaría desvirtuado el fundamento de su punición.

Ahora bien, si se observa con detenimiento el análisis que realiza el Tribunal Supremo sobre este particular, rápidamente se aprecia que, en la mayoría de estas sentencias, presenta una naturaleza muy ambigua y superficial. Así, mientras que en algunas resoluciones se señala directamente que la inactividad de organizaciones como ETA o GRAPO no altera el riesgo que requiere el Tribunal Constitucional —STSS 135/2020, de 7 de mayo y 291/2020, de 10 de junio— o se alude a un marco caracterizado por las reacciones violentas contra las sentencias de desahucio o ataques a entidades bancarias —STS 185/2019, de 2 de abril—, otras sentencias argumentan que, una vez desaparecidas estas organizaciones, la llamada a la acción no puede ser considerada como real y efectiva —STSS 378/2017, de 25 de mayo y 646/2018, de 14 de diciembre—. Por su puesto, aquí no se duda de que las conductas enaltecedoras y justificadoras producidas en los momentos inmediatamente posteriormente al cese de la violencia por parte de estas organizaciones pueda tener alguna relevancia para reactivar ciclos de violencia puntuales pero no puede predicarse lo mismo de otras que se suceden cuando la desaparición de la organización ya es un hecho incontestable y asumido de forma plena por la sociedad, como sería el caso de ETA y GRAPO en la actualidad. Asimismo, también es preciso notar que, en las sentencias que versan sobre el terrorismo de inspiración yihadista, el análisis de esta categoría brilla por su ausencia en la gran mayoría de ocasiones. Aunque esto puede resultar en cierta parte comprensible si se toma en consideración la morfología y el nivel de amenaza que presenta esta forma de terrorismo en la actualidad, lo cierto es que, debido a las tensiones que genera este delito con el derecho a la libertad de expresión, lo razonable hubiese sido que el Tribunal Supremo también valorara esta cuestión con un especial detalle.

Por otra parte, en referencia a los medios de difusión y destinatarios, también cabe destacar que el análisis que realiza el Tribunal Supremo sobre esta categoría resulta en términos generales muy superficial. En este sentido, aunque en una buena parte de resoluciones judiciales se parte de reconocer la importancia que tiene Internet —y, más concretamente, las redes sociales— para difundir el mensaje enaltecedor y justificador del terrorismo y, en consecuencia, generar la citada situación de riesgo, lo cierto es que no realiza prácticamente en ninguna ocasión un análisis pormenorizado sobre la difusión que realmente tuvo el mensaje en internet, llegándose a señalar en el mejor de los casos el número de seguidores que tenía la persona —STSS 135/2020, de 7 de mayo, 196/2020, de 20 de mayo, 291/2020, de 10 de junio— o si estos reaccionaron de una u otra manera —STS 378/2017, de 25 de mayo—, algo que, como mínimo, debería ser predictable para todas y cada una de las resoluciones que enjuician hechos que se cometan a través de las nuevas tecnologías. En otras palabras, conviene advertir que, aunque se realice en una red social desde

un perfil abierto, es perfectamente factible que un mensaje sea leído por un número ínfimo de sujetos o que los destinatarios sean personas que se encuentran totalmente alejadas del entorno terrorista, lo que supondría que la conducta no fuese idónea para incitar a otros, aunque sea de manera indirecta, a cometer delitos de terrorismo. Esto, por su parte, parece atestiguarlo el hecho de que, como señalan las STSS 52/2018, de 31 de enero y 646/2018, de 14 de diciembre, algunos de estas conductas en la red solo fueron detectadas a partir de operaciones policiales prospectivas y no por su impacto en la opinión pública. Además, para ahondar aún más en la inseguridad jurídica existente, alguna sentencia menciona que cuestiones como el número de seguidores o la ausencia de interacción no pueden considerarse como una suerte de elemento negativo del tipo, concediendo una importancia prácticamente exclusiva a la literalidad de los mensajes.

En tercer lugar, siguiendo la tónica general, las circunstancias personales de quien enaltece o justifica el terrorismo tampoco suelen ser objeto de un análisis particularmente riguroso y detallado en las sentencias del Tribunal Supremo que valoran el riesgo más allá de la literalidad de los mensajes, estando directamente ausente esta categoría en muchas de ellas. Como se ha señalado más arriba, resulta una obviedad señalar que no se genera el mismo riesgo si quien enaltece o justifica el terrorismo es una persona con un cierto respaldo —ya sea en comunidades físicas o virtuales— que si se trata de un individuo anónimo. Por tanto, parece evidente que esta categoría presenta la importancia necesaria como para requerir un análisis detallado sobre esta cuestión. De hecho, conviene resaltar que, en las sentencias que sí se analiza, la inmensa mayoría de ellas —80%— son absutorias, lo que en ningún caso puede considerarse como una casualidad.

Por último, con respecto a la finalidad, cabe decir que las sentencias examinadas abordan esta categoría de una manera muy confusa. Si, de un lado, se insiste en muchas de estas resoluciones que no debe confundirse el dolo con el propósito del autor, bastando por tanto con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, en otras —o incluso también en las mismas— se alude a la necesidad de acreditar bajo exigencias constitucionales con qué finalidad se realizó la conducta enaltecida o justificadora del terrorismo. Esto, como se puede imaginar, produce una gran inseguridad jurídica y propicia que existan resoluciones de signo opuesto: por ejemplo, mientras que en el caso de Cesar Strawberry esta es irrelevante —STS 4/2017, de 18 de enero—, en el de Cassandra Vera —STS 95/2018, de 26 de febrero— sí se toma en consideración. En todo caso, aunque este no es lugar por motivos de espacio para realizar un análisis profundo sobre si resulta pertinente —o no— acreditar la finalidad con la que se realizaron los actos enaltecedores o justificadores, sí conviene dejar apuntado que, en términos de riesgo, no parece lo mismo que la acción quede enmarcada bajo una pretensión humorística

o crítica que cuando se realiza con la simple y llana intención de incitar a otros a cometer delitos de terrorismo.

En definitiva, tal y como se ha podido apreciar a lo largo de las páginas precedentes, el delito de enaltecimiento y justificación pública del terrorismo se encuentra rodeado de toda una serie de graves problemas que, con acierto, ha señalado la doctrina desde el mismo momento de su introducción en el Código Penal a través de la LO 7/2000, de 22 de diciembre. En este sentido, si se confiaba en que la solución de gran parte de los mismos —especialmente, su compatibilidad con la libertad de expresión y, por extensión, con el sistema constitucional español— vendría de la mano de la interpretación restrictiva que propone el Tribunal Constitucional al concebir este delito como una expresión del discurso del odio que castiga la generación o el mantenimiento de climas predeictivos que, a la postre, pueden dar lugar a nuevos delitos de terrorismo, este estudio ha puesto de manifiesto que la labor de interpretación realizada por el Tribunal Supremo en torno a la exigencia de valorar la situación de riesgo generada está muy lejos de ser plenamente satisfactoria, existiendo una importe confusión e inseguridad jurídica sobre los elementos que el citado órgano jurisdiccional toma en consideración para apreciar la concurrencia de este delito, además de un énfasis excesivo en la literalidad de los contenidos que supone un distanciamiento con respecto a lo señalado por el Tribunal Constitucional. En esta tesitura, vuelve a emerger con fuerza el debate que, en realidad, no ha dejado de existir durante los últimos tiempos: ¿se debe reformar lo irreformable o, en contraposición, conviene adoptar ya una postura firme que abogue por la derogación de aquello que no tiene cabida en un Estado democrático de derecho?

6. Referencias bibliográficas

- ALCÁCER GUIRAO, R. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 14, n.º. 2, 2012, pp. 1-32.
- ALCÁCER GUIRAO, R. “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º. 18. 2019, pp. 19-27.
- ALCÁCER GUIRAO, R. “Protección de sentimientos religiosos y discurso de odio”, *Azafea: revista de filosofía*, n.º. 23, 2021, pp. 107-134.
- ALCÁCER GUIRAO, R. “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión”, *TEORDER*, n.º. 32. 2022, pp. 44-67.
- ALONSO RIMO, A. “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.º. 4, 2010, pp. 13-80.

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, "Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero de 2013.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. "El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del "discurso del odio", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2016, pp. 13-44.
- BOLLINGER, L. C. *The Tolerant Society. Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York, 1986.
- CANCIO MELIÁ, M. "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000", *Jueces para la Democracia*, n.º 44, 2002, pp. 19-26.
- CANCIO MELIÁ, M. "Discurso terrorista, discurso de odio y el delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 del Código Penal): ¿riesgo o imposición de una determinada visión del pasado?", *Azafea, Revista de Filosofía*, n.º 23, 2021, pp. 135-164.
- CANCIO MELIÁ, M. y DÍAZ LÓPEZ, J. A. *Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 CP*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- CANO PAÑOS, M. A. "Odio e incitación a la violencia en el contexto del terrorismo islamista. Internet como elemento ambiental", *InDret Criminología, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2016, pp. 1-37.
- CARBONELL MATEU, J. C. "Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas: más allá de la provocación y la injuria", en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M.L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 331-358.
- CORRECHER MIRA, J., "Límites penales a la libertad de expresión: sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 39, 2019, pp. 322-339.
- CORRECHER MIRA, J. "¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre la libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo", *Diario La Ley*, n.º 9600, 2020.
- CORRECHER MIRA, J. "La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2021, pp. 86-149.
- CORRECHER MIRA, J. *El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. De la imprenta a las redes sociales*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2023.
- CUERDA ARNAU, M. L. "El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión", *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 128, 2007, pp. 89-122.

- CUERDA ARNAU, M. L. "La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº. 2, 2022, pp. 88-131.
- CURTIS AMBLE, J. "Combating Terrorism in the New Media Environment", *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 35, nº. 5, 2012, pp. 339-353.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. "Un califato sin territorio ni califa. Vida y muerte de Bagdadi y sus consecuencias para el futuro del Daesh y la jihad global", *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento Marzo 13/2019, 2019, pp. 835-864.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "El segundo caso Pablo Hasel", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº. 20, 2021, pp. 393-414.
- DUEÑAS CASTRILLO, A. I. "La libertad de expresión y el enaltecimiento al terrorismo: el asunto Erkizia Almando c. España", *Revista de Estudios Europeos*, nº. 82, 2023, pp. 1-11.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Sobre el contenido y la evolución del Derecho Penal tras la LO 5/2000 y LO 7/2000", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 4, 2016, pp. 1-62.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P. "España, una democracia militante", *Revista de Derecho Político*, nº. 119, 2024, pp. 135-160.
- GALÁN MUÑOZ, A. "El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, pp. 245-304.
- GALÁN MUÑOZ, A. "Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho Penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural", *Revista Penal*, nº. 46, 2020, pp. 41-66.
- GALÁN MÚÑOZ, A. "El enaltecimiento del terrorismo ¿Un delito constitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 24-32, 2022, pp. 1-51.
- GALTUNG, J. "La violencia: cultural, estructural y directa", *Cuadernos de estrategia*, nº. 183, 2016, pp.146-168.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, "Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo", 2015.
- GÓMEZ MARTÍN, V. "Incitación al odio y género: algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 18, 2016, pp. 1-25.

- GORJÓN BARRANCO, M. C. *Ciberterrorismo y delito de odio motivado por la ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019
- HERATH, C. y WHITTAKER, J. "Online Radicalisation: Moving Beyond a Simple Dichotomy", *Terrorism and Political Violence*, vol. 35, n.º 5, 2023, pp. 1027-1048.
- JAKOBS, G. "Criminalización en el estadio previa la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 293-324.
- LEÓN ALAPONT, J., "El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 24-01, 2022, pp. 1-46.
- MENÉNDEZ CONCA, L. G. "Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n.º 22, 2019, pp. 59-105.
- MINISTERIO DEL INTERIOR. "Nivel de Alerta Antiterrorista". Disponible en [fecha de última consulta: 2 de noviembre de 2024] <https://www.interior.gob.es/opencms/es/prensa/nivel-alerta-terrorista/>
- MIRA BENAVENT, J. "El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo ni competencia de la Audiencia Nacional", en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M.L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 299-330.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. "Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 6, 2021, pp. 1-84.
- PENA GONZÁLEZ, W. "El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: Derecho Penal del Enemigo", *CEF Legal. Revista Práctica de Derecho*, n.º 221, 2019, pp. 87-136.
- PENA GONZÁLEZ, W. "El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la libertad de expresión y la exaltación del terrorismo, comentario a la STC 35/2020, de 25 de febrero", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2020.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. *El Pacto Antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. "La declaración de inconstitucionalidad del delito del negacionismo (artículo 607.2 del código penal español)", *Nuevo Foro Penal*, n.º 72, 2009, pp. 130-169.
- RAWLS, J. *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidó, 1996

- REINARES, F., GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A. *Yihadismo y yihadistas en España. Quince años después del 11-M*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2019
- ROIG TORRES, M. "El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional", *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 41, 2021, pp. 233-305.
- ROLLNERT LIERN, G. "El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Político*, n.º 109, pp. 191-227.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. "La tipificación de conductas de apología del delito y el derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, pp. 893-916.
- TAPIA BALLESTEROS, P. "Trasposición de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, al ordenamiento español: el delito de enaltecimiento del terrorismo", *Revista de Estudios Europeos*, n.º extraordinario, 2019, pp. 305-321.
- TERUEL LOZANO, G. M. "Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 114, 2018, pp. 13-45.
- VIVES ANTÓN, T. S. "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXV, 2005, pp. 401-441.