

EL RETORNO A LOS DELITOS DE OPINIÓN MEDIANTE EL DISCURSO DEL ODIOS: LA NECESARIA DELIMITACIÓN DE UN DELITO BANALIZADO^{1,2}

THE RETURN TO CRIMES OF OPINION THROUGH HATE SPEECH: THE NECESSARY DELIMITATION OF A TRIVIALIZED CRIME

Rafael Rebollo Vargas^{1,a} 

¹ Catedrático de Derecho penal. Universidad Autónoma de Barcelona, Edif. B. Calle de la Fortuna, Bellaterra (Cerdanyola del Vallés), 08193, España

 ^arafael.rebollo@uab.cat

Resumen

En el trabajo se analiza la normativa internacional relativa a los delitos de odio, así como el tratamiento normativo y jurisprudencial que esos ilícitos reciben en el Código penal y las oscilaciones relativas a su interpretación, desde su consideración como un ilícito estrictamente formal, donde el mero acto comunicativo que contenga alabanzas terroristas o justificación de sus actos serían comportamientos subsumibles en el tipo penal. Por otro lado, una opción distinta requiere que esas expresiones de odio estén dirigidas contra determinados colectivos desfavorecidos, que impliquen una incitación a la comisión delictiva, además de que generen un riesgo para esas personas o sus derechos.

Palabras clave: Delitos de odio; discurso de odio; libertad de expresión; delitos de opinión.

Abstract

The paper analyses the international regulations relating to hate crimes, as well as the regulatory and jurisprudential treatment that these offences receive in the Criminal Code and the oscillations relating to their interpretation, from their consideration as a strictly formal offence, where the mere communicative act that contains praise for terrorists or justification of their acts would be behaviour that could be subsumed under the criminal offence. On the other hand, a different option requires that these expressions of hatred are directed against certain disadvantaged groups, that they involve incitement to commit a crime, and that they generate a risk for these people or their rights.

Keywords: Hate crime; hate speech; freedom of expression; crimes of opinion.

¹ A Adela Asúa Batarrita, Vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional, y a Juan Antonio Xiol Ríos, Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional.

² Investigación realizada en marco del Proyecto PID2022-138770OB-I00 "Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica (II)". Financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La expresión “banalización del discurso del odio” aparece por vez primera en el voto particular formulado por el Magistrado Juan Antonio XIOL a la STC 177/2015, de 22 de julio, en el que menciona la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre) y del TEDH (SSTEDH caso *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, § 41; caso *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006)” (FJ 5), donde evidencia las notas distintivas que han de calificar un acto comunicativo como delito de odio. En primer lugar, afirma el voto particular, ha de suponer una incitación directa a la violencia; y, en segundo lugar, que se dirija contra los ciudadanos en general “o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular”. Consideraciones en la que se adopta como referencia interpretativa la Recomendación núm. R (97) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997. Cuestiones a las que me referiré más adelante, es decir, tanto a algunas resoluciones del Tribunal Constitucional como a la calificación de los delitos de enaltecimiento y justificación del terrorismo y humillación a las víctimas como delito de odio³.

Como cuestión previa a lo que sigue es inevitable traer a colación a SÁEZ VALCARCEL⁴, quien se refiere a este ilícito como “el tipo estrella de la Audiencia Nacional”, ya que, afirma, en el año 2007 hubo tres juicios por enaltecimiento y uno en 2008, mientras que en el año 2015 fueron veinticinco. A lo que añade que en el primer trimestre de 2016 se dictaron diez sentencias sobre ese delito del total de treinta y seis pronunciadas por la Sala de lo Penal, lo cual, es inevitable añadir, es algo más que preocupante por la incriminación de conductas con una discutible relevancia para lesionar o poner en peligro el etéreo bien jurídico de estos delitos; todo ello, sin dejar de preguntarnos si esa incriminación resulta contraria al contenido esencial del derecho a la libertad ideológica y al derecho a la libertad de expresión⁵. En el mismo sentido, llama la atención que Amnistía Internacional, en su informe de 2018, destaque que, en 2011, año del cese definitivo de la actividad armada de ETA, hubo tres condenados por enaltecimiento del terrorismo, mientras que entre 2016 y 2017 hubo cerca de 70.

Si tenemos en cuenta que la violencia terrorista ha cesado y que las condenas por enaltecimiento del terrorismo han aumentado exponencialmente, creo que no es aventurado afirmar que estamos ante una situación de franco retroceso en el ejercicio de derechos

³ Vid., críticamente, sobre la Jurisprudencia del TEDH en relación con el discurso del odio, ROLLNERT LIERN, G., “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, p. 91, donde afirma que “El TEDH mencionó expresamente por primera vez el discurso del odio en 1999 en cuatro casos contra Turquía, equiparándolo a la «glorificación» o «promoción de la violencia» y, aunque nunca ha dado una definición precisa, ha acogido literalmente el concepto de la citada recomendación, considerándola «instrumento internacional relevante» sobre el discurso de odio: «[...] como una cuestión de principio, puede ser considerado necesario en ciertas sociedades democráticas sancionar o incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia [...]». Así pues, en el ámbito del Consejo de Europa, el estándar del discurso de odio punible se aplica a acciones de menor intensidad y mayor imprecisión que la incitación—propagación, promoción o justificación del odio—, que no conllevan per se una apelación a la audiencia a cometer alguna acción hostil, discriminatoria o violenta contra el grupo objetivo”.

⁴ SÁEZ VALCARCEL, R., “Amenazas a la libertad de expresión en el ámbito penal. La represión de los discursos peligrosos”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, p. 45.

⁵ MIRA BENAVENT, J., “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 *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, (ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M.L., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., Directores), Valencia, 2018, p. 301.

fundamentales y libertades públicas, hasta el punto que titiriteros, raperos, tuiteros, actores, activistas o periodistas políticos, han sido acusados, y en ocasiones condenados, por incitación al odio al realizar comentarios jocosos, ejercer la sátira, provocar a través de obras teatrales, etc. de manera que casi todo parece tener cabida bajo el amparo del discurso de odio. La confusión, en cuanto al alcance del precepto, es evidente ya que se vincula el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo y menosprecio o humillación a las víctimas como una manifestación del discurso del odio. Confusión a la que ha contribuido la jurisprudencia y un sector de la doctrina⁶. La calificación como discurso de odio de chistes de mal gusto relativas a víctimas de atentados terroristas o la referencia a organizaciones terroristas, como ETA o GRAPO, en un contexto de “evidente crítica política de contenido sarcástico y provocador”, se afirma que no cabe incluirlos dentro del ámbito del contenido esencial a los derechos a la libertad de expresión o de libertad ideológica, al entenderse que el terrorismo constituye la vulneración más grave de los Derechos Humanos, sin perjuicio de la potencialidad del discurso para expandir el terrorismo y, por ello, su potencialidad para el “exterminio del distinto”⁷. En definitiva, el discurso del odio se ha utilizado como criterio de delimitación negativa del derecho a la libertad de expresión, esto es, se ha elevado el discurso del odio a una especie de categoría jurídica que lo viene a configurar como criterio de legitimación de la incriminación penal al presumirse su carácter lesivo para bienes jurídicos como el honor, la igualdad o los sentimientos⁸.

En todo caso, como premisa a lo que a continuación referiré, es esencial no confundir el delito de odio con el discurso del odio, ya que no siempre todo discurso de odio es un delito de odio, sin perjuicio de que algunas expresiones puedan tipificarse como un delito de odio por ir más allá del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión⁹.

2. EL ORIGEN DEL DISCURSO DEL ODIO HASTA LA DIRECTIVA (UE) 2017/541 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO, DE 15 DE MARZO DE 2017, RELATIVA A LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Una de las primeras referencias, más allá de la Unión Europea, que aparece en los textos internacionales, relativa al discurso del odio, se encuentra en la Resolución de Naciones Unidas 2106 A(XX), de 21 de diciembre de 1965, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, donde en su art. 4 concluye que: “*Los Estados parte condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de un grupo de personas de un determinado color u*

⁶ CANCIO MELIÁ, M., “Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP)”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. II, Madrid, 2019, p. 931, en especial, notas a pie de página 15 y 16.

⁷ LAURENZO COPELLO, P., “La manipulación de los delitos de odio”, en *Un Juez para la Democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid, 2019, p. 454.

⁸ ALCÁCER GUIRAO, R., “Opiniones constitucionales”, en *InDret*, enero 2018, pp. 5 y 6; CARBONELL MATEU, J.C., “Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria”, en *Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Pfr. Dr. Dr. H.c. Juan M^º Terradillos Basoco*, Valencia, 2018, pp. 1413 y ss.; MIRÓ LINARES, F., “Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos Cesar Strawberry y Cassandra Vera”, en *Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Pfr. Dr. Dr. H.c. Juan M^º Terradillos Basoco*, ob. Cit., pp. 1433 y ss.

⁹ ELÓSEGUI ITAXO, M., “Las recomendaciones de la ECRI sobre el discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico a las mismas”, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44, 2017, p. 3.

origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial...". Asimismo, la propia Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, en cuyo art. 20.2 dispone que: *"Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley"*. Ahora bien, el Comité de Derechos Humanos, en julio de 2016, afirma, al examinar directamente el referido art. 20 de Pacto, que *"no se exige expresamente que se impongan sanciones penales, sino que se prohíba por ley ese tipo de apología. Tales prohibiciones podrán incluir sanciones civiles y administrativas, además de penales"*¹⁰.

Sea como fuere, el término "discurso del odio" aparece por primera vez, en el ámbito europeo, en la Recomendación 20 (97) del Comité de Ministros, de 30 de octubre de 1997, que lo definió como: *"cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier forma de odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante"*¹¹. Añade que, el término "discurso del odio", abarca toda forma de expresión motivada por el odio, *"con independencia del medio de expresión utilizado, incluido internet y cualquier otro nuevo medio de comunicación"*. Fórmula, que, como veremos más adelante, el Tribunal Constitucional emplea por primera vez en su STC 235/2007, de 7 de noviembre¹², trayendo a colación la citada Recomendación.

En una primera lectura conviene destacar quiénes son los destinatarios de esos comportamientos, esto es, los sujetos (víctimas) a los que se le presta una especial protección: *"las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante"*. Se trata, por lo tanto, de actos de discriminación y de hostilidad que tienen su fundamento en determinados perjuicios respecto a ciertos colectivos, percibidos como peligrosos ya sea por su raza o por sus creencias que, en realidad, son grupos de personas no integradas y, en todo caso, vulnerables. En otras palabras, se identifica el discurso del odio con cualquier forma de expresión que *"incite, promueva o propague el odio racial...u otras formas...mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un efecto cierto de amenaza que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados colectivos socialmente vulnerables"*¹³. Ahora bien, además de lo acabado de señalar, creo importante destacar que el Comité de Ministros dispone que las interferencias que puedan aparecer en relación con el derecho a la libertad de expresión estén *"estrictamente circunscritas y se apliquen de una*

¹⁰ ROLLNERT LIERN, G., "El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional", ob. cit., pp. 86 y ss.

¹¹ LAURENZO COPELLO, P., "La manipulación de los delitos de odio", en *Un Juez para la Democracia*, ob. cit., p. 461.

¹² STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5: *"Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003, § 41; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006)"*.

¹³ STC. 177/2015, de 22 de Julio, Voto particular de la Magistrada Adela Asúa Batarrita, al que se adhiere el Magistrado Fernando Valdés Dal-Re.

manera legal y no arbitraria sobre la base de criterios objetivos [y] con sujeción al control judicial independiente" (Principio 3)¹⁴.

La Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008¹⁵, "relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal", es un texto en cuyo art. 1 se dispone un nutrido elenco de comportamientos racistas y xenófobos, al igual que en el art. 2 se prevé la adopción por los Estados miembros de medidas necesarias para castigar la incitación de la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra, así como de los crímenes previstos en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional¹⁶.

Asimismo, en el art. 4 se recoge, como circunstancia agravante, la motivación racista o xenófoba. No obstante, a pesar de la adopción de tales medidas, la Decisión Marco, en su art. 7, proscribe que aquéllas no podrán afectar los derechos ni a los principios jurídicos fundamentales, haciendo especial énfasis en la libertad de expresión y de asociación, ni, desde luego, contradecir los principios relativos a la libertad de prensa.

Por otro lado, de modo paralelo, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre¹⁷, "por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo"¹⁸, en su art. 3, referido a los delitos ligados a actividades terroristas, considera que se incurre en la provocación a la comisión de un delito de terrorismo cuando la conducta consista en la "distribución o difusión pública de mensajes destinados a *inducir* a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados...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.

Las consecuencias de la nueva redacción del art. 3 de la Decisión Marco son verdaderamente de calado ya que la provocación a la comisión de un delito de terrorismo ha de ser a través de mensajes -difundidos por cualquier medio- dirigidos a un grupo indeterminado de personas. Comportamiento que se caracteriza por dos notas esenciales, esto es, que promueva directa o indirectamente la comisión de uno de esos delitos de terrorismo y, en segundo lugar, que esa provocación, a través de la distribución o difusión pública de mensajes conlleve un riesgo. Previsión que, como se puede observar, supone una ampliación de la inducción a la realización de un acto delictivo, ya que, ésta, según determina la Decisión Marco, puede ser directa o indirecta¹⁹. Es lo que ALONSO RIMO, en el ámbito de la llamada a delinquir, señala como inducir de manera expresa o inequívoca (en la inducción directa) o implícita o encubierta (en la inducción indirecta)²⁰. Particularidades que, inicialmente,

¹⁴ <https://rm.coe.int/16804e509d>, p. 12

¹⁵ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82444>

¹⁶ Vid., Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945.

¹⁷ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82452>

¹⁸ Al respecto, vid., ASÚA BATARRITA, A., *Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental*, en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón* (ECHANO BASALDÚA, J., Coordinador), Universidad de Deusto, 2002, pp. 61 y ss.

¹⁹ TAPIA BALLESTEROS, P., "Transposición de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, al ordenamiento español: el delito de enaltecimiento del terrorismo", en *Revista de Estudios Europeos*, número extraordinario monográfico, 1, 2019, p. 307.

²⁰ ALONSO RIMO, A., "Apología enaltecimiento del terrorismo y principios Penales", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, 2010, núm. 4, p. 21.

tendrán una indudable repercusión en la Jurisprudencia del TEDH, para más tarde encontrar acogida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Además de la anterior, uno de los instrumentos claves es la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo²¹, Instrumento normativo donde, entre otras cosas, se enumeran en su art. 3 un amplio elenco de delitos graves²², que se califican como terroristas cuando se cometan con alguno de los fines previstos en el apartado segundo del referido precepto²³.

En todo caso, nos interesa en particular el art. 5 de la Directiva, donde se insta a los Estados miembros a que tipifiquen como delitos los actos que supongan una provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, esto es: *“cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos”*.

Como se puede observar, el art. 5 de la Directiva se reafirma en algunos de los elementos esenciales previstos en el art. 3 de la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre. En efecto, se insta a los Estados miembros a incriminar la difusión por cualquier medio, incluso a través de internet, de mensajes destinados a incitar a la comisión de delitos terroristas, siempre que promueva directa o indirectamente la apología de actos terroristas. En este caso, seguramente, una de las novedades más significativas de la previsión es la referencia no sólo a la comisión de actos terroristas, sino a la apología como ejemplo

²¹ <https://www.boe.es/doue/2017/088/L00006-00021.pdf>. Asimismo, DOUE, de 31 de marzo de 2017.

²² *“Artículo 3. Delitos de terrorismo 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los siguientes actos intencionados, tipificados como delitos con arreglo al Derecho nacional, que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, se tipifiquen como delitos de terrorismo cuando se cometan con uno de los fines enumerados en el apartado 2: a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes; d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 3 o apartado 4, letras b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su artículo 5, en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 4, letra c); j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i).*

2. Los fines a que se refiere el apartado 1 son los siguientes: a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional”.

²³ Al respecto, vid., TAPIA BALLESTEROS, P., “Transposición de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, al ordenamiento español: el delito de enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p. 308.

de comportamiento incitador a la comisión de delitos de terrorismo. Conducta que viene presidida por un elemento subjetivo especial del injusto (art. 3.2 Directiva) como son los fines que se pretenden con la incitación a la comisión de actos terroristas, esto es, intimidación gravemente a la población, obligar a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, además de desestabilizar gravemente las estructuras esenciales de un país o de una organización internacional.

Ahora bien, el enaltecimiento, para ser punible debe conllevar el riesgo de comisión de estos delitos, de modo que con esa previsión (la exigencia de un riesgo) se pretende evitar que se califiquen como incitaciones a la comisión de un delito de terrorismo lo que no serían más que manifestaciones de simpatía o de adhesión, desafortunadas o no, a la comisión de acciones de carácter terrorista²⁴. Exigencia de “riesgo” que ya se preveía en el art. 3 de la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, aunque no se especificaba cuáles eran las circunstancias que debían constatar su presencia. Sin embargo, en el Considerando 10 de la Directiva UE 2017/541 sí se estipulan las particularidades para valorar que éste concurre. Así, los criterios a considerar para verificarlo son, en primer lugar, atender a las circunstancias específicas del caso, como es el autor y el destinatario del mensaje; en segundo lugar, el contexto en el que haya tenido lugar la incitación a la comisión del delito; además, de valorar la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional. Es cierto, que se trata de factores cargados de una cierta indeterminación; pero, es incuestionable que, para aplicar el tipo penal correspondiente, en este caso el art. 578 del Código penal, la presencia de un riesgo para provocar una acción debería ser determinante para incriminar conductas que, en ocasiones, no son más que manifestaciones carentes de lesividad.

Para concluir, cabe añadir a lo anterior que la Directiva ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento mediante la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, sin que el Legislador haya realizado modificación alguna con respecto a la actual redacción del art. 578 del Código penal.

3. EL ENALTECIMIENTO O LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE TERRORISMO Y LOS ACTOS DE DESCRÉDITO, MENOSPRECIO O HUMILLACIÓN A LAS VÍCTIMAS. EL ART. 578 DEL CÓDIGO PENAL

Un argumento recurrente de la práctica totalidad de los autores que han estudiado la evolución de los delitos de enaltecimiento, justificación y humillación a las víctimas es que coexisten en los Tribunales dos posiciones interpretativas incompatibles. Un primer grupo de resoluciones, que adopta una interpretación literal del art. 578 del Código penal de manera que el mero acto comunicativo que contenga alabanzas terroristas o justificación de sus actos sería un comportamiento subsumible en el tipo penal. Opción que, además, plantea serios problemas de delimitación típica con respecto a lo previsto en el reclamo público de acciones violentas, art.170.2 CP²⁵.

En todo caso, la referida opción interpretativa convierte al precepto en un ilícito puramente formal sin considerar ningún otro elemento. Entienden que no se requiere la

²⁴ TAPIA BALLESTEROS, P., “Transposición de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, al ordenamiento español: el delito de enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p. 308; MUÑOZ CUESTA, J., “Interpretación del enaltecimiento de terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541, de 18 de marzo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2017, p. 4.

²⁵ ALONSO RIMO, A., “Apología enaltecimiento del terrorismo y principios Penales”, ob. cit., pp. 72 y ss.

presencia de ningún elemento subjetivo del injusto más allá del dolo genérico, ni tampoco precisa la incitación a la comisión delictiva (directa o indirecta), ni tienen en consideración el contexto en el que se dan tales discursos, esto es, nada de ello tendría relevancia alguna para subsumir determinados comportamientos en el ilícito²⁶. Lo que se castiga es la mera emisión de ideas u opiniones, es decir, se trata de delitos de opinión donde lo que se castiga es la manifestación de determinados contenidos políticos o ideológicos coincidentes con los de una organización terrorista²⁷. Una muestra de ello es la *emblemática* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4/2017, de 18 de enero, Caso Strawberry²⁸ donde, desde una interpretación puramente gramatical del precepto²⁹, se afirma que el art. 578 CP no requiere que se acredite la finalidad con la que se llevan a cabo los actos de enaltecimiento o de humillación³⁰.

Una segunda línea interpretativa la encontramos, asimismo, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo quien en su Sentencia núm. 95/2018, de 26 de febrero, Caso Cassandra,

²⁶ NUÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, en *Revista General de Derecho penal*, núm. 36, 2021, pp. 43 y ss.; MENÉNDEZ CONCA, L. G., “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª época, núm. 22, 2019, pp. 65 y 66.

²⁷ NUÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p. 44; MIRA BENAVENT, J., “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 *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 302.

²⁸ STS núm. 4/2017, de 18 de enero, Caso Strawberry, donde el FJ 3 se afirma que: “El art. 578 CP sólo exige el dolo, esto es, el conocimiento y voluntad de los elementos que definen el tipo objetivo. En el presente caso, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista...es así como queda colmada la tipicidad subjetiva del delito...la afirmación de que el acusado no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y de que tampoco buscan desprestigiar 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...”. Al respecto, entre otros, vid., CANCIO MELIÁ, M., “¿Strawberry o Cassandra? Sobre la imposible convivencia de dos visiones antagónicas del art. 578 en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol II, Madrid, 2020, p. 1498 y ss.; CORRECHER MIRA, J., “¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo”, en *Diario La Ley*, núm. 9600, Sección Doctrina, 24 de marzo de 2020, pp. 7 y ss.; VALERO HEREDIA, A., “La Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 122, 2021, pp. 367 y ss.

²⁹ ALONSO RIMO, A., “Apología enaltecimiento del terrorismo y principios Penales”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, ob. cit., p. 38.

³⁰ Al respecto, vid, LAURENZO COPELLO, P., “La manipulación de los delitos de odio” en *Un Juez para la Democracia*, ob. cit. p. 453, donde inicia su trabajo refiriéndose al Voto Particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la referida Sentencia. En todo caso, en relación con el contenido de los mensajes, resulta que: “En los hechos probados se acredita que, en su cuenta de Twitter entre noviembre de 2012 y enero de 2014, el Sr. Cesar Montaña Lehman, entre otros, publicó los siguientes twitters:

«el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO».

«a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora».

«Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina».

«Franco. Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar...Si no les das lo que, a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado».

«Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco».

«Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Qué emoción!». Otro usuario le dice ¿«ya tendrás el regalo preparado no? ¿Qué le vas a regalar? A lo que contesta: “un roscón bomba”».

en un supuesto similar al anterior, resuelve el recurso de casación de la condena impuesta por la Sala Penal de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 29 de marzo de 2017, por la comisión de un delito de humillación a las víctimas del terrorismo. El objeto de discusión era la difusión de doce tweets por parte de un joven, que tenían por objeto el atentado sufrido por el almirante Carrero Blanco, Presidente del Gobierno de la dictadura del General Franco, que resultó asesinado por ETA el día 20 de diciembre de 1973. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el condenado en primera instancia, básicamente, en orden a argumentos de índole cualitativo. Así, en el Fundamento de Derecho Primero, apartado 4, cita Doctrina de la propia Sala (STS 52/2018, de 31 de enero), así como la 4/2017, de 18 de enero (que acabamos de ver), donde se afirma que “no todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción del injusto abarcada por el art. 578 CP”. Añadiendo que los tweets dirigidos contra la víctima del atentado constituyen “objeto de mofa o de sarcasmo sobre la forma en que se produjo el atentado, para lo cual se hace hincapié, como en casi todos los chistes precedentes, sobre el dato ya muy trillado y agotado de que el coche alcanzara una gran altura”.

Argumentos que cierra con referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 de junio, donde se requiere la existencia de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades. Seguidamente trae a colación el Considerando 10 de la Directiva (UE) 2017/541³¹. Consideraciones que le llevan a entender que el acusado no pretendía incitar a la violencia abusando del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ni con sus tweets provocaba odio hacia grupos determinados, ni tampoco se valía de ellos para mofarse del atentado sufrido por el Almirante Carrero hace más de 40 años³².

Lo acabado de referir, sin ninguna pretensión, es sólo una muestra de las líneas interpretativas del Tribunal Supremo en relación con estos delitos, que tiene como origen dos reformas legislativas. La primer de ellas, mediante la LO. 7/2000, que introduce el art. 578 como un delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo³³; y, en segundo lugar, la LO. 2/2015, que configura la actual redacción del referido precepto.

Ambas leyes impulsadas y acordadas por el PP y por el PSOE, dentro del llamado “Pacto por la Justicia”, en el primer caso, y por el “Pacto contra el terrorismo”, en el segundo. Preceptos, como veremos seguidamente, confusos, etéreos, porosos, que presentan graves problemas de taxatividad, además de, para un sector de la doctrina -sector al que me adhiero-

³¹ “Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional”.

³² CANCIO MELIÁ, M., “¿Strawberry o Cassandra? Sobre la imposible convivencia de dos visiones antagónicas del art. 578 en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, ob. cit., p. 1504, del mismo autor, Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP), en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, ob. Cit., p. 939.

³³ Al respecto, vid., ASÚA BATARRITA, A., *Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental*, ob. cit., p. 70, donde pone de manifiesto que, a pesar de haber sido introducido en el Código penal con anterioridad a la Decisión Marco 2002/475, en ésta no se preveía la punición de tales conductas por lo que la “supera por exceso”.

serias dudas sobre su constitucionalidad³⁴. Descripción de comportamientos típicos que, en buena medida, son los responsables del confusión interpretativo que se aprecia en algunas resoluciones de nuestros Tribunales³⁵. Ahora bien, yendo más lejos, debe advertirse que cuando ha habido ocasión de introducir mejoras de carácter técnico (o de derogar expresamente el precepto) el Legislador no lo ha hecho, a pesar de disponer de la vía idónea como era la transposición de la Directiva UE 2017/541, de 18 de marzo; que, sin embargo, ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento mediante la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, sin que se haya realizado modificación alguna con respecto a la redacción del art. 578 del Código penal.

En todo caso, conviene recordar que en el Código penal de 1995 la apología deja de ser un delito de opinión, que tenía en los anteriores arts. 216 bis a) 1 y 268 del Código penal de 1973, para convertirse en un acto preparatorio punible, como forma de provocación (art. 18.1, párrafo 2º), de modo que la única referencia en relación con estos delitos se encontraba en la redacción original del art. 578 CP, donde se tipificaban los actos preparatorios punibles en los delitos de terrorismo, de forma que la provocación consistía en una incitación directa y pública a cometer un delito mientras que la apología, como forma de provocación, se caracterizaba por la exposición pública de ideas o doctrinas que ensalzaban el crimen o enaltecían al autor³⁶. No obstante, a pesar del criterio general dispuesto en el art. 18 CP, en el texto del Código penal de la democracia continuaba existiendo un “cuerpo extraño” en relación con este tipo de delitos³⁷. Se trataba del art. 607.2, referido a los delitos de genocidio, mediante el que se incriminaba la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que “nieguen” o “justifiquen” los delitos de genocidio³⁸. Precepto que, como veremos más adelante, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, donde resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que estima parcialmente, resuelve la inconstitucionalidad de la expresión “nieguen o” del primer inciso del art. 607.2 del Código penal.

³⁴ Cfr., en sentido contrario, RUÍZ LANDÁBURU, M.J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, 2022, pp. 79 y ss.: Igualmente, BERNAL DEL CASTILLO, J., “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del discurso del odio”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, núm. 16, 2016, pp. 13 y ss., quien considera que en ambas modalidades típicas se puede identificar un contenido de injusto objetivo y real; no obstante, propone una aplicación restrictiva mediante una interpretación que determine “la existencia de un peligro objetivo y grave” de favorecer, a lo que denomina, el entramado terrorista, así como de la “gravedad de la ofensa a la dignidad de las víctimas del terrorismo. Asimismo, vid., RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Presente y futuro del enaltecimiento y justificación del terrorismo”, en *Anuario Facultad Derecho Universidad de Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 781 y ss., donde cuestiona abiertamente la propuesta de RUÍZ LANDÁBURU.

³⁵ MIRA BENAVENT, J., “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”, ob. cit., p. 305. Vid., asimismo, DOPICO, J., “Desconciertos de Brandemburgo”, en *Jueces y Jueces para la democracia (Boletín límites a la libertad de expresión)*, Mayo, 2018, p. 16, donde afirma: “En fin: los periódicos nos sorprenderían cada mañana con un nuevo caso, a cada cual más inquietante. La amenaza de querrela por injurias (grito de guerra del invitado a programas amarillistas del corazón en TV) se actualizó convirtiéndose en la amenaza de querrela por delito de odio”.

³⁶ Entre otros, vid., PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., “Interpretación judicial del derecho y terrorismo: especial referencia al enaltecimiento”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 17, 2017, p. 386.

³⁷ CANCIO MELIÁ, M., Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP)”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, ob. cit., p. 927, en especial nota a pie de página núm. 3.

³⁸ ALONSO RIMO, A., “Apología enaltecimiento del terrorismo y principios Penales”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, ob. cit., p. 15.

Sin embargo, el Legislador, mediante la L.O. 7/2000, de 22 diciembre³⁹, en el marco del “Pacto por la Justicia”, suscrito entre los dos partidos políticos mayoritarios, introduce una reforma que supone una regresión en toda regla al régimen general establecido en el art. 18 CP. Creo que para calibrar en toda su magnitud la decisión política criminal adoptada en ese momento me parece oportuno volver a recordar el apartado II de la Exposición de Motivos donde, entre otras cosas, se afirma que se penalizan, con independencia de lo previsto en el artículo 18, la acciones que generan: *“el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas”*... así como de perseguir a quienes, a través de conductas perversas, calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares⁴⁰.

Como es sabido, el precepto se configura como un tipo mixto alternativo en el que se incluyen dos conductas que nada tienen que ver entre sí: enaltecimiento o justificación del terrorismo y humillación a las víctimas. Me he referido a ella anteriormente y he avanzado que volveremos sobre la misma, pero, me llama particularmente la atención que la STC 235/2007, de 7 de noviembre, resolviera sobre la inconstitucionalidad parcial de la descripción típica del art. 607.2, esto es, con relación a negar la justificación del genocidio lo cual hace verdaderamente inexplicable que el Legislador mantenga esa forma comisiva en el art. 578 CP⁴¹.

Por otro lado, con respecto al “enaltecimiento”, parece que el Legislador pretende criminalizar la “provocación indirecta” con el objeto de castigar conductas que, hasta ese momento, resultaban impunes al no constituir una incitación directa a la comisión de un delito terrorista. A lo que cabe añadir que en el art. 579 se continuaban castigando en su apartado primero, la provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 571 a 578. Sin embargo, no todo queda aquí, sino que la L.O. 5/2010, de 22 de junio⁴², añadió un segundo párrafo al art. 579.1 y con ello da un paso más al establecer un concepto más amplio de provocación que vienen a contravenir aún más el sistema general de incriminación de los actos preparatorios punibles⁴³.

³⁹ Vid., ampliamente, RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Presente y futuro del enaltecimiento y justificación del terrorismo”, ob. cit., pp. 771 y ss.

⁴⁰ *“La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas. No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal. La incorporación de este nuevo delito en el artículo 578 origina la reforma de los anteriores artículos 578 y 579, que ahora se refunden en el nuevo artículo 579, con algunas modificaciones que se examinan a continuación”.*

⁴¹ ALONSO RIMO, A., “Apología enaltecimiento del terrorismo y principios Penales”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, ob. cit., p. 16.

⁴² *“...la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidas a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión...”.*

En relación con la otra modalidad alternativa de comportamiento punible previsto en el art. 578 CP, esto es, el de humillación a las víctimas, la mayoría de la doctrina consideró que con su tipificación no se incriminaban conductas que anteriormente fueren atípicas, sino que tenía una estrecha relación con el delito de injurias y, por lo tanto, técnicamente no existía ningún impedimento para subsumirlas en el art. 208 CP, por lo que su subsunción en el art. 578 supuso una considerable agravación de su régimen punitivo, ya no sólo era el que la competencia, al estar ubicada entre los delitos de terrorismo, correspondiera a la Audiencia Nacional, sino que la condición de sujeto pasivo se extendió a los familiares de las víctimas de los delitos, además de que su ubicación sistemática la convertía en un delito público perseguible de oficio por el Ministerio Fiscal o que, por el anterior motivo, desaparecía también la posible eficacia del perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal⁴⁴. A este respecto, quisiera llamar la atención que, en algunos de los casos más mediáticos, las “víctimas” han manifestado que no se sentían humilladas como consecuencia de la difusión de, en la mayoría de los casos, tweets que, por su parte, el Ministerio Público en primera instancia y, después, el correspondiente Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional consideraron que tenían esa naturaleza⁴⁵.

La redacción actual del precepto se configura a través de la L.O. 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de delitos de terrorismo. El Preámbulo de la Ley se refiere a la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, de 24 de septiembre de 2014 y, en particular, el compromiso de los Estados miembros de velar por el enjuiciamiento de toda persona “que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos”, para seguidamente hacer mención al terrorismo internacional yihadista que, se afirma, ha incorporado nuevas formas de agresión, consistentes en “nuevos instrumentos...de adiestramiento o adoctrinamiento al odio” para emplearlos de manera cruel contra sus enemigos. Se añade la difusión de mensajes y consignas por medio de internet y redes sociales, haciendo público un mensaje que pretende provocar terror en la población, además de realizar llamamientos a sus “adeptos de todo el mundo para que cometan atentados”.

En suma, de lo anterior se infiere que se trata de una reforma que tiene por objeto la tipificación de conductas por parte de sujetos que no gravitan alrededor de la organización o de un grupo terrorista, sino que el castigo reside en la difusión de mensajes relativos a atentados que pudieran cometerse por parte de yihadistas, y no ya del derivado de determinadas acciones de ETA y los GRAPO⁴⁶.

⁴³ PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., “Interpretación judicial del derecho y terrorismo: especial referencia al enaltecimiento”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ob. cit., p. 387.

⁴⁴ MIRA BENAVENT, J., “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”, ob. cit., p. 306; en el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, M., Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP)”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, ob. cit., p. 928, en especial, nota a pie de página núm. 10.

⁴⁵ En ese sentido, vid., https://www.elespanol.com/cultura/20170119/187231329_0.html, donde la nieta del Almirante Carrero Blanco, en relación a los tweets emitidos por Cassandra: “...sobre la tuitera a la que piden cárcel: me repugnan pero no me humillan”...; o, asimismo, Irene Villa: Ni me molestan ni me molestarán los chistes sobre mí”, <https://elpais.com/politica/2015/06/25/actualidad/1435243565/437860.html>. Sobre esta cuestión, vid., expresamente, PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., “Interpretación judicial del derecho y terrorismo: especial referencia al enaltecimiento”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ob. cit., pp. 385-3896, notas a pie de página núm. 41, 42 y 43.

En todo caso, no podemos detenernos con exhaustividad en los cambios introducidos por la reforma, pero sí me referiré a algunas de sus notas esenciales. Así, la primera cuestión a dilucidar es cual es el comportamiento subsumible en el tipo básico del delito, art. 578.1 CP, lo que parece circunscribirse a la difusión de opiniones que impliquen el enaltecimiento, justificación o humillación a las víctimas cuando se realicen ante una concurrencia de personas, pero con la particularidad de que se trata de manifestaciones realizadas de viva voz ante ellas. Se castiga la, en realidad, manifestación o comunicación ante terceras personas de esas ideas incluso cuando carecen de potencialidad lesiva, en otras palabras, creo que no es aventurado afirmar que lo incriminado es un *delito de opinión* que consiste en la mera adhesión política o ideológica de la actividad terrorista.

Por su parte, el tipo agravado, previsto en el apartado siguiente (art. 578.2 CP), es el que se destina a la difusión de tales actos de ensalzamiento o de humillación a través de medios de comunicación, internet o servicios de tecnologías de la información, esto es, a través de las redes sociales⁴⁷, por lo que la previsión que debería constituir una agravación del tipo básico, en realidad, es la modalidad genérica del delito⁴⁸. A lo anterior cabe añadir que el Legislador no ha perdido la ocasión para aumentar los castigos, previendo que la pena se aplicará en su mitad superior (de uno a tres años). El resultado de ello sería la imposición de una pena privativa de libertad de dos años y un día a tres años, lo que significa la imposibilidad de acudir a la suspensión de la ejecución de la condena y, por lo tanto, el ingreso en prisión de los condenados por el delito⁴⁹. Sin embargo, no es eso todo ya que el art. 578.3 prevé, igualmente, la pena en su mitad superior cuando los hechos resulten idóneos para “alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento e inseguridad o temor en la sociedad”. Previsión que contribuye a aumentar una mayor confusión si atendemos a lo previsto en el art. 579, donde se determina la pena inferior en uno o dos grados para el delito de que se trate cuando los mensajes sean “idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo”, de lo que se desprende que no es preciso que los mensajes sean *idóneos para incitar a otros*, sino que es suficiente con que tengan tal finalidad. Creo, sinceramente, que el resultado de la reforma no se caracteriza por introducir un mínimo de seguridad jurídica en la persecución de esas conductas y menos aún, como hemos visto, en atención a lo que se desprende de las previsiones de la Directiva Comunitaria 2017/541, de 25 de marzo. En todo caso, y vuelvo a incidir en lo dicho en el párrafo anterior, los comportamientos previstos en el tipo básico (art. 578.1) serán punibles incluso cuando no alteren gravemente la paz pública ni generen graves sentimientos de inseguridad en los ciudadanos⁵⁰.

⁴⁶ CORRECHER MIRA, J., “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”, en *Revista General de Derecho penal*, 2017, núm. 27, pp. 2-3.

⁴⁷ CORRECHER MIRA, J., “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”, ob. cit., p. 6; PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., “Interpretación judicial del derecho y terrorismo: especial referencia al enaltecimiento”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ob. cit., p. 388; TAPIA BALLESTEROS, P., “Trasposición de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, al ordenamiento español: el delito de enaltecimiento del terrorismo”, ob. Cit., p. 319.

⁴⁸ MENÉNDEZ CONCA, L.G., “Análisis crítico del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP)”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 58, 2020, p. 4.

⁴⁹ Al respecto, vid., MIRA BENAVENT, J., “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”, ob. cit., pp. 312-313. Asimismo, MENÉNDEZ CONCA, L.G., “Análisis crítico del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP)”, ob. cit., p. 4, nota a pie de página núm. 17.

Pero, no es eso todo puesto que el art. 579 bis 1) determina, al margen de las penas accesorias, que el Código establece con carácter general para cualquier delito, la de inhabilitación absoluta y especial: *“por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena privativa de libertad impuesta en su caso en la sentencia”*. Consecuencias penales que acostumbran a pasar desapercibidas pero que generan una disuasión indiscutible para apartar a aquéllos que se consideran *“peligrosos para el mantenimiento del sistema y del pensamiento hegemónico imperante y que se muestran especialmente devastadoras cuando se dirigen a neutralizar los llamados entornos políticos o ideológicos de las organizaciones terroristas”*⁵¹.

En este contexto, en cuanto a la Directiva comunitaria que, como decíamos, ha sido traspasada a nuestro ordenamiento a través de la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, no ha supuesto la introducción de ningún elemento de corrección al art. 578 CP que sobrepasa con creces las exigencias de la Directiva, de manera que no solventa los graves problemas interpretativos de los que adolece el delito de enaltecimiento del terrorismo o de humillación a las víctimas. Consideraciones que se desprenden del art. 5 de la Directiva, precepto que es más restrictivo que lo dispuesto en nuestro Código penal, donde se incriminan comportamientos que constituyen meros actos preparatorios como, sin ir más lejos, es el caso del art. 577.1 CP, que castiga el facilitar cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, mientras que la Directiva *“se remite a delitos de lesión que afecten a la vida o la integridad física de una persona o que tengan un potencial lesivo grave”*⁵².

En definitiva, el Legislador español no sólo ha ido mucho más allá de lo que exigían los compromisos asumidos internacionalmente, sin perjuicio de que la reforma de estos delitos, a través de la L.O. 2/2015, de 30 de marzo, ha contribuido de forma incuestionable a abundar en un confusionismo interpretativo⁵³, en el que han incurrido tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, utilizándose el discurso del odio para justificar la limitación al ejercicio de derechos fundamentales de una forma que considero inaceptable. Conflicto que el Tribunal Constitucional ha tratado de resolver, aunque no siempre con éxito por las propias oscilaciones de su doctrina al dirimir de modo inexplicable algunos de esos conflictos.

⁵⁰ MENÉNDEZ CONCA, L.G., ob. cit., p. 5.

⁵¹ MIRA BENAVENT, J., “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”, ob. cit., p. 314. En el mismo sentido, Vid., MENÉNDEZ CONCA, L.G., “Análisis crítico del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), ob. cit., p. 12, quien se muestra particularmente crítico con la imposición de las penas de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial -con una duración mínima de seis años-, incluso cuando el acto de enaltecimiento o justificación del terrorismo revista menor gravedad (art. 579 bis. 4).

⁵² TAPIA BALLESTEROS, P., “Trasposición de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, al ordenamiento español: el delito de enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p. 319.

⁵³ ALCÁCER GUIRAO, R., “Opiniones constitucionales”, ob. cit., p. 6.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DISCURSO DEL ODOIO

4.1. La STC 235/2007, de 7 de noviembre. La inconstitucionalidad de la expresión “nieguen” del art. 607.2 CP: La libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al discurso del odio

Como hemos referido, el Pleno del Tribunal Constitucional en su STC 235/2007, de 7 de noviembre, resuelve la cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional respecto al párrafo segundo del art. 607 del CP, cuyo tenor literal era el siguiente: “La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que *nieguen o justifiquen* los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo⁵⁴, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos se castigará con la pena de uno o dos años.

Con carácter previo, me parece importante evidenciar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente acerca de que, a diferencia de algunos de los países de nuestro entorno, en nuestro sistema jurídico no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). En efecto, el Tribunal Constitucional en el FJ 4 de la resolución incide en que ello se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información, pues *“implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías”*. Lo que debe impedir, añade, *“cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”*.

El paralelismo entre el art. 607. 2 y el art. 578 es más que evidente, además del empleo de locuciones idénticas, aunque con distintos tiempos verbales, “justifiquen” los delitos de genocidio o “justificación” de los delitos de terrorismo, por lo que los criterios de interpretación establecidos en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, con respecto al art. 607 del CP, son perfectamente extrapolables al ámbito del art. 578 CP⁵⁵.

Así, el TC es inequívoco en su FJ 5 donde, a la luz de la Jurisprudencia del TEDH, acentúa que uno de los límites a los valores esenciales de nuestro sistema constitucional lo constituyen los juicios ofensivos que niegan la evidencia del genocidio nazi ya que suponen una incitación racista (STC 214/1991, FJ 8). Límites que coinciden con los reconocidos por el TEDH en aplicación del art. 10.2 del CEDH. Esto es, *“que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan*

⁵⁴ Los delitos a los que se refiere el citado precepto son los de genocidio, definidos por el art. 607.1 CP como conductas guiadas por el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetrando alguno de los actos siguientes: 1) matar a alguno de sus miembros; 2) agredir sexualmente a alguno de sus miembros o producirle alguna de las lesiones previstas en el art. 149 CP; 3) someter al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud u ocasionen alguna de las lesiones previstas en el art. 150 CP; 4) llevar a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptar cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o trasladar por la fuerza individuos de un grupo a otro; y 5) producir cualquier otra lesión distinta de las anteriormente señaladas.

⁵⁵ CANCIO MELIÁ, M., Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP)”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, ob. cit., p. 940.

una *incitación directa* a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999). En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003, § 41; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006)⁵⁶.

Igualmente, en el FJ 6, el Tribunal vuelve a poner de manifiesto otro instrumento internacional que compromete a España, como es el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, que prevé en su art. 20.2 que: “*Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley*”; además del Convenio de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, donde en su art. 5, nuestro país se compromete a establecer “*sanciones penales eficaces*” para castigar a las personas culpables de genocidio o de “*instigación directa*” y pública a cometerlo, art. 3.

En todo caso, quisiera enfatizar en una cuestión que, a mi entender, no puede pasar desapercibida y es que, el Convenio de Naciones Unidas, refiriéndose al genocidio lo que proscribe son las “*instigaciones directas*”, de la misma forma que el TEDH, al caracterizar los discursos del odio, adopta la misma fórmula al caracterizarlo como una “*incitación directa*” (Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999). En este sentido, veremos como la Jurisprudencia del TEDH, como la del Tribunal Constitucional, progresivamente, introducen junto a la incitación directa, también, la indirecta⁵⁷.

Por otro lado, el TC en el FJ 6 de la Sentencia, atendiendo a la descripción del comportamiento típico del precepto, refiere una consideración que no es intrascendente. Me refiero a que distingue entre el apartado primero y el apartado segundo del art. 607, al considerar que en el primero se requiere un “*dolo específico*” que viene presidido por el propósito de destruir un grupo social; mientras que, en el segundo esa difusión de ideas o doctrinas es “*neutra*”, con independencia de la repulsión, afirma el Tribunal, que tales afirmaciones pueden causar⁵⁸.

Una vez dicho lo anterior, la resolución trae a colación un recurrente parámetro interpretativo relativo al principio de conservación de la norma y, en consecuencia, a que sólo cabe declarar su inconstitucionalidad cuando su incompatibilidad con la Constitución sea indudable por resultar imposible realizar una interpretación conforme a ella, lo cual posibilita la opción de dictar “*sentencias interpretativas*” que permitan concluir la constitucionalidad de un texto siempre que se entienda de una determinada manera⁵⁹.

⁵⁶ VALERO HEREDIA, A., “La Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo”, pp. 376.

⁵⁷ Al respecto, vid., ESQUIVEL ALONSO, Y., “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones constitucionales*, núm. 35, 2016, pp. 4 y ss.; Igualmente, ROLLNERT LIERN, G., “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, p. 93; VALERO HEREDIA, A., “La Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., pp. 396 y ss.

⁵⁸ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”, ob. cit., pp. 787-789.

⁵⁹ ALONSO RIMO, A., “Apología enaltecimiento del terrorismo y principios Penales”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, ob. cit., p. 63.

En ese contexto, con carácter previo a determinar si tales conductas, la negación o la justificación de los delitos de genocidio pueden ser consideradas como una modalidad del discurso del odio al que alude la TEDH, resulta que *“la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo resultaría plenamente amparada por el art. 16 en conexión con el art. 20 CE”*⁶⁰.

Al respecto, conviene destacar que la mera negación del delito que comporta la simple adhesión valorativa al hecho criminal a través de la exteriorización de un hecho criminal sería penalmente inane. Es más, *“la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión”* (FJ 8)⁶¹.

Sin embargo, con respecto a la “justificación” la conclusión es distinta ya que tendrá relevancia penal cuando, en primer lugar, suponga un *“incitación indirecta”* a su perpetración y; en segundo lugar, cuando con ello se pretenda alguna suerte de *“provocación”* al odio hacia determinados colectivos caracterizados por su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de modo que represente un *“peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad”* que se pueden concretar en actos de discriminación (FJ 9)⁶².

Es inevitable advertir que, en este caso, el Tribunal adelanta la barrera de punición a lo que denomina “provocación indirecta” que, como es sabido, se encontraba excluida del régimen general del art. 18, y, en ese caso, prevista en el art. 615 CP, esto es, la provocación directa al delito de genocidio.

Con independencia de la vaguedad de tales criterios, en particular la “incitación indirecta”, parece que la interpretación literal del precepto que, en buena medida, es asumida en distintas resoluciones por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo, se pone en tela de juicio ya que la simple adhesión ideológica a determinadas opciones políticas quedaría amparada por los arts. 16 y 20 CE; ahora bien, de la misma forma, a pesar del, llamémosle así, avance que pudo significar la resolución, la evanescencia de la fórmula empleada: “incitación indirecta⁶³” no parece que constituya una limitación material a la conducta típica que la compatibilice con el ejercicio del derecho a la libertad ideológica y al derecho a la libertad de expresión⁶⁴. Es más, desde esa perspectiva, el potencial criminalizador de conductas relacionadas con la comunicación de ideas o deseos en el que tienen entrada las convicciones personales del intérprete hacen muy difícil, por falta de estándares de valoración, elaborar un pronóstico sobre los límites de la ley penal⁶⁵. En otras palabras, la deficiencia de la resolución es que presenta un canon constitucional de una amplitud desmesurada que, además, asume un contenido ofensivo que se fundamenta en la *intencionalidad y en la peligrosidad potencial*

⁶⁰ ALONSO RIMO, A., *ibídem*.

⁶¹ CORRECHER MIRA, J., *¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo*, ob. cit., p. 9.

⁶² ALONSO RIMO, A., *“Apología enaltecimiento del terrorismo y principios Penales”*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, ob. cit., p. 58.

⁶³ Críticamente, vid. TERUEL LOZANO G.M., *“Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional Espanyol”*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2018, pp. 28-29.

⁶⁴ ALONSO RIMO, A., ob. cit., p. 61

⁶⁵ SÁEZ VALCARCEL, R., *“Amenazas a la libertad de expresión en el ámbito penal. La represión de los discursos peligrosos”*, ob. cit., p. 46.

de una conducta que aplica a partir de débiles presunciones y de pretendidas idoneidades sin un auténtico sustento fáctico realmente ofensivo⁶⁶.

4.2. La STC 177/2015, de 22 de julio y las injurias a la Corona (la quema de un retrato de SS.MM. los Reyes). Los votos particulares de los Magistrados Adela Asúa y Juan Antonio Xiol

Los demandantes en amparo impugnaron la Sentencia del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, de 5 de diciembre de 2008, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 9 de julio de 2008, que les condenó como autores de un delito de injurias contra la Corona (art. 490.3 CP), con la circunstancia agravante de disfraz, a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses, con una cuota diaria de 3 €.

Vaya por adelantado que el Tribunal en su FJ 5 aduce que la condena se anuda, exclusivamente, *“al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población”* por la quema del retrato oficial de los Reyes, y no en la exteriorización de un determinado credo político en relación con la institución monárquica.

A ese respecto, con carácter previo y para anticipar la motivación del Fallo, el Pleno emplea el término “odio” en el FJ 4 en cinco ocasiones distintas. Así, afirma que debe dilucidarse si los hechos acaecidos son la expresión de una opción legítima que estimula el debate o si, por el contrario, pretenden desencadenar *“un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo al odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”*.

A lo que añade que no es jurídicamente irrelevante manifestar la protesta o el sentimiento crítico empleando medios inocuos para la seguridad de las personas, que hacerlo *“incitando a la violencia o al menosprecio a las personas que integran la institución simbolizada sirviéndose del discurso del odio”*. Continúa en ese mismo FJ aseverando que *“las manifestaciones más toscas del discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes”*.

En definitiva, puntualiza, *quemar públicamente el retrato de los Monarcas “es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio”*. De manera que, concluye, los hechos tienen un significado netamente *“incitador al odio... lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas”*.

Advirtiendo en el FJ 5 del riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como *“una incitación a la violencia y al odio hacia la Monarquía”* o *“avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes...”*

Motivos por los que, en definitiva, la conducta de los demandantes no resulta amparada por el derecho a la libertad ideológica ni por el derecho a la libertad de expresión.

Como es fácil de advertir, esta Sentencia marca un hito negativo en la Jurisprudencia de Tribunal Constitucional con respecto a la interpretación y a los límites que hasta ese momento

⁶⁶ TERUEL LOZANO G.M., *ibidem*, p. 29.

había otorgado al derecho a la libertad de expresión y que, al margen de otras consideraciones que pudiéramos no compartir, creo que se evidencian a tenor de lo afirmado en el FJ 9 de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, donde se afirma que el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión “no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución...a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes con relevancia constitucional”.

No obstante, por mucho que pudieran repugnarnos determinados planteamientos ideológicos que subyacen en ciertos discursos, cuando nos hallamos ante opiniones con relevancia pública (como puede ser la forma de Estado o el repudio a la figura del Jefe del Estado), desde el prisma de la tutela del derecho fundamental no existen razones para excluir al intolerante⁶⁷, a no ser que esas ideas entren en conflicto con otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, esto es, que han de protegerse penalmente porque son de especial trascendencia.

Lo que parece fuera de cualquier duda, a tenor de la resolución que estamos analizando, es que la interpretación dispensada en esta ocasión por el TC es particularmente restrictiva del alcance del derecho fundamental a la libertad ideológica y del derecho a la libertad de expresión. Es más, considero que la entrada en vigor de la reforma introducida mediante la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, y con ello el tratamiento expansivo que dispensa el Legislador a los delitos previstos en los arts. 578 y 579 del CP, no legitima al Tribunal Constitucional para apartarse del criterio seguido hasta ese momento en otras resoluciones, en las que la libertad de expresión se erguía como un derecho prevalente en relación a las opiniones y/o expresiones con relevancia pública que sólo cedía ante expresiones injuriantes o intimidatorias que determinaban la afeción a otros derechos ajenos⁶⁸.

A mi parecer, de la STC 177/2015, de 22 de julio, en relación con el discurso del odio se pueden extraer algunas consideraciones interesantes, que luego detallaremos al analizar los votos particulares de los Magistrados ASÚA Y XIOL. Así, en primer lugar, el Tribunal perfila unos destinatarios sobre los que recaen las conductas de odio que están completamente desligados de los colectivos tradicionalmente discriminados por sus características, religión, ideología, orientación sexual, etc. Es lo que el Tribunal, en una desafortunada expresión, denomina “*las manifestaciones más toscas del discurso del odio*” y que deslinda de otras expresiones del discurso fóbico, esto es, el que recae sobre aquellos sujetos con los que se pretende, asegura, “*fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política*”, incluso, “*la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes*”⁶⁹. Fórmula, insisto, que permite la extensión de víctimas del discurso del odio a personas o grupos que nada tienen que ver con los colectivos o sujetos más desfavorecidos, a quienes tradicionalmente se ha pretendido proteger en los textos punitivos y los convenios y en los tratados internacionales suscritos por nuestro país.

⁶⁷ ALCÁCER GUIRAO, R., “Opiniones constitucionales”, ob. cit., p. 8.

⁶⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p. 26. Asimismo, vid., notas a pie de página ⁶⁹ y ⁷⁰, donde trae a colación diversa jurisprudencia constitucional en el sentido expuesto.

⁶⁹ En el mismo sentido, vid., CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., “Libertad de expresión y límites Penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 61, 2020, ob. cit., pp. 41-42, quien aboga por un concepto del “discurso del odio estricto y ceñido a criterios claros, que tome por tal solo aquello que por su gravedad y por la pertinencia de sus destinatarios a un grupo tradicionalmente discriminado merezca realmente ser así conceptualizado”.

Por otro lado, y en clave estrictamente constitucional, el Pleno altera el ámbito de aplicación material del discurso del odio, ya que el análisis no se realiza desde el contenido esencial de los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión, sino que se introducen elementos indeterminados que abundan en los sentimientos, como es el “avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes⁷⁰” o la creación de un “riesgo” para las personas que presenciaron la quema de la foto de que los Reyes, o de que las conducta de los recurrentes incitaba a la violencia o, del propósito de incitar a la exclusión mediante una escenificación lúgubre. En definitiva, con esta resolución se produce un giro radical en la línea jurisprudencial seguida hasta entonces, para abandonar la seguridad jurídica que suponía la exigencia de una afección directa de derechos o intereses ajenos, “para sustituirla por una abstracta y cuestionable afección de sentimientos (odio) o de la sensibilidad general (clima de hostilidad)⁷¹. Esto es, la consideración como discurso de odio de actos que recaen sobre personas que no pertenecen a colectivos desfavorecidos, son comportamientos que deberían quedar fuera del ámbito penal por estar amparados en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o, en los casos más graves, vehicularse a través del delito de injurias⁷².

En cualquier caso, se trata de una resolución polémica que contó con tres votos particulares al que debe sumarse un cuarto del Magistrado VALDÉS que se adhiere al de la Magistrada ASÚA, quien manifiesta su discrepancia con parte de la fundamentación jurídica y con el fallo recordando que los derechos a la libertad ideológica y de expresión están condicionados a ciertos límites. El primero de ellos, advierte, es la presencia de actos de violencia o de provocación de un riesgo inminente para la seguridad de las personas o de una amenaza verosímil. A ese respecto incide en la frontera de la violencia y de la provocación a la misma, como límite externo de la libertad de expresión, para seguidamente traer a colación el voto particular del Juez Holmes en el asunto *Abraham v United States* (250 US 616, 1919), donde el Magistrado norteamericano introduce como límite: la doctrina del “*riesgo claro e inminente*” (*clear and present danger*) de ocasionar un daño que el Estado debe tratar de impedir⁷³.

⁷⁰ CARBONELL MATEU, J.C., “Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria”, ob. cit., pp. 1413 y ss.; MIRÓ LINARES, F., “Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos Cesar Strawberry y Cassandra Vera”, ob. cit., pp. 1433 y ss.

⁷¹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p. 27.

⁷² CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, ob. cit., p. 37.

⁷³ A ese respecto es particularmente interesante el trabajo de GRAU ÁLVAREZ, J., “La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa”, en *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 111, 2021, p. 15, donde puntualiza que el criterio propuesto por Holmes fue posteriormente matizado por la sentencia *Brandenburg vs Ohio* (395 US 444, 1969), dado que: “*La libertad de expresión pasó a estar protegida en cualquier ámbito salvo que el discurso mantuviera una intención de causar violencia y alta probabilidad de causar ese resultado de forma inminente. Esto es lo que se conoce como Test de Brandenburg, empleado por el Tribunal para considerar si ciertos discursos pudieran estar limitados en base a esos dos factores (Lynd, 1975, p. 154)*40. La única incompatibilidad con la idea del daño real e inminente se producía con discursos no violentos contra el orden jurisdiccional como el caso *Dennis*. Siguiendo esta misma línea jurisprudencial y para proponer una solución a este tipo de discursos de corte comunista, el Tribunal en *Yates v. United States* concluyó que, para ciertos discursos con referencias a los derrocamientos por la fuerza del Gobierno, la defensa de la acción violenta que se tomara era suficiente para su condena sin ser necesario apreciar la inminencia del acto” (subrayado añadido). Vid., igualmente, ALCÁCER GUIRAO, R., “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión”, en *Teoría & Derecho*, 2022, núm. 32, pp. 47-48, donde se refiere a los dos criterios utilizados en distintas épocas por el Tribunal

El segundo de los límites, señalado en el Voto Particular de la Magistrada, es el discurso del odio que se encuentra presente en los menajes incitadores a la discriminación y a la exclusión, que se identifica con *“cualquier forma de expresión que incite, promueva o propague el odio racial, la xenofobia u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión generador de un efecto cierto de amenaza que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados colectivos socialmente vulnerables”*. Más adelante trae a colación la Recomendación núm. R(97) 20 del Consejo de Europa para concluir que calificar la quema del retrato de los Reyes como una expresión del discurso del odio donde, como se dice en la Sentencia, la condena se anuda al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población, no es más que un “ejercicio errático” en la búsqueda de una cobertura jurídica que resulta imposible, ya que equiparar el discurso antimonárquico con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y la exclusión social de ciertos colectivos desfavorecidos o vulnerables es, sencillamente, equívoco.

Por su parte, el Magistrado XIOL formula otro sólido voto particular en el que fundamenta su discrepancia de la opinión mayoritaria del Tribunal en base a tres argumentos: 1) La banalización del discurso del odio; 2) La incoherencia de la condena en relación con el interés protegido en el tipo penal; y, 3) La desproporción de la respuesta sancionadora por el ejercicio de un derecho fundamental. A pesar de que todos ellos revisten un interés indudable, únicamente me referiré al primero.

Al inicio de estas páginas ya he hecho mención de la, a mi parecer, acertada expresión utilizada por el Magistrado XIOL para calificar la interpretación de la opinión mayoritaria del Tribunal (“la banalización del discurso del odio”) al considerar que la conducta de los recurrentes supuso una extralimitación del ejercicio de la libertad de expresión, dado que con sus actos incitaron al odio contra el Jefe del Estado.

Afirma que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH establecen dos requisitos para calificar que un acto comunicativo se puede inserir en el “discurso del odio”. En primer lugar, que constituya una “incitación directa” a la violencia; y, por otro lado, que se dirija contra la ciudadanía en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales, en particular. Consideraciones, continúa, que no son novedosas y que el Alto Tribunal ya puso de relieve en su STC 235/2007, de 7 de noviembre. A lo que añade, como no puede ser de otra manera, que la referencia interpretativa en esta materia es la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, para continuar afirmando que el TEDH proyecta el discurso del odio adoptando como enfoque el abuso del derecho del art. 17 CEDH, por ser “un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el Convenio”, además del art. 10.2 del propio CEDH en el que se establece que las limitaciones a la libertad de expresión, en relación al discurso del odio, están referidos a actos comunicativos que pudieran ser interpretados como una incitación a la violencia contra determinados grupos y colectivos vulnerables o justificativos de tratamiento discriminatorio y limitativos del disfrute de derechos humanos por parte de estos grupos y los individuos que los integran.

Supremo americano para justificar la limitación del derecho a la libertad de expresión: (i) el Test de Brandemburgo, que exige la concurrencia de dos requisitos: la idoneidad de la conducta para inducir actos violentos y la expectativa de inmediatez de los mismos (*clear and present danger*. Criterio al que se alude en el voto particular de la Magistrada Adela Asúa en su voto particular a la STC 177/2015); y, (ii) *bad tendency test*, que únicamente requería una “tendencia general” a la incitación de actos violentos en general o, más en general, una alteración de la estabilidad social.

Por lo tanto, continúa, discrepa de la opinión mayoritaria del Tribunal al considerar que la condena de la que fueron objeto los recurrentes no puede ser calificada como una manifestación del discurso del odio ya que no reúne las notas esenciales que deberían concurrir para ser calificadas de esa forma, esto es: *“de que (i) estuviera dirigida contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular; ni de que... (ii) supusiera una incitación directa a la violencia”*.

Finalmente, los demandantes en amparo acuden al TEDH quien, en su Sentencia dada por la Sección 3ª, de 13 de marzo de 2018, Caso Stern Taulats y Roura Capellera c España, estima la demanda por unanimidad (la confirmación de una condena esperada)⁷⁴ ya que considera que el acto estaba enmarcado dentro de la crítica política y no de la institución monárquica. Se trataba de una crítica contra lo que el Rey representa en tanto jefe y símbolo del Estado. Abundando en lo anterior, señala que los actos no estaban presididos por la incitación a la comisión de actos de violencia, es más, añade, éstos no se vieron acompañados de conductas violentas ni de problemas de orden público. Pero, no es eso todo ya que el TEDH pone de manifiesto que, el delito contra un jefe de Estado (trayendo a colación su Sentencia de 15 de marzo de 2011, asunto Otegui Mondragón contra España⁷⁵), es contrario al espíritu del Convenio que disponga de una especial protección concedida por una ley especial. A lo que puntualiza que el interés de un Estado en *“proteger la reputación de su propio jefe de Estado, no puede justificar la concesión a éste de un privilegio o una protección especial contra el derecho a informar y a expresar opiniones sobre él”*.

4.3. La STC (Sala 1ª) 112/2016 de 20 de junio de 2016. El caso Tasio Erkizia: manifestaciones encuadrables en el discurso del odio que incitaban a la violencia a través del enaltecimiento público del autor de actividades terroristas (homenaje a Argala)

El demandante en amparo fue condenado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por Sentencia de 3 de mayo de 2011, como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo, con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año

⁷⁴ Al respecto, ALCÁZER GUIRAO, R., en ibidem, p. 46, donde se refiere al *“bochorno provocado”* por la Sentencia Stern Taulats y Roura Capellera, para, seguidamente, aseverar: *“...la ilicitud del delito de enaltecimiento se fundamenta en la mera identificación o anuencia ideológica con el terrorismo, y su lesividad se agota en la afectación a sentimientos colectivos, en la ofensa a la moral colectiva. Lo que se sanciona es, en suma, la transmisión de ideas execrables”*. Igualmente, vid., TERUEL LOZANO, G.M., *“Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”*, ob. cit., p. 28, en especial, nota a pie de página núm. 45.

⁷⁵ Por todos, vid., CUERDA ARNAU, M.L., *“Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*, en *Teoría & Derecho*, núm. 13, 2013, pp. 227 y ss., en especial, pp. 229-230, donde acertadamente afirma que, teniendo en cuenta el Caso Castell contra España, se podría haber evitado la condena, si el TS o el TC, *“aún manteniendo que lo afirmado por Otegui quedaba al margen de la expresión constitucionalmente protegida. Bastaba con aplicar el consolidado criterio de la proporcionalidad de la reacción frente al acto de expresión ilícito”*. A lo que añade: *“la dimensión objetiva de los derechos fundamentales permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan”* (subrayado añadido). En directa relación con lo acabado de referir, véase el Voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol a la STC 112/2016, de 20 de junio de 2016, en el que disiente de la opinión mayoritaria de la Sala al cuestionar que *“la sanción impuesta al demandante resulte necesaria y proporcionada desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”* (subrayado añadido).

de prisión y siete de inhabilitación absoluta. Resolución que fue confirmada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de marzo de 2012⁷⁶.

Se trata de la primera resolución del Tribunal Constitucional en la que se pronuncia sobre 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). Así, tras referir en el FJ 2 los criterios característicos de la libertad de expresión sentados en la STC 177/2015: (i) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión; (ii) El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia; y, finalmente, (iii) la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, donde pone en evidencia los riesgos que puede generar la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal, dado que puede generar una desproporción al acudir a esa potestad por el efecto desaliento que puede generar⁷⁷. En el FJ 3, por la similitud estructural que presenta el delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) con el de negación y justificación de ideas que justifiquen el terrorismo (607 bis.2 CP), recuerda la doctrina establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre.

Por ello, en los FJ 3 y 4, insiste en los criterios que fijó en la resolución acabada de mencionar para los discursos de odio; por lo tanto, enfatiza los parámetros que, en realidad, son los determinados en el art. 5 de la Directiva (UE) 2017/541, de 5 de marzo, donde se hace mención expresa a la incitación directa o indirecta de la comisión de delitos de terrorismo y a la generación de un riesgo de comisión delictiva. Así, explícitamente alude a: (i) la necesidad de castigar la “justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como justificación indirecta a su comisión”; (ii) la existencia de 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 la injerencia en derecho a la libertad de expresión”.

Además de lo anterior, donde el Tribunal Constitucional viene a reafirmar el canon interpretativo manifestado con anterioridad, la contribución más relevante es la reafirmación de un elemento que ya estaba presente en la STC 235/2007, ya que en el FJ 6 se refiere: “al contexto” o componente ambiental. En efecto, afirma que: “...es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia... es claro que la justificación del genocidio ex ante, en determinado ambiente social, caracterizado por un rechazo generalizado de tales doctrinas, puede ser menos peligroso para bienes constitucionales que la conducta aquí objeto de consideración, llevada a cabo en un ambiente social en el que, patentemente, resultaba mucho más fácil que prendiera

⁷⁶ En resumida síntesis, en los Hechos Probados se acredita que el demandante en amparo participo como principal orador en un acto en Homenaje del miembro de ETA José Miguel Beñarán Ortíz, alias “Argala”, quien había sido asesinado treinta años antes en la localidad francesa de Angelu. El discurso de Erkizia fue el momento central del acto: “... en él pidió una reflexión [para] escoger el camino más idóneo. El camino que más daño haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un escenario democrático y terminó con los gritos de ¡Gora Euskal Herria askatuta, Gora Euskal Herria euskalduna y Gora Argala!, -¡Viva Euskal Herria libre, Viva Euskal Herria vasca, Viva Argala!-, gritos que fueron respondidos por el público. Previamente a subir al escenario, Erkizia colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía de Argala”.

⁷⁷ Por todos, CUERDA ARNAU, M. L., “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007, en especial, pp. 24 y ss., donde analiza con detenimiento la función dogmática del efecto desaliento. Sobre los orígenes del efecto desaliento, vid., VALERO HEREDIA, A., “La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no el definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., pp. 382 y ss.

la llama. *El contexto en el que acaecen los hechos no es jurídicamente irrelevante* (STEDH SUREK contra Turquía, de 8 de julio 1999, nm. 62”).

Por lo tanto, esta resolución insiste en la interpretación de los elementos típicos del delito: la incitación indirecta, el riesgo para otros bienes o derechos, y, que ese riesgo se plasme en la creación de un concreto clima social de hostilidad hacia las víctimas o de apoyo a sus verdugos. Sentencia que, a mi entender no aporta demasiado con respecto a lo hasta entonces dicho por el propio Tribunal Constitucional⁷⁸. En suma, no sería viable la sanción de meras expresiones o discursos ofensivos u hostiles, salvo que se pueda constatar la presencia de una finalidad incitadora, al menos indirecta, a la violencia o comisión de delitos que genere un riesgo real y efectivo para otros derechos o bienes jurídicos, lo cual se plasmaría en la producción de clima hostil para las víctimas o de apoyo a los terroristas⁷⁹. A este respecto, me parece muy interesante la propuesta de ALCÁCER GUIRAO, para quien la incitación directa tiene lugar cuando la finalidad incitadora del mensaje quede reflejada de modo expreso e inequívoco en el propio contenido del mensaje; mientras que la incitación indirecta, que igualmente ha de implicar un riesgo concreto de comisión futura de actos terroristas, se producirá en los casos en que la llamada a la comisión delictiva se encuentre implícita en el contenido del mensaje “*al estar retóricamente envuelta en un discurso apologético, justificativo o enaltecedor de actos delictivos pasados...y el juicio sobre esta idoneidad exigirá ir más allá del contenido del mensaje y atender al contexto en el que el mismo se profiere*”⁸⁰

Por otro lado, como señala el Magistrado XIOL en su voto particular, la Sala no realiza un examen en profundidad de las situaciones de riesgo en el caso enjuiciado, esto es, no realiza un examen a fondo del contexto en el que se produjeron los hechos, por ejemplo, la intención, la finalidad, la capacidad de crear peligro, etc.⁸¹. Además, concurren otra serie de elementos que la Sala, continúa XIOL, no ha considerado, como que concurren elementos del contexto que no son imputables al acusado sino a los organizadores, como son la cartelera y la escenografía del acto; o que el contenido del discurso carecía de la entidad suficiente como para que pudiera considerarse una incitación, ni siquiera indirecta, a la comisión de ilícitos terroristas⁸²; tampoco se tuvieron en cuenta las circunstancias personales del acusado, como el hecho de que participaba activamente en el proceso de reflexión interna de la izquierda abertzale o que era un firme defensor de la creación de un estado vasco por medio de vías

⁷⁸ Vid., NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p. 46, quien considera que esta Sentencia implica un cambio significativo en la línea jurisprudencial, “aunque solo de modo parcial” ya que con posterioridad a la misma “*han seguido dictándose resoluciones del TS y de la AN que prescindían de cualquier elemento tendencial e incitador y sancionaban el mero acto de comunicación por su contenido*”.

⁷⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *ibidem*.

⁸⁰ ALCÁCER GUIRAO, R., “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión”, en *Revista Teoría & Derecho*, núm. 32, 2022, p. 58.

⁸¹ Al respecto, vid. CABELLO ESPIÉRREZ, M.A., “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, ob. cit., p. 35.

⁸² Vid., CANCIO MELÍA, M., “Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578)”, ob. cit., p. 941, quien considera que para que pueda considerarse una exaltación como forma de provocación, “*debe darse una precondition: la existencia de un terrorismo activo al que se pretende reforzar mediante el discurso provocador. Sin este elemento. El discurso de exaltación no puede llegar a ser -ya conceptualmente- discurso terrorista de provocación*”. En este mismo sentido, vid. S TEDH de 25 de noviembre de 1997, asunto Zana c Turquía, núm. 56; o de 2 de octubre de 2008, asunto Leroy c. Francia, núm. 45, donde se hace especial mención a que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos terroristas.

políticas y democráticas en ausencia de violencia; ni, desde luego, las circunstancias, ya que el discurso no se enmarca en un contexto de atentados terroristas, sino de reflexión política además de que el homenajeado había fallecido 30 años antes como consecuencia de un atentado cometido por el Batallón Vasco Español⁸³.

Como hemos visto, el criterio del “riesgo” es uno de los elementos que se recogen en el art. 5 de la Directiva (UE) 2017/541, de 15 de marzo, y, también es cierto que el Considerando 10 de la misma proporciona unos indicadores que, señala, deben tenerse en cuenta: “...las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional”. En este sentido, se debería abundar en el “test de peligrosidad”, en otras palabras, que represente un peligro hipotético por su idoneidad y capacidad para favorecer una acción posterior, “de tal manera que pueda identificarse una mínima inminencia entre la incitación y la acción posterior o que, objetivamente, el discurso haga previsible la ejecución de la conducta que apela”⁸⁴. Ahora bien, creo que, a la vez, se trata de elementos que son abiertos y susceptibles de todo tipo de interpretación y que, a la vez, “siempre se puede encontrar algún tenue hilo de riesgo, si se busca con suficiente interés”⁸⁵.

Por último, el demandante en amparo acude al TEDH, cuya Sección Tercera, en su Sentencia de 22 de junio de 2021, estima, por cuatro votos contra tres, que se ha vulnerado el art. 10 del CEDH. En primer lugar, señala que la imposición de una pena de prisión por una infracción cometida en el marco de un debate político sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales y, por lo tanto, debe tenerse en cuenta si el discurso insta a usar la violencia o constituye delito de odio (núm. 37). Considera el TEDH que el hecho de que el discurso del demandante versara sobre un interés público no supone que el derecho a la libertad de expresión sea ilimitado, por lo que es necesario determinar si la sanción impuesta es proporcionada además de si el discurso instaba a la violencia o puede considerarse un delito de odio (núm. 42). El Tribunal entiende que el discurso, en su conjunto, no incita a utilizar la violencia ni a la resistencia armada, ni directa ni indirectamente, a lo que añade que el discurso del demandante “no supuso un discurso de odio”, por lo que no se puede concluir que tratara de justificar actos terroristas o de enaltecer el terrorismo (núm. 47), de modo que la condena impuesta no es una medida proporcionada (núm. 48); en suma, “no se ha podido acreditar la existencia de una incitación directa ni indirecta a la violencia terrorista”, además de que el discurso parecía abogar por una vía democrática para alcanzar los objetivos políticos de la izquierda abertzale, lo supone que “la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión del demandante no puede calificarse de necesaria en una sociedad democrática” (núm. 49).

Además de lo anterior, la Sentencia cuenta con el Voto concurrente de Juez LEMMENS, que, si bien coincide con la mayoría en que se ha producido una vulneración del art. 10 del Convenio, a la vez, considera que la resolución es algo ambigua en cuanto al discurso en relación con el terrorismo. En todo caso, me interesa en particular el análisis que realiza sobre el art. 578 CP, considera que se trata de una disposición demasiado amplia dado que

⁸³ RAMÍREZ ORTÍZ, J.L., “Apologías débiles y libertad de expresión: hitos de la jurisprudencia más reciente y algunos parámetros interpretativo-aplicativos”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 53, 2019, p. 16.

⁸⁴ SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La libertad de expresión. Apariencia y realidad”, en *Jueces para la democracia*, marzo 2018, p. 3.

⁸⁵ CANCIO MELÍA, M., *ob. cit.*, p. 942.

tipifica como delito el enaltecimiento o justificación del terrorismo, “*sin exigir que la opinión expresada pueda considerarse incitación a la violencia o discurso de odio. No obstante, esta consideración es un elemento esencial de la justificación de la injerencia basada en la exaltación del terrorismo*”. A lo que añade que hubiera preferido que el Tribunal afirmara “*explícitamente que el problema de la injerencia desproporcionada tiene su origen en la propia ley*” (núm. 7). Lo cual, concluye, motivó una dura crítica por parte del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, lo que ya había sido constatado previamente por el informe de cinco relatores especiales de la ONU⁸⁶.

4.4. La Sentencia del Pleno del TC 35/2020, de 25 de febrero, de nuevo sobre el caso Strawberry y el art. 578 CP

Aunque sin entrar en demasiadas consideraciones nos hemos referido a este asunto (supra 3), esto es, a la STS núm. 4/2017, de 18 de enero, en la que se condenaba al Sr. Montaña Lehmann como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas a la pena de un año de prisión y a seis años y seis meses de inhabilitación absoluta.

Causa por la que había sido absuelto previamente en virtud de la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 18 de julio de 2016, al entender que el art. 578 CP, además de los elementos configuradores del dolo precisa un ánimo específico o intención en el autor que, considera, no estaba presente en la conducta del recurrente⁸⁷; no obstante, el Ministerio Fiscal formuló recurso de casación por infracción de ley que, finalmente, es estimado por el Tribunal Supremo, que condena al acusado por el delito imputado al interpretar que el art. 578 CP no exige ningún ánimo o intención en el autor añadido a los tradicionales elementos configuradores del tipo, de modo que los tweets enjuiciados colman la tipicidad, puesto que la ironía o el sarcasmo no hacen viable una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad. Resolución que motiva la interposición de la correspondiente demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien estima parcialmente su pretensión, en la Sentencia del Pleno 35/2020, de 25 de febrero, al considerar que se ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión.

El Tribunal en el FJ 4 de su resolución revisa exhaustivamente los elementos que le permitirán adoptar una posición para resolver el conflicto; de entre ellos, nos interesa, en primer lugar, el apartado B) donde se refiere a la jurisprudencia constitucional en relación con la eventual limitación del derecho a la libertad de expresión en la aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo. Criterios sobre los que, en las resoluciones que refiere a continuación, el Tribunal ha enfatizado. Así, nos remite al FJ 3 de la STC 112/2016, de 20 de

⁸⁶ <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2015/02/two-legal-reform-projects-undermine-rights-assembly-and-expression-spain-un>, “Los expertos de la ONU señalaron que la definición de los delitos de terrorismo y las disposiciones relativas a la criminalización de los actos de ‘incitación y enaltecimiento’ o ‘justificación’ del terrorismo son excesivamente amplias e imprecisas. “Tal como está redactado, la ley anti-terrorista podría criminalizar conductas que no constituirían terrorismo y podría resultar entre otros en restricciones desproporcionadas al ejercicio de la libertad de expresión”. “El proyecto de ley podría además permitir abusos en los controles y retiro de información disponible en internet”, recalzó el Relator Kaye.

⁸⁷ CORRECHER MIRA, J., “¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p.9, donde pone en duda la idoneidad de calificar como un delito de discurso del odio puesto que los sujetos sobre los que pretendidamente recae el comportamiento no forman parte de colectivos vulnerables o discriminados.

junio, así como a los FJ 8 y 9 de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, y a la exigencia de la incitación indirecta a la comisión delictiva como requisito que permite excepcionalmente que el legislador castigue la justificación pública de este delito. Ahora bien, lo que resulta de particular interés es que, en relación con la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, requiere que *“tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. Consideración, a mi parecer, determinante que coincide con el criterio de la Sala Penal de la Audiencia Nacional y que el Tribunal Supremo obvia al entender que el art 578 CP no lo requiere. Sin embargo, no es eso todo, ya que al abundar en el requisito de la “incitación indirecta”, precisa que el tipo penal requiere, como una manifestación del discurso del odio, que se genere: “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 a la libertad de expresión...”*.

En el apartado C) del mismo FJ 4 realiza un breve recorrido por la Jurisprudencia del TEDH que me parece, igualmente, decisivo para el Fallo del Pleno, en cuanto acentúa la necesidad de que concurren algunas circunstancias determinantes para ponderar la incidencia que pueden tener sobre la libertad de expresión, entre otras, el mayor o menor impacto de la difusión; las circunstancias personales de quien realiza la conducta; que, ésta, coincidiera en el tiempo con actos terroristas, o que se acreditara el contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia, *“destacando que la valoración debe ser especialmente cautelosa cuando, aunque se trate de tonos hostiles e incluso de defensa de objetivos contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no pueden ser identificados como defensa de actitudes violentas en la consecución de estos objetivos”*. Cuestión en la que insiste el Tribunal en el último párrafo del referido FJ 4 al poner de manifiesto la necesidad de verificar dos circunstancias. En primer lugar, si la resolución impugnada ha valorado con carácter previo a imponer la sanción penal el hecho de que la conducta enjuiciada constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión; y, en segundo lugar, si se han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso.

En relación con lo acabado de mencionar, en el FJ 5, el Tribunal concluye que la resolución impugnada no ha dado cumplimiento con la suficiencia necesaria a la “exigencia de valoración previa de si la conducta enjuiciada era una legítima manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión”. Y, por otro lado, la Sentencia objeto de la demanda de amparo tampoco considera con la intensidad requerida por la jurisprudencia constitucional el examen de las circunstancias concurrentes en el caso. Extremos que le llevan a concluir que las referidas omisiones son determinantes para considerar que concurre la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante en amparo, ya que la resolución del Tribunal Supremo omite cualquier argumentación sobre esos particulares, además de rechazar expresamente la valoración de elementos intencionales y circunstanciales que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación.

Como acabamos de comprobar, la STC 35/2020, de 25 de febrero es una muestra del itinerario contradictorio seguido en la jurisdicción ordinaria, lo que permite constatar la disparidad de criterios seguidos por los tribunales de justicia en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el conflicto con el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo y de humillación a las víctimas⁸⁸. El TC, por su parte, en esta última Sentencia resuelve el conflicto con remisiones expresas a sus SSTC 112/2016 y 235/2007 y, con ello,

⁸⁸ Al respecto, vid., VALERO HEREDIA, A., “La Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no el definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p.

a los requisitos de (i) incitación indirecta a la comisión del delito; (ii) a la constatación de situaciones de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades; o, (iii) de índole ambiental⁸⁹, es decir, en relación al contexto en el que tienen lugar esas manifestaciones y, por lo tanto, a los elementos concurrentes que las acompañan. Extremo que el TC ya puso de manifiesto en la STC 112/2016 y que, ahora, reafirma: la necesidad de valorar las circunstancias concurrentes. Es cierto, que también se posiciona de manera inequívoca acerca de la exigencia adicional de un requisito en el tipo, como es la existencia de un específico ánimo o intención del autor, ese elemento subjetivo especial del injusto, al que el Tribunal Supremo no atiende y que la Audiencia Nacional requiere, esto es, la intención. Además de contemplar otros criterios determinantes como son la trayectoria del autor de los mensajes, su capacidad para generar peligro, o para incitar a la comisión de delitos⁹⁰.

Sin embargo, y a pesar de valorar la oportunidad y consolidación de algún elemento puesto de relieve en la Sentencia, como es la necesidad de considerar los elementos concurrentes y el requerimiento de ese elemento subjetivo especial del injusto, es decir, la intención comunicativa del recurrente con la emisión de esos mensajes. O, dicho de otra manera, se trata de dirimir si la finalidad es la de incitar a la comisión de actos ilícitos o si, por el contrario, la finalidad es irónica, provocadora o sarcástica ya que en ese caso se ha de excluir la tipicidad de la conducta.

Pero, por otro lado, también creo que el Tribunal Constitucional podría haber ido más lejos ya que el argumento clave para otorgar el amparo al demandante es, junto al que acabamos de señalar, el reproche de que la resolución impugnada no ha ponderado, como cuestión previa, si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión⁹¹. Por ello, algún autor, ha considerado que se trató de una oportunidad perdida para acotar con mayor precisión el concepto de discurso de odio, ya que la STC 35/2020, no deja de utilizar criterios difusos e imprecisos que resultan de escasa utilidad para delimitar lo que constituye el objeto del ilícito, lo que contribuye a un amplio margen de discrecionalidad que puede dar lugar a resoluciones contradictorias que atiendan a las circunstancias socio políticas del momento⁹².

En otras palabras, que el criterio para determinar si determinadas manifestaciones resultan amparadas por el derecho la libertad de expresión no puede ser una “opción binaria” que distinga entre aquellas que sean capaces de estimular el debate tendente a transformar el debate político, de otras que desencadenen ese reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo al odio, puesto que la mayoría de los discursos pueden ubicarse en una amplia zona intermedia en la que quedaría en manos del juzgador lo que considere qué es lo que estimula el debate político y cuáles son aquéllas que destilan hostilidad⁹³. Ese es el motivo por

386-387, quien considera que el delito previsto en el art. 578 CP es un delito de opinión incompatible con el ámbito de la libertad de expresión.

⁸⁹ CORRECHER MIRA, J., “¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit., p. 10.

⁹⁰ CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., “Libertad de expresión y límites Penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, ob. cit., p. 40.

⁹¹ PENA GONZÁLEZ, W., “El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la libertad de expresión y la exaltación del terrorismo. Comentario a la STC 35/2020, de 25 de febrero”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2020, pp. 5-6.

⁹² NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, ob. cit, p. 53.

el que considero que en esta ocasión el Tribunal podría haber aportado elementos adicionales que nos permitieran abordar el conflicto entre el discurso del odio y el derecho a la libertad de expresión con más garantías.

Mientras tanto, quisiera señalar que en septiembre de 2023 se presentó una proposición de ley por el “Grupo parlamentario plurinacional SUMAR”, en la que, entre otras, se pretende la derogación del art. 578 CP⁹⁴. Veremos qué depara el devenir parlamentario.

Bibliografía

- ALCÁCER GUIRAO, R., “Opiniones constitucionales”, en *InDret*, Enero, 2018, pp. 1-39.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión”, en *Revista Teoría & Derecho*, núm. 32, 2022, pp. 44-67.
- ALONSO RIMO, A., “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios Penales”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 4, 2010, pp. 13-80.
- ASÚA BATARRITA, A., “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón* (ECHANO BASALDÚA, J., Coordinador), Universidad de Deusto, 2002, pp. 41-86.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del discurso del odio”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, núm. 16, 2016, pp. 13-44.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., “Libertad de expresión y límites Penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 61, 2020, pp. 30-49.
- CANCIO MELIÁ, M., “Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP)”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. II, Madrid, 2019, pp. 135-164, <https://doi.org/10.14201/azafea202123135164>
- CANCIO MELIÁ, M., “¿Strawberry o Cassandra? Sobre la imposible convivencia de dos visiones antagónicas del art. 578 en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol. II, Madrid, 2020, pp. 1497-1506.
- CARBONELL MATEU, J.C., “Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación

⁹³ CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A., *ibidem*; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *ibidem. ob. cit.*, p. 52. Igualmente, vid. TERUEL LOZANO, G.M., “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *ob. Cit.*, pp. 28-29, donde afirma que: “La deficiencia de esta jurisprudencia estaría entonces en la amplitud de estos cánones, con un contenido ofensivo basado en la intencionalidad o en peligrosidad potenciales y, como consecuencia de ello, en su aplicación concreta a partir de genéricas presunciones y de pretendidas idoneidades sin un auténtico sustrato fáctico. Al final, el Tribunal constitucional aplica unos criterios que se acercan más al test *bad tendency* que al *clear and present danger*”.

⁹⁴ https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-19-1.PDF. Iniciativa similar a otras proposiciones anteriores, vid., https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-149-1.PDF#page=1, de 19 de febrero de 2021, con el mismo objeto (Protección de la libertad de expresión) y, por lo que aquí respecta, con idéntica pretensión.

- y la injuria”, en *Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Pfr. Dr. Dr. H.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Valencia, 201, pp. 1413-1432.
- CORRECHER MIRA, J., “¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo”, en *Diario La Ley*, núm. 9600, Sección Doctrina, 24 de marzo de 2020, pp. 1-13.
- CUERDA ARNAU, M. L., “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007, pp. 1-43.
- CUERDA ARNAU, M.L., “Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Teoría & Derecho*, núm. 13, 2013, pp. 215-231.
- DOPICO, J., “Desconciertos de Brandemburgo”, en *Juezas y Jueces para la democracia (Boletín límites a la libertad de expresión)*, Mayo, 2018, pp. 15-17.
- ELÓSEGUI ITAXO, M., “Las recomendaciones de la ECRI sobre el discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico a las mismas”, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 44, 2017, pp. 1-61.
- ESQUIVEL ALONSO, Y., “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, 2016, pp. 1-42. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2016.35.10491>
- GRAU ÁLVAREZ, J., “La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa”, en *ICADE. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 111, 2021, pp. 1-33. <https://doi.org/10.14422/icade.i111.y2021.003>
- LAURENZO COPELLO, P., “La manipulación de los delitos de odio”, en *Un Juez para la Democracia. Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid, 2019, pp. 4453-4468.
- MENÉNDEZ CONCA, L. G., “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 3^a época, núm. 22, 2019, pp. 59-106. <https://doi.org/10.5944/rdpc.22.2019.26336>
- MENÉNDEZ CONCA, L. G., “Análisis crítico del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP)”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 58, 2020, pp. 39-70 [consultado en Aranzadi Digital].
- MIRA BENAVENT, J., “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 *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, (ALONSO RIMO, A, CUERDA ARNAU, M.L., FERNÁNDEZ HERNANDEZ, A., Directores, Valencia, 2018, pp. 299-330.
- MIRÓ LINARES, F., “Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos Cesar Strawberry y Cassandra Vera”, en *Liber Amicorum, Estudios Jurídicos en Homenaje al Pfr. Dr. Dr. H.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Valencia, 2018, pp. 1433-1445.
- MUÑOZ CUESTA, J., “Interpretación del enaltecimiento de terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541, de 18 de marzo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2017, pp. 41-48.

- NUÑEZ CASTAÑO, E., "Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo", en *Revista General de Derecho penal*, núm. 36, 2021, pp. 1-84.
- PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., "Interpretación judicial del derecho y terrorismo: especial referencia al enaltecimiento", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 17, 2017, pp. 371-396.
- PENA GONZÁLEZ, W., "El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la libertad de expresión y la exaltación del terrorismo. Comentario a la STC 35/2020, de 25 de febrero", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2020, pp. 13-24.
- RAMÍREZ ORTÍZ, J.L., "Apologías débiles y libertad de expresión: hitos de la jurisprudencia más reciente y algunos parámetros interpretativo-aplicativos", en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 53, 2019, pp. 165-226.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., "Presente y futuro del enaltecimiento y justificación del terrorismo", en *Anuario Facultad Derecho Universidad de Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 771-793.
- ROLLNERT LIERN, G., "El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp. 81-109. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.03>
- RUÍZ LANDÁBURU, M.J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, 2022.
- SÁEZ VALCARCEL, R., "Amenazas a la libertad de expresión en el ámbito penal. La represión de los discursos peligrosos", en *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, pp. 37-60.
- TAPIA BALLESTEROS, P., "Transposición de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, al ordenamiento español: el delito de enaltecimiento del terrorismo", en *Revista de Estudios Europeos*, número extraordinario monográfico, 1, 2019, pp. 305-321.
- TERUEL LOZANO G.M., "Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional Espanyol", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 2018, pp. 13-45. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.01>
- VALERO HEREDIA, A., "La sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el Caso Strawberry, un paso más, aunque no el definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 122, 2021, pp. 367-388. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.122.11>