

**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**

GÖRAN ROLLNERT LIERN

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ELEMENTOS DEL DELITO: UNA APOLOGÍA SIN INCITACIÓN. III. LA STC 112/2016: EL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO COMO DISCURSO DEL ODIO. IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. La intención de incitar al terrorismo como «elemento tendencial». 2. De la incitación indirecta a la «aptitud» para generar riesgo. 3 La situación de riesgo: a) El impacto de la difusión en redes sociales. b) Un riesgo abstracto o de aptitud. V. LA STC 35/2020 Y ALGUNAS CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 28/05/2020
Fecha aceptación: 24/07/2020

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

GÖRAN ROLLNERT LIERN*

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza el impacto de la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre el enaltecimiento del terrorismo —la STC 112/2016— en la interpretación de este delito por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo hasta diciembre de 2019 y que puede resumirse en que la categorización del enaltecimiento como una modalidad del discurso del odio en la citada resolución del juez constitucional —reiterada recientemente en la STC 35/2020 que se trata en el último apartado— conlleva extender a este tipo delictivo por vía hermenéutica requisitos que no están en la literalidad del art. 578 del Código Penal y que el Tribunal Constitucional había venido exigiendo en su jurisprudencia anterior sobre el discurso del odio (SSTC 235/2007 y 177/2015).

Por otra parte, a raíz de esta sentencia del Tribunal Constitucional el Tribunal Supremo ha incorporado indirectamente a su argumentación la definición del delito de provocación pública al terrorismo contenida en dos instrumentos internacionales como el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo y la Deci-

* Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia Campus de los Naranjos, s/n. 46071 Valencia (España). Email: Goran.Rollnert@gmail.com

sión Marco 2008/919/JAI de la Unión Europea (hoy sustituida por la reciente Directiva 2017/541 de la que también se ha hecho eco el Tribunal Supremo) para completar lo que ha dado en llamar el «canon aplicativo de constitucionalidad¹» del art. 578 CP.

Desde la publicación de la STC 112/2016, el Tribunal Supremo ha dictado 27 sentencias relativas al delito de enaltecimiento del terrorismo y en la gran mayoría de ellas —20— se apoya argumentalmente en la misma, en mayor o menor medida. Sin embargo, el razonamiento del Alto Tribunal no ha sido siempre consecuente con las exigencias interpretativas establecida por la doctrina constitucional en dicho pronunciamiento. Esta cuestión es la que se aborda, analizando la recepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo² de los tres elementos presentes en la STC 112/2016: la intención como elemento subjetivo del delito; la condición de que la acción típica de enaltecer o justificar suponga una incitación indirecta a la comisión de un delito terrorista; y, finalmente, la provocación de una situación de riesgo de acto terrorista como consecuencia de las expresiones de exaltación de delitos de terrorismo o de sus autores.

II. LOS ELEMENTOS DEL DELITO: UNA APOLOGÍA SIN INCITACIÓN

El enaltecimiento del terrorismo se incorporó al Código Penal de 1995 por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. Esta reforma dio nueva redacción al art. 578 CP describiendo la conducta típica como «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión» de los delitos de terrorismo «o de quienes hayan participado en su ejecución», descripción mantenida sustancialmente idéntica tras la reforma de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo.

El Tribunal Supremo enumeró por primera vez en 2007³ los «elementos de la figura delictiva» del enaltecimiento del terrorismo:

¹ STS 378/2017, de 25 de mayo, FD 2.4.

² Una visión general de la reciente jurisprudencia sobre el enaltecimiento del terrorismo puede verse en TAMARIT SUMALLA, J. M. (2018). «Los delitos de odio en las redes sociales», en GONZÁLEZ JIMÉNEZ, A. (coord.), *Implicaciones jurídicas de los usos y comentarios efectuados a través de las redes*. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 27. <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i27.3151>, acceso 02.05.2020; CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á. (2018). «Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 112, pp. 45-86, en particular pp. 78-89, nota 60; GÓMEZ MARTÍN, V. (2018). «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, pp. 413-441; GALÁN MUÑOZ, A. (2018). «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*, n.º 38, pp. 275-292; y, muy recientemente, MIRÓ LLINARES, F. y GÓMEZ-BELLVÍS, A. B.. «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: Evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship». *Spanish Journal of Legislative Studies*, n.º 1, pp. 12-19.

³ STS 149/2007, de 26 de febrero, que condenó a Iñaki de Juana Chaos por la publicación de dos cartas en el diario *Gara*, FD 5, B.

«1º. La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica (...).

2º. El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º. Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión⁴.

Serían, pues, tres los elementos objetivos del delito de enaltecimiento (un acto o discurso, públicamente difundido en el que se enaltece o ensalza una conducta terrorista o su autor) no haciéndose en principio referencia a elementos subjetivos como la finalidad de la conducta o la intención del autor⁵.

La STS 224/2010, de 3 de marzo, marcó un hito fundamental en la interpretación del delito de enaltecimiento, completando la definición del tipo al señalar su «naturaleza esencialmente dolosa o intencional» (FD 3) e identificar sus elementos subjetivos como «el conocimiento y la voluntad de realizar la acción típica» (FD 5).

⁴ Como «medio de expresión pública o difusión» se refiere esta sentencia a «un periódico que se distribuye entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución» (FD 5, B) y posteriormente la STS 224/2010 especificó que ese «medio de expresión pública o difusión», puede ser, además de un periódico, «un acto público con numerosa concurrencia» (FD 3). La nueva redacción del artículo 578 por la Ley Orgánica 2/2015 sustituye la expresión «por cualquier medio de expresión pública o difusión» por el adjetivo «públicos» («el enaltecimiento o la justificación *públicos*...», cursivas mías). Se ha señalado, no obstante, la paradoja de incorporar en el art. 578.2 CP un tipo agravado «cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información», de tal forma que el ámbito de aplicación del tipo básico del art. 578.1 CP parece quedar reducido al enaltecimiento o justificación llevado a cabo públicamente ante una concurrencia de personas, es decir, a situaciones residuales en el actual contexto social en el que las ideas y opiniones se expresan muy mayoritariamente a través de los medios de comunicación e Internet. Vid. GARCÍA ALBERO, R. (2016). «Comentario al artículo 578», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español*, 7ª ed., Pamplona, Aranzadi E-books, acceso 02.05.2020; y CORRECHER MIRA, J. (2017). «El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo». *Revista General de Derecho Penal*, n.º 27, pp. 5-6.

⁵ No obstante, en sentencias posteriores consideró que de estos elementos objetivos «se infiere inequívocamente el 'dolo específico' de exaltación de la figura terrorista» (STS 585/2007, de 20 de junio, FD 8, y, en similar sentido, la STS 539/2008, de 23 de septiembre, FD 3). La STS 676/2009, de 5 de junio, definió el «dolo necesario» para la comisión de este delito como «la intención de enaltecer la actividad terrorista» (FD 3) de los miembros de una banda terrorista «y, a través de ellos y de su condición de condenados por dicha causa, incluso a esta organización delictiva» (FD 5). En la STS 1262/2009, de 21 de diciembre, se añadió como cuarto elemento del delito de enaltecimiento el «dolo tendencial de dicha conducta» sin definir en qué consiste dicho dolo (FD único).

Lo importante de dicha sentencia a nuestros efectos es que vino a diferenciar el enaltecimiento del terrorismo y la apología regulada en el art. 18.1 CP. El art. 18.1 CP, que mantiene la redacción inicial de 1995, establece que «la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. 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 sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una *incitación directa* a cometer un delito» (cursivas mías).

Pues bien, afirma al respecto el Tribunal Supremo que «la figura del art. 578 tiene una substantividad propia, distinta y diferente de la apología *stricto sensu* del art. 18 CP» por cuanto no exige la presencia de un componente de incitación entre los elementos típicos: el enaltecimiento del terrorismo es una «apología menor (...), genérica, laudatoria y sin incitación» en la que «la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, *sin incitación a la comisión directa ni indirecta*» (cursivas mías); es una «apología autónoma, sin incitación a la comisión de delito concreto (...) que desborda la apología clásica del art. 18⁶» (FD 5).

Esta caracterización del enaltecimiento del terrorismo como apología sin incitación contrasta con la definición del delito de provocación pública al terrorismo recogida en términos esencialmente idénticos en dos textos internacionales⁷ que ya vinculaban a España en la fecha de la STS 224/2010.

Así, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de la Unión Europea (la Decisión Marco en adelante), de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, define la «provocación a la comisión de un delito de terrorismo» en su art. 3.1 a) como «la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir» a la comisión de cualesquiera de los delitos de terrorismo enumerados en la Decisión Marco de 2002, «cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos».

Por otra parte, el Convenio n.º 196 del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (el Convenio en adelante), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 y ratificado por España el 27 de febrero de 2009, establece en su art. 5.2 que los Estados parte se obligan a tipificar como delito la «provocación pública para cometer delitos terroristas (...) cuando se cometa ilegal e intencionadamente», entendiéndose por tal

⁶ Sobre la relación entre la apología y el enaltecimiento, ALONSO RIMO, A. (2010). «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 4, pp. 13-80; en particular, para una crítica a esta sentencia pp. 39 y 61.

⁷ *Vid.* sobre estos dos instrumentos ROLLNERT LIERN, G. (2014). «Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática». *Revista de Derecho Político*, n.º 91, pp. 235-239 y 243-248.

«la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos» (art. 5.1).

De la lectura conjunta e integrada de ambas disposiciones resulta que el delito de provocación al terrorismo requiere: a) una incitación, directa o indirecta, a la comisión de un delito de terrorismo; b) una intención o finalidad inductora o incitadora; y c) la generación de una situación de riesgo o peligro de comisión de algún delito de terrorismo. Sin embargo, los elementos de incitación y riesgo están totalmente ausentes del tenor literal del art. 578 CP⁸ y en un principio tampoco aparecían en su exégesis jurisprudencial por el Tribunal Supremo de la que la STS 224/2010 es la muestra más significativa. Por su parte, el elemento subjetivo de la intención o finalidad de incitar, si bien puede reconducirse al dolo —que el Tribunal Supremo considera que se infiere de los elementos objetivos del tipo—, tampoco está inequívocamente presente en la medida que dicho dolo o intención viene referido a la conducta objetiva de exaltación, enaltecimiento o justificación, en sí misma, y no implica una voluntad de que los terceros destinatarios de esa conducta típica cometan un acto terrorista. Cabe mencionar que en ninguna sentencia del Tribunal Supremo se hizo referencia a la definición del delito de provocación pública al terrorismo contenida en estas normas internacionales⁹ hasta que el Alto Tribunal ha empezado a reproducir y transcribir en sus fundamentos de derecho los razonamientos la STC 112/2016 sobre el enaltecimiento del terrorismo en la que sí se citan estos instrumentos internacionales.

III. LA STC 112/2016: EL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO COMO DISCURSO DEL ODIOS

La Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 de junio, desestimatoria del amparo solicitado por el dirigente de Herri Batasuna, Tasio Erquiza, contra su condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo, ha sido —en palabras del propio Tribunal— «la oportunidad de pronunciarse sobre una cuestión hasta ahora no

⁸ En este sentido, el *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, de 16 de diciembre de 2008 (A/HRC/10/3/Add.2), recomendó revisar el delito de enaltecimiento «de manera que se aplique exclusivamente a los actos que tengan por objeto incitar a la comisión de un delito de terrorismo, con el riesgo de que se cometa efectivamente dicho delito» [ap. 53 d)].

⁹ La Decisión Marco de 2008 se cita en la STS 224/2010, FD 3, pero solo para destacar las «cautelos» que hay que observar para respetar las libertades de expresión e ideológica al aplicar el delito de provocación al terrorismo, remitiéndose al Considerando 14 *in fine*; en el mismo sentido, el ap. 1 del voto particular del magistrado Giménez García en la STS 180/2012, de 14 de marzo y, por remisión a la STS 224/2010, la STS 106/2015, de 19 de febrero, FD 3. Con anterioridad la STS 480/2009, de 22 de mayo, había mencionado también la Decisión Marco de 2008 aunque sin relación con el delito de provocación al terrorismo (FD 13).

planteada¹⁰ ante esta jurisdicción constitucional como es el eventual conflicto que puede generar la interpretación y aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) con el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE]» (FJ 1). Y el Tribunal Supremo le ha reconocido «cierto carácter emblemático» al ser el «primer pronunciamiento¹¹» del Tribunal Constitucional sobre el delito del art. 578 CP.

Sin entrar en el conflicto con la libertad de expresión¹², es relevante destacar que el Tribunal Constitucional condiciona la constitucionalidad del delito de enaltecimiento de terrorismo a que la conducta sancionable suponga una incitación indirecta a la comisión de actos terroristas, entrando así en contradicción con la doctrina expuesta del Tribunal Supremo que lo definía como una apología «sin incitación¹³».

A este respecto el Tribunal Constitucional comienza por destacar la «similitud estructural» que presentan los tipos penales de enaltecimiento del terrorismo y negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio (art. 607.2 CP) para a continuación extrapolar a la apología del terrorismo la doctrina sentada en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, según la cual «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 indirecta¹⁴ a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio» (FJ 9). Desarrollando esta argumentación, afirma el juez constitucional que «esa idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indi-

¹⁰ En ese mismo sentido, se afirma en la Sentencia que «la concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante sentencia» (FJ 3). No obstante, el Tribunal Constitucional dictó en su momento la STC 159/1986, de 16 de diciembre, que estimó el recurso de amparo interpuesto por el director del diario *Egón* contra su condena por un delito de apología del terrorismo, aunque el Tribunal no entró a analizar el conflicto con la libertad de expresión. Asimismo, en la STC 199/1987 de 16 de diciembre, definió la apología del terrorismo como «la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas» (FJ 4) pero tampoco abordó el posible conflicto entre este delito y la libertad de expresión.

Por otra parte, el ATC 4/2008, de 21 de enero, que inadmitió el amparo formulado por Iñaki de Juana Chaos contra la STS 149/2007 antes mencionada, descartó la vulneración de la libertad de expresión al considerar que las expresiones en cuestión constituían una «provocación indirecta a la violencia» (FJ 7), sin más argumentación sobre la posible colisión entre este delito y la libertad de expresión.

¹¹ STS 820/2016, de 2 de noviembre, FD 5.

¹² A este respecto, ROLLNERT LIERN, G. (2017). «El discurso del odio y los límites de la libertad de expresión: la 'zona intermedia' y los estándares internacionales», en MIRÓ LLINARES, F. (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho Penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, Marcial Pons, pp. 255-262.

¹³ STS 224/2010, FD 3.

¹⁴ Ya en el ATC 4/2008 (FJ 7) el TC había proyectado esta doctrina del FJ 9 de la STC 235/2007 sobre el enaltecimiento del terrorismo.

recta a la comisión del delito fue la que determinó que la STC 235/2007 declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese elemento de incitación en su tipificación (FJ 8). E, igualmente, fue la exigencia interpretativa de que debiera concurrir ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que permitió mantener su constitucionalidad (FJ 9 y apartado 2.º del fallo)¹⁵.

Un segundo aspecto que suscita la STC 112/2016 es que el tratamiento del enaltecimiento del terrorismo como una variante del discurso del odio implica que su penalización requiere, además de una incitación indirecta a la comisión de actos terroristas, que genere un cierto riesgo, apoyándose para ello en los instrumentos regionales de ámbito europeo y en la jurisprudencia del TEDH. Así, dice la sentencia que «esta exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática, también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea¹⁶ en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores» (FJ 3).

El Tribunal, remitiéndose a la jurisprudencia del TEDH¹⁷, establece así una asociación directa entre enaltecimiento del terrorismo, discurso del odio y situación de riesgo al afirmar que «la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 (...) supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (FJ 4).

¹⁵ STC 112/2016, FJ 3. La consecuencia de esta extensión al enaltecimiento del terrorismo de la exigencia de que la conducta penalmente relevante conlleve una incitación indirecta a la acción terrorista fue puesta de manifiesto por el voto particular del magistrado Xiol Ríos al afirmar que «la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia es clara y contundente sobre la exigencia de que la constitucionalidad de la represión penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo impone que se acredite que exista una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia terrorista» añadiendo que «este pronunciamiento constitucional implica una suerte de sentencia interpretativa en relación con el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, en la línea de lo que ya se sostuvo respecto del delito de difusión de ideas que justifiquen el genocidio en la citada STC 235/2007» (ap. 2 *in fine*).

¹⁶ Remite la sentencia al art. 5.1 del Convenio y a su Informe explicativo —que recoge a su vez diversos antecedentes documentales del mismo— y al art. 3.1, a) de la Decisión Marco de 2008, mencionados en el apartado II.

¹⁷ Entre esa jurisprudencia el FJ 4 menciona en particular la STEDH *Leroy*, de 2 de octubre de 2008, como referente fundamental de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre la incitación al terrorismo. Al respecto, G. ROLLNERT LIERN (2014), pp. 250-252; y T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*. Valencia, Tirant lo Blanch. pp. 261-269.

Desde esta premisa, circunscribe su tarea a «verificar si en este caso las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal al recurrente, han ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia» (FJ 4).

La conclusión del Tribunal es que la condena no ha vulnerado la libertad de expresión del recurrente por cuanto «su conducta no puede ser considerada como un legítimo ejercicio de este derecho, por ser manifestación del conocido como discurso del odio, al estar presentes todos los requisitos citados necesarios para ello: fue una expresión de odio basado en la intolerancia (...) manifestado a través de un nacionalismo agresivo; con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos» añadiendo, además, que «hubo una instigación a la violencia». Afirma el Tribunal que «incitar supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta» y que actos como los del condenado «crean un determinado caldo de cultivo, una atmosfera 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», concluyendo que «la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia» (FJ 4). Reconduce, por tanto, la valoración sobre la existencia del riesgo a la idoneidad de la conducta para la creación de un clima favorable al terrorismo y a la violencia.

La idoneidad para generar violencia en un cierto contexto dado se configura así como elemento determinante de la calificación de una expresión como discurso del odio, y, aunque el Tribunal hace referencia a las circunstancias concretas de los hechos¹⁸, parece considerar que toda incitación a la violencia, *per se*, lleva implícito el elemento de riesgo necesario para legitimar constitucionalmente la sanción penal¹⁹.

¹⁸ «El acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido a Argala que dice: ‘La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar’; con proyección de fotografías de miembros encapuchados de la banda terrorista; el recurrente pidió con ambigüedad calculada ‘una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático’» (STC 112/2016, FJ 4). En este sentido, el voto particular del magistrado Xiol Rios argumenta mejor la aplicación de los elementos establecidos por el TEDH para valorar la necesidad y proporcionalidad de las injerencias penales en la libertad de expresión: impacto de la difusión pública, circunstancias personales del recurrente, coincidencia temporal con actos terroristas o contexto de violencia, análisis de las concretas manifestaciones y naturaleza y severidad de las sanciones impuestas (aps. 3 y 5).

¹⁹ Para G. TERUEL LOZANO, en la STC 112/2016 existe una «incongruencia entre la exigencia en abstracto de una idoneidad lesiva y el enjuiciamiento concreto que hace el Tribunal» [(2017). «Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial». *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 17, p. 10].

Para establecer esta relación entre el discurso del odio y la situación de riesgo se apoya el Tribunal una vez más en la STC 235/2007 señalando que la penalización de la justificación del genocidio en el art. 607.2 CP es constitucionalmente legítima cuando suponga una incitación indirecta o, «en segundo lugar, cuando con la conducta [...] se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación», aplicando esta doctrina al argumentar que el enaltecimiento del terrorismo en un contexto social en el que es fácil que prenda la llama, puede ser más peligroso que la justificación del genocidio en un ambiente social de rechazo generalizado hacia las ideas que lo justifican. Sin embargo, en las afirmaciones conclusivas de la sentencia en las que se afirma que la acción del recurrente no queda amparada «dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión», el juez constitucional prescinde de referirse al riesgo o peligro generado por sus declaraciones justificando la condena en que se trata de «una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente a la violencia» (FJ 6). Es decir, que para el Tribunal Constitucional hay discurso del odio porque hay incitación a la violencia y toda incitación a la violencia parece llevar ínsita la situación de riesgo.

IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. *La intención de incitar al terrorismo como «elemento tendencial»*

Por lo que se refiere a la intención, aunque la STC 112/2016 no se refiere directamente al carácter intencional de la conducta, puede considerarse implícita esta exigencia en el FJ 3 que transcribe los artículos 5.2 del Convenio y 3.1 a) de la Decisión Marco, que, como se dijo, definen la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, respectivamente, como una acción «destinada a inducir» o con la «intención de incitar» a la comisión de un delito de terrorismo.

Antes de la STC 112/2016, el Tribunal Supremo había destacado reiteradamente que «la intención y el sentido con los que se utiliza el lenguaje es un elemento decisivo en esta clase de delito²⁰» diferenciando, al mismo tiempo, entre la motivación o móvil del delito y el dolo²¹: la motivación del autor no sería relevante al no exigirse

²⁰ Por todas, STS 31/2011, de 2 de febrero, FD 3.

²¹ «La motivación no es parte del concepto de dolo, éste, como se dijo, no puede depender de la concurrencia de circunstancias exteriores que generen un motivo que explique racionalmente la acción. Por ello el dolo no debe confundirse con el móvil pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato (amistad, afinidad o discrepancias ideológicas, etc.), de modo que mientras

un ánimo especial del injusto de forma que el «elemento intencional», subjetivo, del enaltecimiento sería, pues, la «finalidad de alabanza, ensalzamiento [o] justificación de la actividad terrorista²²». En este sentido, unos meses antes de la STC 112/2016, el Tribunal formuló con mayor claridad esta distinción entre «dolo o propósito del autor» y «móvil del delito» al declarar expresamente que el tipo penal [de enaltecimiento] solo exige el dolo, «cualquiera que sean las motivaciones (...) en su fuero interno²³».

Sin embargo, tras la STC 112/2016, el Tribunal Supremo alteró esta definición del dolo como propósito o finalidad al contraponerlo a la intención. Así, en la STS 4/2017, de 18 de enero, confirmatoria de la condena al cantante César Strawberry, señaló que «el art. 578 del CP solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo. En el presente caso, tener plena conciencia y voluntad» de que se está difundiendo públicamente un mensaje enaltecedor del terrorismo, colmándose así la tipicidad subjetiva del delito. Se diferencia así entre el dolo y la intención siendo esta penalmente irrelevante²⁴.

no se incorpore el móvil o animo especial del injusto, no tendrá ningún poderío destipificador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que lo recojan» (STS 812/2011, de 21 de julio, FD 2).

²² SSTS 282/2013, de 1 de abril, FD 2, A); 340/2013, de 15 de abril, FD 2; y 587/2013, de 28 de junio, FD 2.

²³ STS 90/2016, de 17 de febrero, FD 1.

²⁴ «La afirmación de que César Montaña no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscaba despreciar a las víctimas, es absolutamente irrelevante en términos de tipicidad. La estructura típica del delito previsto en el art. 578 CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas —siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577—; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de Twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo. En consecuencia, (...) la ausencia de una intención ofensiva o enaltecedora, carece de toda virtualidad para limitar nuestra capacidad revisora en casación. Es constante la doctrina de esta Sala en la exclusión de las motivaciones de ordinario invocadas para justificar el enaltecimiento o humillación de las víctimas. No es necesaria la prueba de la intención porque no lo exige el tipo subjetivo» (FD 3).

Sobre esta sentencia, PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. (2017). «Interpretación judicial del derecho y terrorismo. Especial referencia al enaltecimiento». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 17, pp. 390-391; y CARBONELL MATEU, J. C. (2018). «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas 'más allá de la provocación y la injuria'», en ALONSO RIMO, A. y otros (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 350 y 351.

Esta doctrina de la STS 4/2017, que excluye la intención de los elementos del tipo delictivo, ha sido después reiterada en la STS 206/2017, de 28 de marzo, que añade que para colmar el comportamiento típico «basta la conciencia del carácter laudatorio que los mensajes contienen para hechos y sujetos terroristas o del menosprecio que suponen para las víctimas» (FD 3). Sin embargo, la STS 221/2017, de 29 de marzo, aunque reproduce la misma doctrina, ya introdujo cierta ambigüedad al decir que, aunque «bastaría (...) el conocimiento del alcance del mensaje que se difunde (...), se hace con la explícita intención de loar» la actividad terrorista del Estado islámico (FD 4).

Esta exclusión expresa de la intencionalidad en la descripción de la tipicidad subjetiva del enaltecimiento del terrorismo ha sido recientemente desautorizada por la STC 35/2020 que ha anulado la citada STS 4/2017, como se verá en el último epígrafe. Pero ya antes el Tribunal Supremo había recuperado la relevancia penal de la intención o finalidad de quien enaltece el terrorismo, apoyándose en la STC 112/2016. Así, en la STS 378/2017, de 25 de mayo, señala que la STC 112/2016 integra el «canon aplicativo de constitucionalidad» (FD 2.4) del art. 578 CP del que forma parte «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 terrorismo²⁵», que «ni aún de manera indirecta» concurre en el caso de autos, por cuanto «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» (FD 4).

Así pues, la exigencia de que la conducta de justificación o enaltecimiento del terrorismo opere como incitación, aunque indirecta, a la comisión de delitos de terrorismo parece llevar implícita, como «elemento tendencial», la «intención del sujeto activo» de incitar voluntariamente a terceras personas a la ejecución de actos terroristas; coherentemente con ello, el Tribunal Supremo ha avalado posteriormente una sentencia absolutoria de la Audiencia Nacional por no existir constancia «en cuanto al elemento subjetivo del tipo» de que la conducta del acusado «(...) haya sido realizada para la motivación de otras conductas ajenas en orden a la perpetración de actos de carácter terrorista²⁶». Por otra parte, la STS 52/2018, de 31 de enero, confirmatoria del fallo absolutorio del tuitero Arkaitz Terrón por no ser los tuits enjuiciados aptos para generar riesgo ni incitar a la violencia, entiende por «el contexto en que se emiten, siempre coincidentes con algún suceso o efeméride» que «traslucen un ánimo crítico, ajeno a cualquier incitación violenta» (FD 5).

²⁵ Señala en este sentido el Alto Tribunal que para que la sanción penal del art. 578 sea «constitucionalmente tolerable» no basta con una «objetiva pero mera adecuación entre el comportamiento atribuido y la descripción que tales verbos típicos [enaltecer y justificar] significan»; pese a ello la antijuridicidad puede resultar excluida «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». Ese elemento, que permitiría la «salvación constitucional interpretativa» del art. 578 CP sería, según la STC 112/2016, un «elemento tendencial» aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal: «la intención del sujeto activo» como exigencia determinante de la constitucionalidad del tipo penal; «de ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación (STS 378/2017, FD 2.3). La misma doctrina se ha reiterado posteriormente en las SSTs 560/2017, de 13 de julio, FD 3; 600/2017, de 25 de julio, FD 3; y 52/2018, de 31 de enero, FD 4.

²⁶ STS 600/2017, FD 4.

Sin embargo, en sentencias más recientes el Tribunal Supremo ha ido combinando desigualmente la perspectiva de la STS 4/2017 —que identifica el dolo con la conciencia y voluntad de realizar la conducta típica (enaltecer o justificar) considerando irrelevante la intención del sujeto—, con el enfoque de la STS 378/2017 que exige la concurrencia de una voluntad, intención o finalidad de incitar a otros a realizar actos terroristas.

Así, la STS 706/2017, de 27 de octubre, declara aplicable el art. 578 CP por retuitear mensajes de enaltecimiento o justificación del terrorismo, con independencia de la intención del retuiteo²⁷. También en la STS 72/2018, de 9 de febrero, se afirma que el delito de enaltecimiento no requiere «un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que (...) se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar²⁸» (FD único).

Más numerosas han sido las sentencias que siguen la segunda línea, que exige la intención de incitar del sujeto activo. Así la STS 95/2018, de 26 de febrero, que anuló la condena de la Audiencia Nacional a la tuitera Cassandra Vera, señaló que la acusada no «dio muestras con su conducta de que estaba pretendiendo incitar a la violencia» y que sus chistes sobre el atentado a Carrero Blanco no tenían «intención de justificarlo o de incitar a nuevos atentados» (FD 4); en el mismo sentido, la STS 334/2018, de 4 de julio, estimó el recurso de casación y absolvió al recurrente «por no estimar en el grado necesario la concurrencia de un dolo penal exigido por la vía del art. 578 CP» atendiendo a «una valoración conjunta del mensaje publicado en redes sociales o blogs para entender cuál es la intención de la difusión» (FFDD 4 y 3). En la STS 646/2018, de 14 de diciembre, ha señalado que en el enaltecimiento del terrorismo al «ánimo subjetivo, agresivo», característico de los delitos de odio, «se suma la finalidad terrorista» (FD único). En la STS 59/2019, de 5 de febrero, se afirma que las frases e imágenes publicadas en Facebook por el condenado «rellenan el contenido típico del art. 578 CP» porque «objetivamente, son portadoras de un intento de

²⁷ «No es necesario, porque el tipo no lo exige, que el acusado asuma como propio, razone o argumente la imagen y su mensaje, ni tampoco que sea el recurrente el que lo haya creado», siendo irrelevante que las fotos o grabaciones laudatorias hayan sido tomadas por terceros (FD 1.2). Debe decirse, no obstante, que en el caso de autos los retuits iban acompañados de la publicación de un vídeo con imágenes de símbolos, siglas y logotipos de ETA, danzas de homenaje y reproducciones de acciones violentas y de etarras encapuchados y armados (antecedente 1 y FD 1.2). Criticando esta sentencia por comparación con la 378/2017, CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. (2017). «¿Retuitear es delito? A propósito de la STS 706/2017». *Revista Catalana de Dret Públic —Blog*. 13.12.2017. <https://ir.uv.es/z0XXT5G>, acceso: 27.05.2020.

²⁸ La reiteración del mensaje en 5 fechas distintas acredita, según el Tribunal, «que la conducta sea voluntaria y no una reacción a un estímulo exterior», concluyendo que «el dolo (...) concurre efectivamente en la medida en que no nos encontramos ante un acto puntual, incontrolado e involuntario. (...) El autor conoce y quiere la realización de las expresiones que vierte a las redes sociales con un contenido indiscutido de odio que merecen [el] reproche contenido la norma» (STS 72/2018, FD único).

encender, despertar, espolear, impulsar o potenciar voluntades» para ponerlas al servicio de la actividad terrorista, sin que sea 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»; la intencionalidad de la divulgación y difusión de los mensajes debe abarcar, pues, la creación de «un determinado clima o atmósfera» propicio al terrorismo, siendo la contribución a la generación del mismo lo que se castiga y «no un influjo en acciones terroristas concretas» (FD 2). En el mismo sentido, en la STS 185/2019, de 2 de abril, tiene un papel determinante «la intención de provocar o incitar como elemento tendencial (...) que se infiere de la literalidad tan expresiva indirecta (sic) de las expresiones utilizadas» (FD 3).

2. De la incitación indirecta a la «aptitud» para generar riesgo

Respecto al requisito de que el mensaje enaltecedor o justificador del terrorismo constituya una incitación indirecta a la violencia, en la primera sentencia posterior a la publicación de la STC 112/2016 el Tribunal Supremo transcribió la práctica totalidad de los fundamentos jurídicos de la misma, pero tras ello se limitó a afirmar que las imágenes, mensajes y vídeos publicadas por el condenado en Twitter y Facebook «valoradas tanto aisladamente como en su conjunto, encajan en el art. 578 CP» y que «objetivamente las frases encierran esa carga [...] laudatoria y estimuladora del terrorismo que a nadie escapa²⁹», sin razonar en absoluto por qué dichos mensajes estimulan el terrorismo incitando directa o indirectamente al mismo.

Posteriormente, el Alto Tribunal ha incurrido en la paradoja de citar expresamente la STC 112/2016 —que, como se dijo, condiciona la constitucionalidad del enaltecimiento del terrorismo a la exigencia interpretativa de que la conducta típica constituya una incitación indirecta al terrorismo— y, al mismo tiempo, reproducir la doctrina del FD 5 de la STS 224/2010 que define el enaltecimiento del terrorismo como una apología genérica y autónoma que, a diferencia de la apología clásica del art. 18 CP, no requiere incitación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito³⁰.

Esta disparidad contradictoria ha sido reconocida expresamente por el Tribunal Supremo en la STS 52/2018, de 31 de enero, al declarar que «en el entendimiento del delito de enaltecimiento de terrorismo y la jurisprudencia que lo desarrolla, debe tenerse presente la escisión que conlleva la primera sentencia del Tribunal Constitucional (la núm. 112/2016, de 29 de junio de 2016), que analiza el tipo del art. 578 CP, y la jurisprudencia de esta Sala que observa su doctrina, donde la expresión citada en el recurso, 'el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación

²⁹ STS 820/2016, FD 4.

³⁰ SSTs 948/2016, de 15 de diciembre, FD 2; y 512/2017, de 5 de julio, FD 3.

ni directa ni indirecta a la comisión de un delito', deja ya de compadecerse, en toda su extensión, con el recto contenido constitucional del precepto; por cuanto en la referida sentencia, interpretativa de esta tipología, exige, para entender constitucionalmente legítima dicha injerencia legislativa en la libertad de expresión, algún tipo de incitación, aún cuando fuere indirecta³¹» (FD 2).

Merece destacarse que esta asunción expresa de la incitación indirecta a la comisión de un acto terrorista como elemento típico del delito de enaltecimiento del terrorismo en la STS 52/2018 se apoya argumentalmente, además de en la citada STC 112/2016, en los correspondientes artículos del Convenio y de la Decisión Marco relativos al delito de provocación pública al terrorismo [arts. 5.1 y 3.1 a), respectivamente] y añade un tercer instrumento normativo de ámbito europeo para fundamentar jurídicamente esta reinterpretación del artículo 578 CP: la reciente Directiva (UE) 2017/541 (la Directiva en adelante) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, que sustituye a la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo modificada a su vez por la antecitada Decisión Marco de 2008.

En este sentido, el art. 5 de la Directiva reproduce sustancialmente la definición del delito de provocación pública para cometer delitos terroristas contenida en el art. 5.1 del Convenio y dispone que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo³² de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos³³».

³¹ Sin embargo, apenas unos días más tarde, la STS 72/2018, de 9 de febrero, pese a citar expresamente la STC 112/2016, volvió a reiterar que el art. 578 supone un «adelanto de la barrera de protección» en la medida que este «no requiere la concreta incitación al delito, sino la genérica conducta de enaltecer o justificar un actuar incardinado en la delincuencia terrorista. (...) La actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, *sin incitación a la comisión directa ni indirecta* de actos susceptibles de ser tipificados en los tipos penales de terrorismo» (FD único, cursivas mías).

³² En coherencia con ello la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea [COM(2018) 640 final] incluye la provocación de un peligro de comisión de actos terroristas como requisito para que la incitación y defensa del terrorismo sean consideradas «contenidos terroristas» [art. 2.5 a)].

³³ La Directiva en cuestión ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sin que la citada norma de transposición haya afectado al art. 578 CP. Al respecto P. TAPIA BALLESTEROS considera innecesaria la transposición de la Directiva, en cuanto al enaltecimiento del terrorismo, por entender que el art. 578 CP «resulta indiscutiblemente más amplio que el art. 5 de la Directiva» (2019, «Transposición de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra

Sin embargo, esta posición del Tribunal Supremo, pese a la aparente rotundidad de la STC 52/2018 sobre la exigencia de la incitación indirecta como elemento típico del delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, no parece ser definitiva atendiendo a la existencia de resoluciones posteriores en sentido contradictorio.

Así, por una parte, la STS 79/2018, de 15 de febrero, confirma la condena al rapero Valtonyc al entender que los hechos encajan en el tipo penal del art. 578 por constituir una incitación a la realización de actos terroristas³⁴; en el mismo sentido, se ha vinculado la presencia del riesgo abstracto exigido por el tipo a que los mensajes juzgados supongan «una incitación indirecta a la comisión de hechos de naturaleza terrorista (...) siendo aptos o idóneos para desplegar una actividad suponiendo un caso claro de incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal³⁵». Pero, por otra parte, la STS 646/2018 ha enturbiado este requisito de la incitación indirecta en la descripción típica del enaltecimiento al situar la diferencia entre los delitos de odio del art. 510 CP, el delito de difusión de mensajes que incitan a la comisión de actos terroristas del art. 579 CP y el enaltecimiento del art. 578 CP, precisamente en que este último no exige incitación, aunque debe reseñarse que la cuestión fundamental que se aborda en esta resolución es la distinción entre las situaciones de riesgo que generan las conductas sancionables bajo estas modalidades delictivas. Así, esta sentencia, que pretende establecer una tipología de los delitos de odio, pese a afirmar inicialmente que los tipos delictivos de los arts. 578 y 579 requerirían incitación, diferencia posteriormente entre ambos estableciendo una confusa doctrina en la que la incitación se sustituye en el art. 578 por la «aptitud» para generar una situación de riesgo³⁶. Y la perplejidad se acrecienta por cuanto cita previamente el Convenio, la Directiva —que incluyen la incitación indirecta en la definición de la provocación pública al terrorismo— y, entre otras, la propia STS 52/2018 que reconoció que la doctrina previa del Tribunal Supremo no se ajustaba a la interpretación constitucional del art. 578 CP condicionada a la concurrencia de incitación indirecta en la STC 112/2016.

el terrorismo, al ordenamiento español: El delito de enaltecimiento del terrorismo». *Revista de Estudios Europeos*, n.º 1, p. 319).

³⁴ Los mensajes de las canciones enjuiciadas «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» (STS 79/2018, FD 3). En este caso, la incitación a la violencia se contiene también en las amenazas de muerte a una persona concreta identificada por su nombre e imagen en el videoclip de la canción publicado en Internet (FD 4); *vid.* VÁZQUEZ, V. J. (2017). «Artistas abyectos y discurso del odio», en ALONSO SANZ, L. y VÁZQUEZ, V. J. ALONSO (dirs.), *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Sevilla, Athenaica, pp. 234-238.

³⁵ STS 185/2019, FD 3.

³⁶ «Si existe una incitación a la comisión de hechos delictivos, a través de consignas y mensajes, la subsunción es la del art. 579 CP. Si la potencialidad de riesgo es de aptitud, no requiriendo la incitación a la comisión de actos terroristas, la subsunción es en el art. 578 CP (...)» (STS 646/2018, FD único).

3. *La situación de riesgo*

a) El impacto de la difusión en redes sociales

En cuanto a la exigencia de que la conducta enaltecedora o justificadora del terrorismo produzca una situación de riesgo de comisión de un acto terrorista, el análisis viene determinado por el hecho de que la totalidad de las 27 sentencias posteriores a la STC 112/2016 enjuicien manifestaciones realizadas en las redes sociales³⁷. En este sentido, cabe destacar que la diseminación del mensaje mediante las redes sociales no se trata en estos pronunciamientos para considerar concurrente la publicidad de la conducta que exige el tipo penal del art. 578 CP —publicidad que se presupone en estos casos³⁸ y se recoge implícitamente en las sentencias al constatar que los contenidos son libremente accesibles al público sin restricción alguna—, sino para valorar el impacto de la difusión pública de las expresiones a efectos de la estimación del riesgo de provocar actuaciones terroristas.

La primera sentencia del Tribunal Supremo sobre enaltecimiento del terrorismo en redes sociales fue anterior a la STC 112/2016 y en ella se confirmó la condena al cantante Pablo Hasél por las letras de 12 canciones subidas a YouTube, destacando la incidencia de las redes sociales en el sistema penal y la potencialidad de difusión de «esta explosión tecnológica que permite divulgar cualquier mensaje en pocos segundos a una multitud de usuarios situados en países lejanos con lo que se obtiene una publicidad de los mensajes impensable hace unos años³⁹».

En la misma línea, la STS 4/2017, confirmatoria de la condena a César Strawberry, se extiende sobre el impacto potencial de la incitación en las redes sociales⁴⁰. Más

³⁷ Mayoritariamente Twitter —en 11 casos— y Facebook —9 casos—, con 1 caso en YouTube. En los restantes casos se combinan estas redes entre sí o se añaden a alguna de las anteriores otras redes sociales como Google +, WhatsApp, Flickr o Tuenti.

³⁸ Mostrándose contrario a entender que las publicaciones en una red social conllevan, por definición, publicidad sin tener en cuenta el número de seguidores, BOIX PALOP, A. (2016). «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 173, pp. 88-89.

³⁹ STS 106/2015, de 19 de febrero, FD 1.

⁴⁰ «La extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal» (STS 4/2017, FD 2); en aplicación de este criterio, descarta reducir la pena atendiendo a las circunstancias concretas (como posibilita el art. 579 bis.4 CP cuando el hecho sea de menor gravedad en función del medio empleado o el resultado producido) por cuanto los

recientemente, la STS 65/2019, de 7 de febrero, relaciona directamente el uso de las redes sociales con el incremento del riesgo de acto terrorista: «la utilización de las redes sociales como instrumento de difusión de sus mensajes, posibilita un esparcimiento generalizado y permanente del ideario captatorio y, con ello, una mayor exposición colectiva al riesgo que el tipo penal trata de evitar» (FD 10).

Por otra parte, el número de seguidores en las redes (desde 121 a 8.000 en el caso de mayor difusión) se menciona en los hechos probados de poco más de un tercio de las sentencias (10 de 27), incluyendo también en algún caso el número de tuits emitidos (92.000 tuits en la STS 95/2018 que casó la condena a la tuitera Cassandra Vera) y de perfiles abiertos en Facebook. En los restantes 17 pronunciamientos no se deja constancia del número de seguidores y, en particular, en la STS 79/2018, que confirmó la condena al rapero Valtonyc por las canciones publicadas en YouTube con acceso libre y gratuito, no se reflejan en los hechos probados el número de reproducciones de las mismas⁴¹.

Lo anterior pone de manifiesto que el criterio mayoritariamente empleado por el Tribunal Supremo para considerar la existencia de riesgo no ha sido la difusión efectiva⁴² del mensaje atendiendo a la audiencia realmente alcanzada, sino la difusión potencial del mismo en razón de las características específicas de las redes sociales, utilizando para valorar esa potencialidad elementos preponderantemente cualitativos como la capacidad de difusión transnacional, la permanencia del mensaje en la red o su posible multiplicación incontrolada mediante su reenvío o redifusión.

En este sentido, la Sentencia 706/2017, de 27 de octubre, considera que la relevancia penal de retuitear mensajes de enaltecimiento o justificación del terrorismo no radica en que el acusado comparta el contenido del mensaje o le añada opiniones

seguidores son «cada uno de ellos potenciales redireccionantes de tales mensajes» (FD único de la 2ª sentencia).

⁴¹ En contraste con la STS 106/2015 antes citada (caso Pablo Hasél) en la que la gran difusión del mensaje enaltecedor en YouTube se justificó mediante el número de reproducciones de los vídeos de las canciones enjuiciadas (FD 4).

⁴² No obstante, en algunos casos sí ha considerado la difusión efectiva de los mensajes. Así, la STS 206/2017 señala que «no consta que los mensajes tuvieran especial seguimiento» para concluir que la conducta no revierte «especial gravedad», aunque sí valora la reiteración en la difusión de los mensajes durante dos años (FD 6). En la STS 378/2017 se constata la inexistencia de réplicas a las publicaciones en Facebook «lo que significa que no consta si dichos mensajes han sido leídos por otras personas, ni siquiera que tenga seguidores» (FD 4). Finalmente, en las SSTs 52/2018 y 646/2018 se considera respectivamente que la «ausencia de riesgo» queda demostrada porque «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» (FD 5), y que el conocimiento general de los tuits «no resulta de la publicación, sino de la localización posterior» lo que revela «su escasa difusión y el leve impacto causado»; en el mismo sentido se aprecia que «las referencias a la fotografía de una víctima [«quiero un selfie con la nuca de Miguel Ángel Blanco»] (...) no ha[n] tenido difusión relevante (...). El supuesto fáctico, por la escasa difusión, por la concurrencia de un ánimo distinto del puramente vejatorio, resulta desproporcionado al tratarse de un acto aislado que no merece reproche penal tan severo» (FD único).

propias: «basta que (...) les de publicidad, expandiendo el mensaje a gran cantidad de personas (...) con posibilidad de que terceras personas se percaten de que están enaltecendo la trayectoria personal y los 'méritos' de alguien cuya fama procede de los actos terroristas ejecutados». Desde esta perspectiva, no se tiene en cuenta el (ínfimo) número de seguidores sino la posibilidad de que los mismos redifundan el mensaje⁴³ o incluso el mero conocimiento del discurso enaltecedor sin interacción en las redes⁴⁴. Coherentemente con ello, en la Sentencia 59/2019 se ratifica la posición de la Sala de instancia al afirmar que «el delito exige la comunicación pública, pero no un determinado grado de difusión. (...). El tipo no exige un nivel determinado de 'impacto'» (FD 1). Lo determinante no es, por tanto, el impacto generado por la difusión efectiva sino la posibilidad de que la difusión se produzca al dar publicidad⁴⁵ al mensaje retuiteado.

b) Un riesgo abstracto o de aptitud

El riesgo de que puedan cometerse actos terroristas como consecuencia de una conducta de enaltecimiento del terrorismo se caracteriza por el Tribunal Supremo como «potencial» y «no concreto sino de aptitud⁴⁶», sobre la base de la STC 112/2016, el art. 5 del Convenio —que exige que la provocación pública para cometer delitos terroristas genere riesgo de comisión de los mismos— y el art. 5 de la Directiva.

La STS 378/2017 se refiere a este requisito de riesgo afirmando que la constitucionalidad del delito de enaltecimiento exige, además de la adecuación objetiva de la conducta a la descripción típica, otro elemento integrado, según la STC 112/2016, por una doble exigencia: el «elemento tendencial» no exigido por la literalidad del artículo —la «intención de incitar»—, y «otra exigencia que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatarse objetivamente⁴⁷: una situación de riesgo

⁴³ «La publicidad está asegurada en tanto el acusado lanza a la red (Twitter) las imágenes y mensajes; tiene 121 seguidores, que además pueden difundirla a terceros, y así sucesivamente, toda vez que el acusado difundía sus imágenes y mensajes en abierto» (FD 1.2).

⁴⁴ Así, en la STS 185/2019 se afirma que no es un elemento negativo del tipo la «ausencia de interacción de los seguidores», ya que «son más de 250 personas los seguidores, y ello *al margen de que no interactúen* hasta el punto de reenviar el mensaje o utilizar una aplicación que permite manifestar que 'te gusta' el mismo, el seguidor del acusado *conoce* perfectamente su discurso» (FD 3, cursivas mías).

⁴⁵ Ya con anterioridad el Tribunal Supremo había considerado que el requisito de la publicidad de la expresión o difusión de un mensaje enaltecedor o justificador del terrorismo se cumple con la mera diseminación del mensaje sin tener en cuenta el número de receptores reales del mismo. Así, la STS 149/2007 entendió que el enaltecimiento se producía en un «medio de expresión pública o difusión» cuando se publicaba en «un periódico que se distribuye entre sus lectores, *cualquiera que sea la extensión de tal distribución*» (FD 5.B, cursivas mías).

⁴⁶ STS 354/2017, de 17 de mayo, FFDD 4 y 6.

⁴⁷ Comentando esta sentencia, J. MUÑOZ CUESTA señala que este riesgo sería un «elemento del tipo objetivo derivado de la legalidad constitucional» [(2017). «Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541 de 18 de marzo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8

para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades». Destaca, así, la «trascendencia» y «relevancia»⁴⁸ de «la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado» para la constitucionalidad del tipo penal (FD 2.3)⁴⁹.

La misma sentencia afirma que este riesgo ha de entenderse «en abstracto como ‘aptitud’ ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas»; tal riesgo existiría si puede diagnosticarse «una mutación del estado de cosas tal que la realización de los delitos de terrorismo vea aumentada la eventualidad de su acaecer»⁵⁰ (FD 2. 4). Concretando más esta definición del peligro, la STS 59/2019 señala que «se castiga la contribución a generar o alimentar un determinado clima⁵¹ o atmósfera (delito de peligro abstracto); no un influjo en acciones terroristas concretas» (FD 2).

Se trataría por tanto de un «delito de peligro abstracto», de clima, y para valorar la materialización de ese riesgo de provocar actos terroristas inespecíficos, la STS 378/2018 se remite a la Directiva que enumera los elementos a tener en cuenta: «las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud⁵² del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional⁵³» (Considerando 10⁵⁴ citado por el FD 2.3).

[artículo en línea], acceso 04.05.2020. En el mismo sentido, la STS 52/2018 considera el riesgo como un «elemento normativo» del tipo cuyo contenido dogmático puede discutirse en el recurso de casación, si bien su concurrencia «es cuestión fáctica resultado de un proceso valorativo, que racionalmente motivado en la instancia, no cabe revisarse en esta sede casacional» (FD 5).

⁴⁸ Recientemente, la STS 47/2019 ha reiterado la relevancia del riesgo para la tipicidad de la conducta de enaltecimiento: «es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad» (FD 2).

⁴⁹ En el mismo sentido, la STS 52/2018 considera que el riesgo es «elemento determinante de la constitucionalidad» del art. 578 CP (FD 5).

⁵⁰ Valorando positivamente esta sentencia, MIRA BENAVENT, J. (2018). «El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional», en ALONSO RIMO, A. y otros (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 318 y 319.

⁵¹ Remite a la STS 52/2018 y a la STC 112/2016 para señalar que ambas «subrayan la exigencia inherente al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 de albergar capacidad de alentar, aunque sea de forma indirecta, un clima propicio para que germine el discurso del odio» (FD 4).

⁵² En la STS 354/2017 se había afirmado previamente que, según el Informe explicativo, el Convenio deja un «margen de discrecionalidad» al Derecho interno para establecer las condiciones de la naturaleza creíble del riesgo (FD 6). Posteriormente las SSTS 52/2018 y 59/2019, en relación con la configuración del riesgo exigible en el art. 578 CP, han afirmado la autonomía del legislador español respecto de los textos internacionales en la medida que «imponen unos mínimos, pero no excluyen otras tipificaciones», reconociendo, no obstante, que operan como «criterios interpretativos» (FFD 3 y 4 respectivamente).

⁵³ Doctrina que se reitera después en las SSTS 560/2017, FD 3; 600/2017, FD 2; 52/2018, FD 3; 95/2018, FD 2.4; 646/2018, FD único; 47/2019, FD 3; y 185/2019, FD 2.

⁵⁴ Enumeración que reproduce los criterios establecidos en el Informe Explicativo del Convenio [*Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (CETS N° 196). Explanatory Report*, <http://>

Ahora bien, si ese riesgo potencial no tiene que referirse a un delito concreto, sí se exige, por el contrario, una «cierta concreción» de la conducta o sujeto que se enaltece o justifica y del destinatario de la misma para colmar la exigencia de peligro propia del enaltecimiento, «de manera que suponga no un comentario genérico⁵⁵, sino una justificación del acto o de la banda terrorista» (STS 72/2018, de 9 de febrero, FD único).

La distinción entre el riesgo exigible en los delitos de odio del art. 510 CP y en los delitos de los arts. 578 y 579 CP centra la argumentación jurídica de la STS 646/2018 en un larguísimo y complejo fundamento de Derecho único repleto de referencias jurisprudenciales. Entiende el Alto Tribunal que el enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP y la difusión de mensajes que incitan a la comisión de actos de terrorismo del art. 579 CP son «modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio» que, interpretados de conformidad con el Convenio y la Directiva, «requieren una puesta en peligro y la incitación al ataque de bienes jurídicos (...) de la que resulta que la posibilidad de tipificar esas conductas ha de incorporar la potencialidad de un riesgo. (...) Precisamente por tratarse de terrorismo la tipicidad requiere una específica potencialidad de riesgo».

En esta sentencia, tras citar la jurisprudencia del TEDH sobre el discurso del odio y referirse a las sentencias del Tribunal Constitucional —con la conclusión, hartamente discutible, de que en la jurisprudencia constitucional, salvo en la STC 235/2007, «la tipicidad del delito de odio no requiere la generación de un peligro a consecuencia del discurso, aunque sí destacamos la aptitud y seriedad del hecho para afirmar la creación del riesgo⁵⁶»—, resume la posición de la Sala 2ª del Tribunal Supremo⁵⁷: si

conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/196.htm, acceso: 26.05.2020, ap. 100].

⁵⁵ En el caso de autos, único en el que el Tribunal Supremo se ha pronunciado hasta la fecha sobre un delito de odio tras la reforma de 2015, se estimó parcialmente el recurso del condenado por delito de incitación al odio y enaltecimiento del terrorismo (respectivamente, por tuits sobre las mujeres víctimas de violencia y referencias a una bomba en Madrid en Nochevieja), resultando absuelto de enaltecimiento por tratarse de comentarios genéricos, siendo sin embargo condenado por esos mismos comentarios por el «delito más genérico del art. 510». Partiendo de que «el delito de enaltecimiento es la especie del genérico 510 del Código Penal», con una «estructura similar» y «una problemática parecida», la diferencia entre ambos tipos estribaría en que, siendo delitos de peligro, en el art. 510 es el propio contenido del mensaje el que llevaría «implícito el peligro (...) sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio»; en cambio en el enaltecimiento no serían subsumibles las conductas consistentes en «manifestaciones genéricas (...), expresiones muy genéricas que no implican la caracterización del delito de peligro en la medida en que no hay concreción del destinatario del acto que se enaltece o de la figura que se pretende reivindicar. Son expresiones demasiado genéricas desprovistas de un contenido terrorista (...)» (STS 72/2018, FD único).

⁵⁶ Se refiere a las SSTC 177/2015 y 112/2016 para llegar a esta conclusión de que la tipicidad del delito de odio «no requiere la generación de un peligro» cuando la reciente doctrina del Tribunal Supremo fundamenta la exigencia de riesgo en el tipo delictivo del enaltecimiento precisamente en la STC 112/2016, que remite a su vez a las SSTC 177/2015 y 235/2007 para aplicar al enaltecimiento el estándar constitucional del denominado «discurso del odio».

⁵⁷ Previamente el Tribunal distingue dos líneas en su propia jurisprudencia, «la que viene exigiendo la concreción de riesgo como elemento necesario para punición de los delitos de odio» (SSTS

el delito de odio genérico tipificado por el art. 510 CP «no requiere, en su tipicidad, una generación de una situación concreta de peligro aunque sí una aptitud para la generación de una situación de peligro, que sea tenida por seria, a la dignidad de las personas», el Convenio y la Directiva exigen la generación de un riesgo que tiene diferente alcance en los delitos del art. 578 y 579 CP: «si existe una incitación a la comisión de hechos delictivos, a través de consignas y mensajes, la subsunción es la del art. 579 CP. Si la potencialidad de riesgo es de aptitud, no requiriendo la incitación a la comisión de actos terroristas, la subsunción es en el art. 578 CP, aunque sí ha de tratarse de una conducta de expresión con un contenido cierto y serio de producir una lesión a la dignidad de la víctima, una reiteración del daño sufrido». Señala como conclusión que «en el art. 510 CP, enmarcado en la categoría de delito de odio, su tipicidad no requiere la generación de un riesgo, abstracto, concreto o hipotético, que sí es preciso en los delitos de provocación o de apología del terrorismo, previstos en el art. 579 CP, que requieren la idoneidad para incitar a la comisión de un delito terrorista. La tipicidad del art. 578 CP, aún requiriendo la generación de un riesgo, en esta tipicidad su exigencia tiene una menor intensidad, no es de incitación a la comisión, sino de aptitud del discurso para generar ese riesgo ‘aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades’ (STC 112/2016)».

En definitiva, según la STS 646/2018⁵⁸, el riesgo inherente a los discursos de enaltecimiento del terrorismo es un riesgo abstracto y de aptitud, potencial, pero que debe surgir de expresiones de la suficiente seriedad y gravedad para generar un peligro real y cierto de comisión de actos terroristas; cuando esta «aptitud» de los mensajes se hace más concreta y específica llegando a la incitación, estos devienen en «idóneos para incitar a otros a la comisión» de un delito de terrorismo, siendo subsumibles en el art. 579 CP.

Finalmente, la STS 185/2019 pone de manifiesto que la «potencialidad de riesgo abstracto se desprende de los propios mensajes (...) sin que afecte a ello el hecho de

259/2011, de 12 de abril, y 95/2018, de 26 de febrero) y una segunda línea (SSTS 601/2017, de 11 de julio; 826/2015, de 30 de diciembre; 656/2007, de 17 de julio; y 72/2018, de 25 de enero.) que circunscribiría la necesidad de creación de un riesgo o peligro al delito de enaltecimiento el art. 578.1, no siendo esta exigencia aplicable al delito de humillación a las víctimas del terrorismo penado por el art. 578.2 CP.

⁵⁸ Esta sentencia singulariza los criterios para la «necesaria ponderación» con la libertad de expresión cuando el odio está conectado a delitos de terrorismo: «la valoración de elementos de contexto, de medio empleado, su difusión, la distinta valoración que ha de darse a la expresión escrita respecto de la expresión musical, la antigüedad, la afectación social, y también ha de ponderarse la proporcionalidad de la pena con la naturaleza del hecho» remitiéndose, con relación a la proporcionalidad a la STEDH *Leroy*, y con carácter general a la jurisprudencia del TEDH sobre los «elementos de interpretación» de la norma «(...) tales como elementos de contextualización, el contenido del mensaje, su expresión oral o escrita, la intención, el impacto del texto y la proporcionalidad de la sanción. En todo caso, no ha de olvidarse que se trata de delitos circunstanciales y que han de ser interpretados de acuerdo a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma» (FD único).

que sea este retuiteado» (FD 3) ni que el número de seguidores sea escaso (250) y que los mismos no reaccionen al mensaje retuiteándolo o dándole *likes*. Comparte así la Sala el criterio de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional que afirma que «en cuanto al riesgo abstracto ínsito en el tipo, la literalidad, la reiteración y la claridad de las expresiones determina este alto grado de *peligrosidad intrínseca* a este tipo de mensajes, suponiendo una incitación indirecta a la comisión de hechos de naturaleza terrorista. Podemos concluir que este riesgo abstracto (...) esta ínsito en las declaraciones públicas del acusado a través de los mensajes, *siendo aptos o idóneos para desplegar una actividad* suponiendo un caso claro de incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal. (...) El riesgo abstracto concurre (...)» (FD 3, cursivas mías). Por tanto, la presencia de ese «riesgo abstracto» se determina fundamentalmente por el contenido y literalidad explícita de los mensajes en sí mismos, sin perjuicio de que en el caso de autos, el Tribunal Supremo valide la aplicación de criterios como la reiteración y prolongación de las expresiones en el tiempo, la publicación de los mensajes en abierto, la intención de provocar o incitar y el contexto en el que se producen, para concluir que «la provocación a un riesgo real se encuentra fuera de toda duda» (FD 3).

V. LA STC 35/2020 Y ALGUNAS CONCLUSIONES

Recapitulando lo dicho, después de algunas oscilaciones el Tribunal Supremo ha afirmado la existencia de un «canon aplicativo de constitucionalidad» del delito de enaltecimiento del terrorismo, derivado de la STC 112/2016 y complementado con la Directiva de 2017, «de cita hoy ya ineludible» (STS 378/2017, FD 4). Atendiendo a este canon, la conducta típica del enaltecimiento del terrorismo requeriría una incitación indirecta intencionada a la comisión de un delito de terrorismo haciendo surgir una situación de riesgo de que tal delito se produzca.

La exigencia de intencionalidad ha tenido un recorrido desigual pasando de afirmarse su irrelevancia penal en la STS 4/2017 hasta declararse en la STS 378/2017 que la intención del sujeto activo es el «componente subjetivo del tipo constitucionalmente exigible», intención que debe abarcar todos los elementos del tipo incluyendo por tanto la incitación y el consiguiente riesgo derivado de la misma.

En este reconocimiento progresivo de la trascendencia del elemento intencional ha tenido un papel destacado la recepción del Convenio y la Decisión Marco, que exigen la intención de incitar, en la doctrina del Tribunal Supremo. Esta recepción se ha llevado a cabo de forma mediata a través de la STC 112/2016 y se ha visto reforzada por las menciones a la Directiva de 2017, sustitutiva de la Decisión Marco, cuyo art. 5 describe la incitación al terrorismo en los mismos términos —«cuando se cometa intencionadamente»— que los anteriores instrumentos, añadiendo que «la noción de intención debe concurrir en todos los elementos constitutivos de los delitos

establecidos en la presente Directiva. El carácter intencionado de una acción u omisión puede inferirse de circunstancias fácticas objetivas» (Considerando 17).

La reciente STC 35/2020⁵⁹, de 25 de febrero, ha dado el espaldarazo definitivo a la necesidad de considerar la intención del acusado en el enjuiciamiento penal del enaltecimiento, otorgando a este aspecto un papel central y determinante en su fundamentación jurídica. Así, la mencionada sentencia anula la antecitada STS 4/2017, que había condenado a César Strawberry por enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas, por considerar que la sentencia condenatoria «no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos. Esta omisión, por sí sola, tiene carácter determinante para considerar que concurre la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante de amparo» (FJ 5).

Parte el Tribunal Constitucional de la doctrina previamente sentada en la STC 112/2016, —que cita reiteradamente—, que remite a su vez a la STC 177/2015, según la cual «la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que ‘la ausencia de ese examen previo al que está obligado el juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible’ y ‘constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración⁶⁰» (FJ 4).

Aplicando esta doctrina, después de resumir las argumentaciones del Tribunal Supremo, entiende que «resultan insuficientes, pues se observa la ausencia de consideraciones en relación con la dimensión institucional de la libertad de expresión⁶¹

⁵⁹ Sobre esta sentencia, PRESNO LINERA, M. (2020). «Breves y apuradas consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que ‘anula la condena del Tribunal Supremo al cantante Strawberry’». Blog *El derecho y el revés*. 02.03.2020. <https://ir.uv.es/U8yR29U>, acceso 26.05.2020; y CORRECHER MIRA, J. (2020). «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo. *Diario La Ley*, n.º 9600.

⁶⁰ *Vid.* al respecto ROLLNERT LIERN, G. (2017). «Las llamas del odio: la quema del símbolo y las incongruencias del Tribunal Constitucional», en *Constitución, Política y Administración. España 2017*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 67-80.

⁶¹ Cita como tales las siguientes: «valoración de la importancia de los mensajes controvertidos desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas en consonancia con el pluralismo propio de una sociedad democrática; ponderación de si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas; consideración acerca de si la condena penal de los mensajes podría producir un efecto desaliento o acarrear

(...). Frente a la falta de consideraciones de esta naturaleza, se advierte que en la resolución impugnada se afirma concluyentemente que resultaba irrelevante ponderar cuál era la intención —irónica, provocadora o sarcástica— del recurrente al emitir sus mensajes, en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, con el contexto en que se emitían los mensajes y con el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos» (FJ 4).

Aunque señala que no le corresponde pronunciarse «sobre si la intención perseguida con los mensajes enjuiciados se integra como elemento en el tipo objeto de acusación», afirma que «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» (FJ 5).

Entiende, por tanto, que «la resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental», concluyendo específicamente sobre la intención que «el imperativo constitucional de respeto a la libertad de expresión impide categóricamente extraer conclusiones penales de estos elementos [las referencias al terrorismo en los tuits enjuiciados] sin ponderar también el hecho de que los expresados tuits son susceptibles de ser interpretados como producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social a personas que ostentaban la condición de personajes públicos en el momento en que los actos comunicativos tuvieron lugar; y que, en uno de los casos, había tomado posición en favor de un determinado partido político» (FJ 5).

la desnaturalización del derecho a la libertad de expresión por parte de quienes se propongan ejercitarla mediante la utilización de medios o con contenidos similares; estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, en su autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y de sus destinatarios, es equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional» (FJ 5). En sentido contrario, el voto particular del magistrado Montoya Melgar considera que la sentencia del Tribunal Supremo recurrida «toma en consideración múltiples factores que el propio Tribunal Constitucional viene entendiendo como determinantes de la presencia o ausencia de lesión del derecho aquí concernido [la libertad de expresión]», detallando dichos factores en el ap. 2.

En definitiva, el Tribunal Constitucional, por la vía indirecta de incluir la intención del autor como elemento medular de la valoración previa sobre la concurrencia de la libertad de expresión, ha ratificado su trascendencia en la aplicación del tipo del enaltecimiento del terrorismo.

La intención se encuentra estrechamente conectada con el segundo elemento requerido por la interpretación constitucional del enaltecimiento, la existencia de incitación indirecta al terrorismo. Esta interrelación resulta patente desde el momento que, en realidad, es el Tribunal Supremo quien ha reinterpretado el «elemento tendencial» del que habla que la STC 112/2016 como «la ‘tendencia’, en la voluntad del autor, a querer incitar efectiva y realmente la comisión de delitos de terrorismo», esto es, como «la intención del sujeto activo» (STS 378/2017, FFDD 2.4 y 4), cuando, en realidad, para el Tribunal Constitucional, el «elemento tendencial» parece incluir tanto la intención como la incitación indirecta⁶².

Por lo que se refiere a la incitación indirecta, el Tribunal Supremo ha reconocido en la STS 52/2018 que no cabe mantener su doctrina previa que consideraba el enaltecimiento del art. 578 como una modalidad de apología que no requiere incitación (por todas, STS 224/2010) desde que la STC 112/2016 exige, por vía interpretativa, la presencia de algún tipo de incitación, indirecta cuanto menos, para la constitucionalidad de este tipo delictivo. ¿Cómo explicar, sin embargo, la incoherencia del Alto Tribunal al negar posteriormente en la STS 646/2018⁶³ la exigencia de incitación indirecta en el art. 578 siendo que él mismo la ha establecido previamente por recepción explícita de la STC 112/2016? La respuesta tendría que ver con la distinta naturaleza del riesgo provocado por las diferentes conductas subsumibles en los arts. 578 y 579 CP. Si en los dos casos se generaría un riesgo, el mismo sería de «menor intensidad» en el enaltecimiento que en la incitación penada por el art. 579 CP. En la medida que en el enaltecimiento no se produce una incitación directa, como parece

⁶² La STC 112/2016 afirma que «en relación con la tipificación penal de esta última conducta [difusión de ideas justificadoras del genocidio], la STC 235/2007 afirmó que «[t]ratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. 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 indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio» (FJ 3). No obstante, en la STC 235/2007 a la que remite la anterior parecen combinarse en este «elemento tendencial» tanto la intencionalidad de quien «persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad» como que «la conducta (...) fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado», idoneidad que puede entenderse referida a la incitación indirecta (FJ 8). Sobre esta última sentencia, *vid.* ROLLNERT LIERN, G. (2008). «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)». *Revista de Derecho Político*, n.º 73, pp. 101-146.

⁶³ *Vid.* el ap. IV.3.b).

exigir el tipo del art. 579 CP⁶⁴, el art. 578 CP penalizaría la «aptitud del discurso para generar ese riesgo» de comisión de acto terrorista. Dicho de otra manera, lo que el Tribunal Constitucional y la doctrina previa del Tribunal Supremo habían calificado como incitación indirecta, propia del enaltecimiento, en la STS 646/2018 pasa a describirse como «aptitud» para generar el riesgo, en un giro verdaderamente difícil de explicar y que, si se consolidara más allá de lo terminológico, podría conducir a una interpretación expansiva del tipo al prescindir del elemento de la incitación.

En cuanto a la generación de riesgo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la STC 112/2016 la vincula especialmente a que el enaltecimiento se realice a través de las redes sociales atendiendo a lo que el Tribunal Constitucional ha denominado el «uso de las nuevas tecnologías como elemento amplificador del daño» [STC 35/2020, FJ 5. b)], efecto amplificador que valora más en su potencialidad que en su producción efectiva.

Pero el medio de expresión del mensaje no es el único elemento a considerar para apreciar la situación de riesgo, por cuanto el Alto Tribunal remite en 8 sentencias a la Directiva que exhorta a tener en cuenta en cada caso las «circunstancias específicas», mencionando particularmente el autor, el destinatario, el contexto y la importancia y verosimilitud del riesgo.

Entre estos elementos el contexto es quizás el más relevante y presente en la doctrina que se examina y cabe destacar que en la contextualización del mensaje la dimensión temporal es fundamental en un doble sentido: mientras la distancia cronológica entre la publicación del mensaje y los sucesos terroristas que se invocan minora el riesgo de comisión de un atentado terrorista, la coincidencia de los mensajes con una situación de violencia o terrorismo facilita considerar cumplida la exigencia de una situación de riesgo⁶⁵. En esta valoración del contexto, cuando el enaltecimiento

⁶⁴ Vid. al respecto SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. (2015). «Actos de provocación y apología en los delitos de terrorismo: Artículos 578 y 579 CP». *Actas del I Congreso Internacional de la FICP «Retos actuales de la teoría del delito»*, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho. <http://go.uv.es/0kNjknB>, acceso 01.05.2020, pp. 3-4.

⁶⁵ Así, se ha tenido en cuenta la «inexistencia de un contexto de violencia terrorista» relacionado con la organización terrorista mencionada en las publicaciones en Facebook enjuiciadas —los GRAPO—, desaparecida hace años y que «las publicaciones que se atribuyen al acusado, en el año 2012, no coincidían con acciones de esta organización terrorista», además de la inexistencia de réplicas (STS 378/2017, FD 2. 4); asimismo se ha valorado que «la apelación se hace a organizaciones terroristas, felizmente desaparecidas» para considerar que «la llamada a la acción no es real, no es seria» (STS 646/2018, FD único), o, en sentido contrario para justificar la condena, la coetaneidad con un momento de «terrorismo de baja intensidad» (STS 948/2016, FD 5), que la banda terrorista ensalzada no estaba disuelta cuando se produjeron los hechos enjuiciados (STS 59/2019, FD 4) o el «anuncio del cese de la actividad de la banda terrorista ETA, así como un momento de grave crisis económica en el que era muy frecuente la ejecución de actos violentos relacionados con la ejecución de sentencias de desahucio, a lo que hay que añadir frecuentes manifestaciones en las que se produjeron ataques y lesiones a miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad de Estado; también se destaca que en la misma época se cometieron diversos atentados a entidades bancarias atribuidos a grupos terroristas de ideología anarquista» (STC 185/2019, FD 3).

o la justificación hace referencia al terrorismo islámico el Tribunal concluye directamente que el riesgo es «creíble» y se encuentra acreditado sin necesidad de recurrir a otros elementos de ponderación⁶⁶.

Siendo que el Tribunal aprecia la presencia del riesgo a la luz de las circunstancias del caso, parece razonable entender que, cualquiera que sea la calificación que utilice («abstracto» o «de aptitud») y aunque hable de una «aptitud ínsita en la actuación imputada» (STS 378/2017, FD 2.3) y de una «peligrosidad intrínseca» y un «riesgo abstracto ínsito» en las declaraciones incitadoras (STS 185/2019, FD 3), estaríamos en realidad ante «un delito de peligro potencial o hipotético⁶⁷» por cuanto, «(...) debe entenderse que esa aptitud hay que valorarla a la luz de las circunstancias concretas sin que pueda presumirse *ex lege* por la pura realización de la conducta típica, aunque no sea necesario que se haya verificado un resultado de peligro (peligro concreto)⁶⁸». En este sentido, cabe señalar que el Tribunal Supremo en ocasiones ha hablado de un «potencial riesgo» o de «riesgo o peligro de aptitud (abstracto-concreto) de comisión de infracción terrorista» (STS 354/2017, FFD 4 y 6) y en otras de «delito de peligro abstracto» (STS 59/2019, FD 2), pero es cierto que la calificación del riesgo o peligro como abstracto va generalmente acompañada de una exigencia de «aptitud» o «idoneidad» que se determina analizando, con diferente grado de intensidad, las circunstancias concretas concurrentes.

Sin embargo, esta reinterpretación del peligro como potencial o hipotético no puede presentarse como consecuencia indiscutible de la doctrina constitucional asentada sobre el enaltecimiento en la STC 112/2016 por resultar la misma particularmente ambigua sobre este punto; como se vio en el ap. III, si bien el Tribunal Cons-

⁶⁶ La eficacia demostrada por la propaganda del terrorismo yihadista en las redes sociales para provocar en cualquier lugar del mundo atentados por parte de «lobos solitarios», esto es, individuos indeterminados con diversos grados de conexión previa (a veces inexistente) con la organización (STS 354/2017, FFD 4 y 6) le lleva a afirmar que «se encuentra fuera de toda duda» tanto «la potencialidad de riesgo que rezuman tales mensajes» como «la provocación a un riesgo real» (STS 47/2019, FD 4).

⁶⁷ «Peligro potencial o hipotético» que, como señala G. TERUEL LOZANO, ha sido definido por el Tribunal Supremo en relación con el delito de justificación del genocidio del antiguo art. 607.2 CP en la STS 259/2011 (FD 1.8º) como una forma de peligro «a medio camino [entre el peligro concreto y el abstracto] según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante» [(2015). *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 407-408].

⁶⁸ G. TERUEL LOZANO, a la luz de la STS 378/2017 y apoyándose en la Directiva, lo que supone, a su juicio, «un avance sustancial en una visión más garantista de este precepto» [(2018). «Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, pp. 12-13. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/341938/433000>, acceso 05.05.2020]. En idéntico sentido, el mismo autor (2018) «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 114, pp. 28-29. Por el contrario, no diferencia entre ambas categorías de peligro J. LANDA GOROSTIZA que califica el actual art. 510 CP como un «delito de peligro abstracto, hipotético o posible» que conlleva un juicio *ex ante* atendiendo al contexto particular de cada caso [(2018). *Los delitos de odio*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 138].

titucional afirma atender a las circunstancias de los hechos al concluir la idoneidad del discurso para crear un clima proclive al terrorismo, en última instancia parece considerar que toda incitación indirecta a la violencia terrorista genera por sí misma una situación de riesgo y sobre esa base la Sala 2ª del Tribunal Supremo no siempre ha estimado la concurrencia del riesgo en función de un análisis casuístico detallado del contexto y de los otros criterios mencionados⁶⁹, sino que en ocasiones ha considerado que el riesgo es inherente y está implícito en la incitación indirecta⁷⁰.

Puede hablarse, pues, de una discrecionalidad *de facto* del Tribunal Supremo para valorar el riesgo, moviéndose entre una consideración minuciosa de las circunstancias concurrentes y la mera constatación de la incitación indirecta sin mayor esfuerzo en argumentar la situación de riesgo más allá del contenido incitador del propio discurso, lo que viene facilitado por la definición de este riesgo como «abstracto» (SSTS 59/2019, FD 2; y 185/2019, FD 3).

Pues bien, este peligro, con independencia de que su categorización por el Tribunal Supremo sea más o menos acertada, surge cuando se puede generar un clima⁷¹ que favorezca la comisión de actos terroristas o que incremente la posibilidad de que estos se produzcan⁷² y el desencadenante de este clima es, según la STC 112/2016, la incitación: «incitar supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta última perspectiva, 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» (FJ 6). Aunque el Tribunal Constitucional no llegó a calificar *expressis verbis* el tipo de peligro que justifica penalizar el enaltecimiento, el Tribunal Supremo ha dado ese

⁶⁹ En la STS 52/2018 se hace una referencia significativamente minuciosa a los elementos a considerar para constatar la presencia del riesgo: «En autos, dado el concreto medio de expresión, contexto del autor, fechas de emisión, alusiones a acontecimientos generalmente previos a la instauración de la democracia y régimen de libertades, esa aptitud de riesgo de la conducta enjuiciada, no resulta de la narración de hechos probados; ni tampoco se vislumbra incitación a la violencia. El relato probado no posibilita la inferencia conclusiva de que a raíz de los tuits expresados por el acusado, se haya generado ni sean potencialmente aptos para que incremente mínimamente el peligro de comisión de delitos terroristas. Mientras que el contexto en que se emiten, siempre coincidentes con algún suceso o efeméride, traslucen un ánimo crítico, ajeno a cualquier incitación violenta. De ahí su atipicidad, por falta de un elemento objetivo del tipo integrado por el Tribunal Constitucional, más allá de cual fuere la intención del legislador, para posibilitar una lectura constitucional de la norma sancionadora contenida en el art. 578 CP» (FD 5).

⁷⁰ Así, la STS 948/2016, FD 5 apoyándose en STC 112/2016; y las ya mencionadas Sentencias 378/2017, FD 2.3 y 185/2019, FD 3.

⁷¹ La idea de que la conducta es penalmente encajable en el enaltecimiento del terrorismo cuando hace surgir el riesgo de que se genere un determinado «clima» se encuentra ya en sentencias anteriores como la STS 846/2015, de 30 de diciembre, que señala que el ejercicio de las libertades ideológica y de expresión «está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos (...) la prohibición de conductas de alabanza de actividades terroristas que propicie un clima favorable a su reproducción o se constituya en germen remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza» (FD 1) y, en el mismo sentido, la STS 820/2016 (FD 1).

⁷² SSTS 378/2017, FD 2.4; 52/2018, FD 5; y 59/2019, FD 2.

paso al considerar que esa peligrosidad (abstracta o de aptitud), ausente en la literalidad de la conducta típica del art. 578 CP, la exige la STC 112/2016 cuando describe el juicio de probabilidad *ex ante* sobre la creación del riesgo como la valoración de un «espectador objetivo» acerca de la idoneidad⁷³ de la conducta «para contribuir a perpetuar una situación de violencia» (FJ 6).

Cabe finalizar con la constatación de una paradoja y con una reflexión prospectiva, derivadas ambas de la interpretación del art. 578 CP conforme a la doctrina constitucional expuesta.

La paradoja surge porque la reforma del Código Penal de 2015 ha previsto una agravación de la pena en el art. 578.3 «cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella». Resulta así que el enaltecimiento o justificación del terrorismo es castigado con mayor pena cuando es idóneo para producir un resultado —alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor— que objetivamente parece menos dañino que el peligro de comisión de un delito de terrorismo cuya generación exige el tipo básico del art. 578.1 interpretado *ex* STC 112/2016. El clima favorable a la realización de actos terroristas, tanto si se materializa como peligro concreto como si es solo un riesgo posible, es una situación resultante más grave que una difusa y potencial puesta en riesgo de la paz pública o la creación de un sentimiento de inseguridad o temor⁷⁴.

En cuanto a la reflexión prospectiva, se ha señalado que la exigencia de estos nuevos requisitos en el tipo penal del art. 578 CP por adecuación a la doctrina constitucional y la normativa europea equivale a una modificación legislativa que lo deja

⁷³ A este respecto no puede dejar de advertirse una incoherencia terminológica en la doctrina del Tribunal Supremo. Así, en la STS 646/2018, al trazar la distinción entre la distinta «potencialidad de riesgo» en el enaltecimiento del art. 578 CP y la difusión de mensajes incitadores o idóneos para incitar al terrorismo penada en el art. 579 CP, diferencia entre ambas figuras delictivas sobre la base de que el art. 579 requeriría «incitación a la comisión (...), idoneidad para incitar a la comisión de un delito terrorista» mientras que el art. 578 «aún requiriendo la generación de un riesgo (...), no es de incitación a la comisión, sino de *aptitud* del discurso para generar ese riesgo» (cursivas mías). Sin embargo, después de esta distinción entre «idoneidad» y «aptitud», que parece reflejar, con otras palabras, la distinción entre la incitación directa del art. 579 —que generaría un «peligro concreto»— y la incitación indirecta requerida en el art. 578 para salvar su constitucionalidad, viene a equiparar idoneidad con aptitud al señalar en la STS 185/2019 que el «riesgo abstracto» exigible en el enaltecimiento «esta ínsito en las declaraciones públicas del acusado a través de los mensajes, siendo *aptos o idóneos* para desplegar una actividad» (FD 3, cursivas mías).

⁷⁴ En este sentido, la *Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal* (BOE n.º 124, de 24 de mayo de 2019) define la alteración de la paz pública, por remisión a jurisprudencia del Tribunal Supremo, como «aquella acción que pretende crear conmoción en una colectividad potencialmente abierta de personas, impidiendo o degradando la calidad de su vida civil y alterando gravemente su paz en tanto que sujeto colectivo» o como «atemorización social»; y destaca que, a diferencia del concepto de «clima», de carácter general o colectivo, el «sentimiento» tiene una connotación personal o individual (p. 55684).

«vacío de contenido⁷⁵». Es indudable que a partir de la STC 112/2016 se ha producido por vía hermenéutica un endurecimiento de las condiciones para subsumir una conducta en la tipicidad del enaltecimiento. Desde el momento en que hay un «canon aplicativo de constitucionalidad» del art. 578 CP integrado por la incitación intencional y el riesgo, ya no cabe considerar que se colma la tipicidad por el mero cumplimiento de los elementos objetivos del tipo —enaltecimiento o justificación pública de actos terroristas o de sus autores, sin incorporar el tenor literal la incitación indirecta y el riesgo— ni entender que el único componente subjetivo preciso es un dolo genérico o básico como simple conocimiento y voluntad de esos elementos objetivos sin necesidad de acreditar intención específica de incitar al terrorismo, máxime cuando la STC 35/2020 ha reforzado la centralidad de la valoración de la intención del autor en la ponderación de la sanción penal por enaltecimiento con la libertad de expresión.

Sin embargo, no puede decirse que estas mayores exigencias priven de toda virtualidad al delito de enaltecimiento del terrorismo en su formulación actual y ello en lo que afecta a dos aspectos.

En primer lugar, ya se ha dicho que la incorporación de la incitación indirecta a los elementos objetivos del tipo veda la posibilidad de interpretar el enaltecimiento como una apología impropia que no requiere de incitación directa ni indirecta, tal y como reconoció la STS 52/2018; pero hay una segunda consecuencia destacable por cuanto esta misma exigencia de incitación indirecta también debería impedir que los tribunales penales se deslicen en el sentido contrario considerando solo punible el enaltecimiento si constituye una apología provocadora del art. 18.1 CP, esto es, «si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». La STC 112/2016 no permitiría, por tanto, deconstruir el art. 578 CP para condicionar la penalización del enaltecimiento a la concurrencia de una incitación directa a la realización de actos terroristas, lo que solo sería posible mediante una modificación del tenor literal del precepto⁷⁶. Por otra parte, la mención expresa de la

⁷⁵ SANTIAGO RAMÍREZ, V. y VALENTÍN COTOBAL, V. (2019). *Enaltecimiento del terrorismo. Análisis jurisprudencial y policial del artículo 578 del Código Penal*, Madrid, Colex, pp. 117-118, por remisión al criterio del Fiscal en el recurso desestimado por la STS 52/2018. Alegaba el Fiscal que la Audiencia Nacional, basándose en la Directiva, había convertido el delito del art. 578 CP «que es de mera actividad, en un delito de resultado, en contra de la propia naturaleza jurídica del tipo penal y de la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. En definitiva, que se exija un nuevo requisito, la puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido, que no está previsto en el tipo penal y que el recurrente [el Fiscal] interpreta que la sentencia de la Audiencia identifica con la idoneidad de las acciones o expresiones enaltecedoras para incitar de manera concreta a la perpetración de otras acciones terroristas» (STS 52/2018, FD 1).

⁷⁶ Como propone el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL mediante una nueva redacción del art. 578.1 CP que describiría la conducta típica como «la *incitación pública y directa* a la comisión de cualquiera de los delitos señalados en los artículos 572 a 577, la justificación o el enaltecimiento públicos de estos delitos o de sus autores, *siempre que por su naturaleza y circunstancias constituyan una incitación directa a cometer uno de estos delitos (...)* cuando genere con ello un riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos (...)» [(2019). *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 46, cursivas mías].

apología como ejemplo de incitación indirecta en la Directiva de 2017 respalda la posibilidad de que las legislaciones nacionales de los Estados miembros castiguen penalmente la apología como forma de incitación indirecta, si bien con las exigencias adicionales de intencionalidad y riesgo.

En segundo lugar, es cierto que el requisito de generación de un riesgo de comisión de actos terroristas conlleva examinar la idoneidad potencial del mensaje para provocar actos terroristas⁷⁷. Y aunque este riesgo se ha definido como «abstracto» o «de aptitud», el juicio *ex ante* acerca de la idoneidad o aptitud de las expresiones para crear un clima de aliento o estímulo al terrorismo que incremente la probabilidad de conductas terroristas, requiere de una valoración de las circunstancias concretas concurrentes en el caso enjuiciado. Evidentemente, esta necesidad de ponderar los elementos fácticos en los que sustentar la presencia del riesgo supone *a priori* un mayor esfuerzo argumentativo de los órganos jurisdiccionales para condenar por enaltecimiento, sin que puedan limitarse a dar por probado el riesgo con la mera literalidad de las declaraciones. Pero la misma STC 112/2016, de la que deriva esta exigencia, ha considerado que toda incitación al terrorismo lleva implícita *per se* una situación de riesgo, y el Tribunal Supremo ha actuado desigualmente en la valoración del riesgo, en ocasiones tomando fundamentalmente en consideración el contenido del mensaje y prestando poca atención a las variables contextuales.

En definitiva, la consecuencia práctica de la STC 112/2016 sobre la aplicación del delito de enaltecimiento es la exigencia a los órganos sentenciadores de una argumentación más rigurosa y contextualizada acerca de la intención del autor, la presencia de incitación indirecta al terrorismo y la generación de un riesgo de comisión de actos terroristas. La STC 35/2020⁷⁸ ha reafirmado la necesidad de ponderar los aspectos

⁷⁷ Lo que para F. MIRÓ LLINARES ha sido excepcional en la jurisprudencia, siendo la tendencia general no hacer referencia a la «lesividad potencial» del enaltecimiento o hacerlo de forma genérica [(2017). «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en F. MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres: el derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, Marcial Pons, pp. 38-39.

⁷⁸ *Post scriptum*: después de la STC 35/2020 y una vez enviado este trabajo, el Tribunal Supremo ha dictado tres nuevas sentencias sobre enaltecimiento del terrorismo (SSTS 135/2020, de 7 de mayo; 196/2020, de 20 de mayo; y 291/2020, de 10 de junio) entre las que merece ser especialmente comentada la primera por incluir matizaciones y concreciones significativas de su doctrina anterior.

Así, la STS 135/2020, por la que se confirma una nueva condena al rapero Pablo Hasél, en su FD 2º:

1. Admite el dolo eventual en el enaltecimiento.
2. Presta especial atención al riesgo como elemento del tipo señalando un total de 17 elementos a considerar en la determinación del riesgo, siendo lo más relevante que califica expresamente el enaltecimiento como «delito de mera actividad» que no exige un resultado distinto del comportamiento típico y como «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'», reproduciendo la definición del delito de peligro abstracto de S. MIR PUIG [(2004). *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Reppertor, 7.ª ed., p. 234]. Esta consideración como delito de mera actividad y de peligro abstracto implica: a) «que el riesgo predicado debe encontrarse ínsito en las manifestaciones, que objetivamente deben ser idóneas para la generación de

tos institucionales de la libertad de expresión que puedan convertir en atípica la conducta enjuiciada por expresar una opinión política legítima, y, por ello, se ha hablado, en sentido inverso al *chilling effect* que se atribuye a los excesos punitivos en los delitos de expresión, de un posible «efecto Strawberry⁷⁹» al extenderse entre los usuarios de redes sociales la creencia en la posibilidad de afirmar todo aquello que pueda ser reconducible a una crítica política o ideológica. En cualquier caso, lo significativo de esta última sentencia es que explicita la relevancia penal de la intención del autor y declara la inconstitucionalidad de sancionar penalmente discursos políticos extremos atendiendo a su textualidad, si no se justifica su idoneidad para incitar al terrorismo en un contexto dado.

ese riesgo abstracto»; b) que la peligrosidad se determina objetivamente *ex ante* valorándose la idoneidad en el momento de desarrollarse la acción mediante un «juicio de peligro» en el que se valora el «grado de probabilidad»; c) el carácter abstracto del peligro no implica sin embargo una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad sino *iuris tantum* admitiendo prueba en contrario a la vista de las circunstancias concretas del caso; d) la inexistencia de los grupos terroristas mencionados en los mensajes (ETA y GRAPO) «no altera la existencia del riesgo, por cuanto lo es en abstracto, no específico o de resultado, o de realidad palpable» siendo deducible de las expresiones utilizadas; y e) esta doctrina descartaría la posibilidad de calificar el enaltecimiento como un delito de peligro concreto en el que el clima favorable al terrorismo sería el resultado concreto de peligro que se pretende evitar.

3. Se esfuerza en argumentar que el enaltecimiento no está amparado por la libertad de expresión para subrayar las diferencias entre el caso juzgado y el que dio lugar a la STC 35/2020, señalando en este sentido que, a diferencia del caso Strawberry, los tuits no pueden interpretarse como «producto de la intencionalidad crítica en el terreno político y social», que no se dirigían a personajes públicos posicionados a favor de un determinado partido y que, aunque tiene en cuenta la dimensión institucional de la libertad de expresión «no puede concluirse esta ponderación o alcance de aplicación a supuestos distintos de aquellos en los que está previsto que se aplique», señalando que la ponderación de la intención del recurrente conduce a considerar sus manifestaciones como un «exceso punible». En definitiva, considera que el enaltecimiento de actos terroristas no puede tener cobertura en la libertad de expresión por cuanto en caso contrario «se dejaría sin efecto y sin cobertura a la tipicidad del art. 578 CP; y no es este el papel ni el rol de la Administración de Justicia, sino del legislador para introducir o quitar tipos penales en el texto penal».

En el caso de autos el «juicio de peligro» tuvo en cuenta la reincidencia del autor, el gran número de seguidores en las redes sociales (54.000 seguidores en Twitter), la presencia de determinados términos en los tuits («en los [mensajes] analizados aparecen 1.915 tuits con los términos GRAPO, MONARQUÍA, REY, ETA, TERRORISMO, BILBO, BOMBA, BORBÓN, POLICÍA y GUARDIA CIVIL») y que el enaltecimiento se hace «en redes sociales de máxima difusión, masivamente y al alcance de cualquiera».

Por su parte, la STS 291/2020, con el mismo ponente, confirmó la condena al grupo de hip-hop autodenominado «La Insurgencia», sigue la misma doctrina añadiendo en la valoración del riesgo abstracto la consideración de la «ascendencia psicológica» (FD 3.º) de los autores de las letras de las canciones sobre sus seguidores para concluir que la publicidad, difusión y seguimiento de las mismas determina la existencia del riesgo teniendo en cuenta su contenido exaltador del terrorismo del GRAPO y las situaciones de terrorismo vividas.

⁷⁹ F. MIRÓ LLINARES (2020), cit., p. 33.

Title:

Glorification of terrorism: From the De Juana Chaos case to César Strawberry. The reception of the constitutional doctrine in the Supreme Court's case law

Summary:

I. Introduction. II. Elements of the offence: public defence without incitement. III. The ruling 112/2016 of the Constitutional Court: glorification of terrorism as hate speech. IV. Constitutional interpretation of glorification of terrorism in the Supreme Court's legal doctrine: 1. The intention to incite terrorism as a «trend element». 2. From indirect incitement to the «aptitude» to generate risk. 3 The risk situation: a) The impact of dissemination on social networks b) An abstract or aptitude risk. V. The ruling 35/2020 of the Constitutional Court and concluding remarks.

Resumen:

El trabajo estudia el impacto de la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre el enaltecimiento del terrorismo (STC 112/2016) en la interpretación de este delito por el Tribunal Supremo, al exigir por vía hermenéutica requisitos ausentes de la literalidad del art. 578 del Código Penal y que el Tribunal Constitucional ha exigido en su jurisprudencia anterior sobre el discurso del odio, recientemente reiterada en la STC 35/2020.

Se aborda en primer lugar la descripción inicial de los elementos de esta figura delictiva por el Tribunal Supremo y su caracterización como apología sin incitación, contrastando con la definición del delito de provocación pública al terrorismo de la Decisión Marco de 2008 de la Unión Europea y del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 2005, que requieren incitación directa o indirecta al terrorismo, intención de incitar y generación de una situación de riesgo.

A continuación, se resumen los aspectos fundamentales de la STC 112/2016 que, extrapolando a la apología del terrorismo la doctrina establecida en la STC 235/2007 sobre la justificación del genocidio y apoyándose en los anteriores textos internacionales y en la jurisprudencia del TEDH, condiciona la constitucionalidad del delito de enaltecimiento del terrorismo a que se produzca una incitación indirecta al terrorismo — entrando en contradicción con la doctrina del Tribunal Supremo que lo considera una apología sin incitación— y, en segundo lugar, a la existencia de una situación de riesgo para otras personas o para el sistema de libertades. La parte central del trabajo se dedica a la recepción de esta interpretación constitucional del enaltecimiento del terrorismo en la doctrina del Tribunal Supremo posterior a la mencionada STC 112/2016, tratando separadamente los tres elementos exigidos por dicha sentencia: la intención de incitar como «elemento tendencial» cuya relevancia penal se ha negado en una sentencia muy conocida aunque posteriormente se ha afirmado en la

jurisprudencia más reciente; la incitación indirecta al terrorismo, sobre la base del Convenio, la Decisión Marco y la reciente Directiva de 2017, aunque alguna sentencia considera que el art. 578 CP no requiere incitación sino aptitud para hacer surgir una potencialidad de riesgo; y, finalmente, la situación de riesgo que, por una parte, se vincula al impacto de las expresiones en las redes sociales atendiendo mayoritariamente al criterio de la difusión potencial en función de elementos cualitativos y, por otra parte, se caracteriza como un riesgo abstracto y no concreto, de aptitud para crear un clima favorable al terrorismo, cuya presencia se estima en función de los elementos enumerados en la Directiva.

Finalmente, en el contexto de una recapitulación de los elementos que integran el «canon aplicativo de constitucionalidad» del enaltecimiento del terrorismo, se analiza la STC 35/2020 que reafirma la necesidad de valorar la intención en el enjuiciamiento penal del enaltecimiento al ponderar si la conducta constituye ejercicio de la libertad de expresión, concluyendo con una reflexión prospectiva acerca de las consecuencias prácticas de la jurisprudencia constitucional analizada sobre la aplicación del delito de enaltecimiento por los tribunales penales.

Abstract:

The paper deals with the impact of the first ruling of the Constitutional Court on glorification of terrorism (112/2016) in the interpretation of this offence by the Supreme Court, which demands hermeneutically requirements absent from the literality of art. 578 of the Criminal Code and that the Constitutional Court required in its previous case law on hate speech, recently reiterated in the ruling 35/2020 of the Constitutional Court.

Firstly, the text addresses the initial description of the elements of this criminal figure by the Supreme Court and its characterization as public defence without incitement, as opposed to the definition of the crime of public provocation to terrorism in the 2008 Framework Decision of the European Union and the Council of Europe Convention for the prevention of terrorism of 2005, both requiring direct or indirect incitement to terrorism, intention to incite and generation of a risk.

Secondly, the fundamental aspects of ruling 112/2016 are summarized. This judgement extrapolates the doctrine established in the ruling 235/2007 of the Constitutional Court on the justification of genocide to glorification of terrorism, relying on previous international texts as well as on the case law from the ECtHR. Accordingly, this makes the constitutionality of punishing glorification of terrorism conditional on both, indirect incitement to terrorism - contradicting the legal doctrine of the Supreme Court that considers it public defence without incitement - and the existence of a risk for other people or for the system of liberties.

The central part of the text focuses on the reception of this constitutional interpretation of glorification of terrorism in the legal doctrine of the Supreme Court arising from the aforementioned ruling 112/2016, dealing

separately with the three elements required by this ruling: the intention to incite as «trend element» whose criminal relevance was denied in a widely known ruling (subsequently affirmed in the most recent case law though); indirect incitement to terrorism, based on the Convention, the Framework Decision and the recent 2017 Directive, despite another judgement considers that art. 578 CC does not require incitement but the aptitude to raise a potentiality of risk; and, finally, the risk itself that, on the one hand, is linked to the impact of expressions on social networks, mainly attending to the criterion of potential diffusion based on qualitative elements and, on the other hand, is characterized as an abstract and not specific, aptitude risk to create a favourable atmosphere to terrorism, which is estimated based on the elements listed in the Directive. Finally, in the context of a recapitulation of the elements that constitute the «application canon of constitutionality» of glorification of terrorism, the text concludes with an analysis of the ruling 35/2020 of the Constitutional Court, which reaffirms the need to assess the intention in the criminal prosecution of glorification by considering whether the conduct constitutes the exercise of freedom of expression or not, and a prospective reflection on the practical consequences of these constitutional leading cases on the application of the offence of glorification by the criminal courts.

Palabras clave:

Enaltecimiento del terrorismo; incitación; discurso del odio; jurisprudencia constitucional; libertad de expresión.

Keywords:

Glorification of terrorism; incitement; hate speech; constitutional case law; freedom of speech.

