



# El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: «Derecho penal del enemigo»

**Wendy Pena González**

*Graduada en Derecho y politóloga*

*Máster en Derecho Penal*

## Extracto

El presente trabajo analiza el delito de enaltecimiento del terrorismo, atendiendo a su regulación legal y aplicación jurisprudencial. La casuística del delito, cada vez más amplia, ha suscitado numerosas críticas doctrinales por su compatibilidad con la libertad de expresión y los principios del Derecho penal. Tras analizar los elementos y fenomenología del delito, se concluye que no debe mantenerse en un Código Penal propio de un Estado democrático.

**Palabras clave:** enaltecimiento del terrorismo; ETA; Dáesh; Strawberry; Hasel.

Fecha de entrada: 11-03-2019 / Fecha de aceptación: 06-05-2019

**Cómo citar:** Pena González, W. (2019). El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: «Derecho penal del enemigo». *Revista CEFLegal*, 221, 87-136.



# Crime of glorification of terrorism: «Criminal law of the enemy»

Wendy Pena González

## Abstract

This paper analyses the Spanish crime of glorification of terrorism, considering its legal regulation and its practical application by the courts. The increasing number of cases of glorification of terrorism sustained in the courts has been criticised by scholars because of its compatibility with freedom of speech and criminal law principles. After analysing the elements and the phenomenology of the offense it is concluded that it should not be maintained on a Criminal code from a Democratic State.

**Keywords:** glorification of terrorism; ETA; Daesh; Strawberry; Hasel.

**Citation:** Pena González, W. (2019). El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: «Derecho penal del enemigo». *Revista CEFLegal*, 221, 87-136.

## Sumario

1. Introducción
2. El «Derecho penal del enemigo»
3. El delito de enaltecimiento del terrorismo en España
  - 3.1. Introducción
  - 3.2. El enaltecimiento del terrorismo. Concepto y caracteres
    - 3.2.1. Una apología *in genere*
    - 3.2.2. Elementos y características del delito
      - A) Elementos del delito
      - B) El límite de la inviolabilidad parlamentaria
      - C) El bien jurídico protegido
      - D) Comportamiento activo y mera actividad
      - E) Tipo objetivo
      - F) Tipo subjetivo
      - G) ¿Un delito de terrorismo?
  - 3.3. Evolución y fenomenología
    - 3.3.1. El delito de enaltecimiento del terrorismo: nacimiento y su desarrollo hasta el cese definitivo de la violencia de ETA
      - A) Actos de «reafirmación interna»
      - B) Reclamaciones de reunificación y liberación de los presos de ETA
      - C) Publicaciones de cartas en periódicos
      - D) Letras de canciones y promoción de conciertos
    - 3.3.2. El desarrollo del delito de enaltecimiento del terrorismo desde el cese de la violencia de ETA hasta la reforma del Código Penal de 2015
      - A) Actos de reafirmación interna: un nuevo homenaje a Argala
      - B) Reclamaciones de mejora de las condiciones carcelarias, reagrupamiento o liberación de los presos de ETA
      - C) Publicaciones de cartas en periódicos
      - D) Letras de canciones
      - E) Pintadas a favor de ETA y otros supuestos
    - 3.3.3. El delito de enaltecimiento del terrorismo a partir de la reforma del Código Penal de 2015

- A) Pintadas a favor de ETA
- B) Expresiones vertidas en las redes sociales
- C) Letras de canciones
- D) El absurdo hecho realidad: el caso de los titiriteros

### 3.4. Límites con la libertad de expresión

#### 3.4.1. Necesidad de contextualización... aunque no siempre en la misma medida

- A) STS 224/2010
- B) El humor y la ironía
- C) La violencia de ETA
- D) Redes sociales
- E) La noción de «presos políticos»

#### 3.4.2. La STC 112/2016

#### 3.4.3. ¿Una legítima injerencia en el derecho a la libertad de expresión?

## 4. Valoración: Derecho penal del enemigo

- 4.1. Vulneración del derecho a la libertad de expresión
- 4.2. Adelantamiento de la barrera de punición e infracción de los principios de lesividad, última ratio y proporcionalidad; Derecho penal de autor y exclusión
- 4.3. Del entorno político-ideológico a los usuarios de redes sociales
- 4.4. La situación ante el cese definitivo de la violencia de ETA
- 4.5. ¿Competencia de la Audiencia Nacional?
- 4.6. Principio de taxatividad y seguridad jurídica
- 4.7. Derecho penal del enemigo y exclusión

## 6. Conclusiones

### Referencias bibliográficas

**Nota:** Este trabajo se basa (con modificaciones, ampliaciones y actualizaciones) en el realizado como trabajo de fin de grado del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Autónoma de Madrid en 2017. Agradezco su apoyo, consejos y revisiones, que me han sido de gran utilidad, a mi tutor Manuel Cancio Meliá, y también a los miembros del tribunal evaluador Mario Maraver Gómez, Silvina Bacigalupo Saggese y Raquel Benito López.

## 1. Introducción

El fenómeno del «Derecho penal del enemigo» ha asolado los ordenamientos penales de Occidente propiciando un cambio de paradigma (Cancio Meliá, 2010b, pp. 18-19 y 19-56), lo que ha sido especialmente claro en materia de delitos de terrorismo.

El desarrollo del terrorismo de corte yihadista a nivel mundial se considera una de las tres dimensiones de peligro que caracterizan la sociedad del riesgo global (Beck, 2002, p. 19), y ha conllevado una expansión de la normativa penal antiterrorista en todo el mundo, especialmente desde los atentados del 11 de septiembre de 2001 (en la que se ha visto implicada la Unión Europea)<sup>1</sup>. Dicha expansión de la regulación penal antiterrorista también ha imbuido a España, pese a que ya tenía la normativa penal al respecto sobradamente desarrollada, lo que se debe a que España haya sido la sede de una situación paradigmática en relación con el terrorismo. A diferencia de otros países, en España se ha desarrollado una profusa actividad delictiva por parte de grupos terroristas como ETA (principalmente), Terra Lliure y los Grapo, además del atentado yihadista perpetrado el 11 de marzo de 2004 (y, más recientemente, los atentados de Barcelona y Cambrils en 2018). A consecuencia de tan dramática experiencia, se ha desarrollado una prolija regulación penal en materia de terrorismo, que se caracteriza por que el legislador español no la ha incluido en una norma penal especial con carácter excepcional (Cancio Meliá, 2002a, p. 24), sino en el Código Penal, utilizándose las normas de Derecho penal ordinario para hacer frente al fenómeno terrorista. Además, se desarrolla una copiosa aplicación práctica de los delitos de terrorismo (y de otros relacionados, como el delito de enaltecimiento del artículo 578 CP) –aplicación que, como explica Cancio Meliá (2016, p. 38), se mantiene hasta nuestros días, pues se siguen persiguiendo los hechos cometidos antes del fin de la violencia armada en 2011–.

En todo caso, la expansión del Derecho penal en materia antiterrorista ha llevado a la primacía absoluta de la seguridad, en el seno del dilema clásico entre libertad y seguridad (que es especialmente tangible en materia de terrorismo) (Pérez Cepeda, 2007b, p. 95), y

---

<sup>1</sup> Así, explica Murphy (2015, pp. 11-15) que los atentados del 11 de septiembre marcan un antes y un después en la política antiterrorista a nivel global, provocando un desarrollo exorbitado de políticas públicas de intervención preventiva.

lo que ha determinado que en esta materia se observe con gran nitidez «el discurso de la "guerra" contra enemigos» (Cancio Meliá, 2002a, p. 23).

Ello se ha reflejado en la temprana introducción en España del delito de enaltecimiento del terrorismo en el año 2000, que ha sido objeto de una gran expansión legal (a raíz de la reforma de la LO 2/2015)<sup>2</sup> y jurisprudencial (a través de una interpretación cada vez más amplia e inestable). El desarrollo jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo, introducido en España en el año 2000, ha originado controversias sociales, mediáticas y políticas. En concreto, han suscitado polémica las condenas del músico César Strawberry por determinadas expresiones vertidas en la red social Twitter, y las de otros usuarios de las redes sociales. Lo mismo ha sucedido en los supuestos de condenas por el contenido de las letras de canciones (es el caso de los músicos Valtonlyc y Hasel). En adición, la detención de dos titiriteros en 2016 por la representación de una obra teatral provocó una gran atención mediática y social, desencadenando la condena de organizaciones como Amnistía Internacional y la convocatoria de manifestaciones. Todo ello ha tenido su reflejo en el plano político, con el registro de una proposición no de ley en el Congreso por parte del grupo parlamentario de Unidos Podemos, en la que se instaba a la supresión del delito de enaltecimiento del terrorismo.

El objetivo del presente trabajo es realizar un análisis pormenorizado del delito de enaltecimiento del terrorismo. Para ello, se estructura como sigue: en primer lugar, se explicará de forma sucinta el concepto de «Derecho penal del enemigo»; en segundo lugar, se analizará el delito de enaltecimiento del terrorismo en el Código Penal –el concepto, la evolución legal y jurisprudencial, y los límites con la libertad de expresión–; por último, se realizará una valoración del mismo y de su compatibilidad con el derecho a la libertad de expresión y los principios del Derecho penal.

## 2. El «Derecho penal del enemigo»

Como explica Cancio Meliá (2010 pp. 18-19), en el panorama político-criminal global de Occidente se está produciendo (se ha producido) un cambio de paradigma, caracterizado, por una parte, por una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho penal, y, por otra, por un incremento del interés público por el ordenamiento penal. En este sentido, Silva Sánchez explica que existe «una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes», a la que cabe referirse con el término «expansión» (Silva Sánchez, 2001, p. 20). Tal expansión del Derecho penal se contrapone con el principio de *ultima ratio* que debe regir los ordenamientos penales.

---

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

El concepto de «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*) fue desarrollado por Gün-ter Jakobs en el año 1985, y retomado por este recientemente, siendo hoy el defensor más cualificado de su utilización. Según la definición planteada por Jakobs, el Derecho penal del enemigo consiste en la orientación del ordenamiento jurídico-penal hacia la neutralización de una categoría «especial» de delincuentes: los enemigos (Cancio Meliá, 2010b, p. 19). El enemigo frente al que reacciona el Derecho penal del enemigo es, según Jakobs (2008, p. 51), «un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *in-imicus*». Estos enemigos serán heteroadministrados y privados de derechos: dejan de ser tratados como personas en Derecho. El Derecho penal del enemigo funciona como una garantía de seguridad, como una defensa frente a riesgos (como puede ser el terrorismo): «el Derecho penal del enemigo [...] combate peligros» (Jakobs, 2003, p. 31). Ello justifica la punición de comportamientos que son previos a la lesión de bienes jurídicos: se adelanta la barrera de punición para garantizar la seguridad.

El Derecho penal del enemigo es, para Jakobs (2003, pp. 42-43), solo uno de los dos «polos» del Derecho penal: el otro es el Derecho penal del ciudadano, en el que se mantiene el respeto a las distintas garantías y solo se trata de mantener la vigencia de la norma.

Jakobs identifica tres rasgos del Derecho penal del enemigo: 1) el adelantamiento de la punibilidad; 2) las penas previstas son desproporcionadamente altas, ignorándose a tal efecto la anticipación de la punibilidad; y 3) la relativización (o incluso supresión de determinadas garantías procesales). Por tanto, la perspectiva del Derecho es prospectiva en lugar de retrospectiva (Cancio Meliá, 2003, p. 80 y Demetrio Crespo, 2006, p. 486). Sin embargo, se debe entender, como Cancio Meliá, que tal definición es incompleta, pues, en realidad, no se declara a los «enemigos» solo como peligros a neutralizar. En su lugar, se está construyendo una «demonización» de determinados individuos que quedan excluidos del Derecho penal, a través de un tratamiento nada neutro, que configura al Derecho penal del enemigo como «una nueva fase» evolutiva (Cancio Meliá, Feijóo Sánchez y Jakobs, 2008, p. 80), hija del punitivismo y el Derecho penal simbólico.

La tipificación penal deja de tener como base solo «hechos», fundándose también en otros elementos «con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de enemigos» (Cancio Meliá, Feijóo Sánchez y Jakobs, 2008, p. 88). El Derecho penal del enemigo es así un Derecho penal de autor (Demetrio Crespo, 2006, pp. 493 y ss.), y una categoría de sujetos queda excluida del círculo de ciudadanos, identificados como ajenos al sistema, enemigos. De esta manera, se acaba convirtiendo en un «Derecho penal de guerra», bélico, donde una categoría de sujetos son no-personas (Pérez Cepeda, 2007b, pp. 105-106 y 113). En definitiva, se puede identificar un cuarto rasgo del Derecho penal del enemigo: «la función de identificación (mediante exclusión) de una categoría de sujetos como enemigos, y la correspondiente orientación al Derecho penal de autor en la regulación» (Cancio Meliá, 2010b, p. 37).

Por ello, el Derecho penal del enemigo –que coincide con el concepto de «Derecho penal de tercera velocidad» desarrollado por Silva Sánchez– es contrario al Estado de

Derecho, ya que supone la vulneración de sus garantías fundamentales, y, como señala Cancio Meliá (2002, pp. 89-94), la introducción del Derecho penal del enemigo haría desaparecer el Estado de Derecho, pues supondría el desconocimiento del Derecho penal del hecho y de la culpabilidad; no es verdadero Derecho penal, al integrarse por medidas de excepción. No puede convivir con el Derecho penal del ciudadano, que no excluye a ningún sujeto de la categoría de *ciudadanos*, ya que el Derecho penal tiene como función responder a la culpabilidad, mientras que el Derecho penal del enemigo tiene como función la exclusión de una categoría de sujetos, los enemigos: «"Derecho Penal" del ciudadano es un pleonismo, "Derecho Penal" del enemigo una contradicción en los términos» (Cancio Meliá, 2002b, p. 61)<sup>3</sup>. En definitiva, el Derecho penal del enemigo funciona como una suerte de «sismógrafo de ilegitimidad» (Cancio Meliá, 2008, pp. 63-87) de la normativa penal.

Este Derecho penal del enemigo tiene como manifestación primaria (si bien no única) la normativa penal antiterrorista (Asúa Batarrita, 2006, pp. 248 *in fine* y ss.). La crisis del concepto de resocialización en delincuentes terroristas, que son delincuentes «por convicción» (Berdugo Gómez de la Torre, 1988, p. 57 y Zúñiga Rodríguez, 1999, p. 30), determina la orientación de la legislación hacia su inocuización. En el ámbito de la normativa antiterrorista española, la evolución hacia el Derecho penal del enemigo se observa cada vez más, tanto en relación con diferentes medidas que configuran la legislación antiterrorista (la relativización de derechos procesales, la extrema gravedad de las penas, la relajación de los criterios de imputación, el adelantamiento de la intervención del Derecho penal)<sup>4</sup>, como, en concreto, en la configuración de los distintos tipos penales del Derecho penal antiterrorista y la aplicación que de ellos hacen los tribunales. En el Derecho penal antiterrorista español se observan variados ejemplos: por una parte, el artículo 575 del CP recoge los delitos de adoctrinamiento pasivo y de autoadoctrinamiento para la comisión o facilitación de infracciones terroristas (presumiendo que es autoadoctrinamiento el acceso reiterado a determinadas páginas web o la posesión de determinados documentos). Por otra parte, este giro punitivista ha determinado el desarrollo ya muy temprano del delito de enaltecimiento del terrorismo, como se verá, contrario a los principios del Derecho penal (los principios de proporcionalidad, lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos, tipicidad material, *ultima ratio*, fragmentariedad y taxatividad), que ha sido objeto de una aplicación oscilante y cada vez más laxa por los tribunales.

<sup>3</sup> En el mismo sentido cfr. Muñoz Conde (2004, pp. 172-173), Ferrajoli (2006, p. 16), Feijoo Sánchez (2006, pp. 154-155), Martínez-Buján Pérez (2007, p. 10) y Terradillos Basoco (2010, p. 284).

<sup>4</sup> Cfr. Llobet Anglí (2010, pp. 198-212); también Terradillos Basoco (2010, pp. 286 y ss.). Serrano-Piedecasas Fernández (1988, p. 202) señala que tal adelantamiento de la intervención penal y las restantes agravaciones responden a la utilización simbólica del Derecho penal, abandonándose el paradigma de la prevención, que es sustituido por el «paradigma de la víctima». *Vid.* también, en el mismo sentido, Berdugo Gómez de la Torre (1988, p. 56) y Pérez Cepeda (2007, pp. 622 y ss.).



### 3. El delito de enaltecimiento del terrorismo en España

#### 3.1. Introducción

Señala Vives Antón (2011, p. 814) que la regulación de la apología en España es «un fantasma [que] recorre el derecho penal de la democracia», pues tiene una presencia constante en la legislación penal de la democracia española.

Como explican Giménez García (2007, pp. 3.706-3.707) y Muñoz Conde (2015, p. 592), tras algunas sentencias del Tribunal Constitucional en las que se declaraba inconstitucional la penalización del elogio o defensa de ideas, o la expresión de ideas subjetivas sobre acontecimientos históricos o actuales, el Código Penal de 1995 reguló la apología (en el art. 18 CP), disponiéndose que «solo será delictiva como forma de provocación y si [...] constituye una incitación directa a cometer un delito». La reforma del Código Penal por medio de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, introduce en el párrafo primero del artículo 578 el delito de enaltecimiento del terrorismo. Como señala Muñoz Conde (2015), tal delito no se atiene exactamente a los límites señalados, al castigar el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución.

El artículo 578 contiene dos conductas típicas –ambas castigadas con la pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 18 meses–. En primer lugar, el enaltecimiento o justificación públicas de los delitos de terrorismo o de sus autores. En segundo lugar, la realización de actos que atenten contra el honor y dignidad de las víctimas de delitos terroristas o de sus familiares. Ambos supuestos han sido criticados por la doctrina: el primero por tipificar conductas que no integran ni provocación directa ni indirectamente (García Albero, 2011, p. 1.747), muy alejadas de la lesión del bien jurídico, y que amenazan el derecho a la libertad de expresión (Vives Antón, 2011, pp. 823-826). El segundo se critica no porque carezcan de justificación material, sino por incluirse dentro de los delitos de terrorismo, cuando no son realizados por personas vinculadas a una organización terrorista (González Cussac, 2016, p. 733). Por último, el hecho de que se hayan tipificado conjuntamente ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, entendiéndose que la amalgama de tales conductas solo tiene el sentido de que una punición legitime, por proximidad, a la otra<sup>5</sup>. En este trabajo se analizará la primera de las alternativas: el enaltecimiento o justificación públicos de los delitos de terrorismo o de sus autores.

Tras la reforma de 2015 ya no se señala que el enaltecimiento o justificación se deban realizar «por cualquier medio de expresión pública o de difusión». Únicamente indica que han de ser «públicos». Además, el apartado segundo dispone que la pena se impondrá en su mitad superior cuando se realice a través de medios de comunicación, internet, comunicaciones electrónicas o tecnologías de información. De esta forma lo que hace el legislador es «hacer de la regla la agravación y convertir en excepción el tipo básico» (García Albero, 2016).

<sup>5</sup> Así, p. ej., Cancio Meliá (2010, p. 272).

El apartado 3 dispone que cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo elevarse hasta la superior en grado.

En el apartado 4 se establecen una serie de medidas que el juez o tribunal deberá acordar: destrucción, borrado, inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Además, cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos; y si se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, se podrá ordenar la retirada de tales contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, se podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión; o se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores. En el apartado 5, se indica que las medidas del apartado anterior se podrán acordar también de forma cautelar. Se incorpora de esta forma una norma con carácter procesal, «impropio de un Código Penal» (Campo Moreno, 2015, p. 73).

## 3.2. El enaltecimiento del terrorismo. Concepto y caracteres

### 3.2.1. Una apología *in genere*

El Tribunal Supremo (STS 224/2010, entre otras)<sup>6</sup> explica que el delito de enaltecimiento del terrorismo «es una forma específica de apología *in genere*», con sustantividad propia en relación con los artículos 18 y 579 del CP, que exigen una invitación directa a cometer el delito. El enaltecimiento o justificación del artículo 578 constituye, según el Tribunal Supremo, una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito: «La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas bien de quienes los efectuaron»<sup>7</sup>. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2000<sup>8</sup> apunta en esta dirección («con independencia de lo dispuesto en

<sup>6</sup> STS 224/2010, de 3 de marzo (ponente: Joaquín Giménez García).

<sup>7</sup> STS 224/2010, de 3 de marzo (ponente: Joaquín Giménez García), FJ 3.º.

<sup>8</sup> Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

el art. 18...»<sup>9</sup>. Por ello, entienden numerosos autores, como Muñoz Conde (2016, p. 765), que «la constitucionalidad de este inciso puede plantear algunas dudas».

En apoyo de esta teoría de la sustantividad del delito de enaltecimiento del terrorismo, señala el Tribunal Supremo, se presenta también el argumento de que su respuesta punitiva es autónoma e independiente frente a las apologías de los artículos 18 y 579 (pena inferior en uno o dos grados a la del delito a cuya ejecución se incita).

### 3.2.2. Elementos y características del delito

En la STS 149/2007<sup>10</sup> se plantean por primera vez por el Tribunal Supremo los requisitos fundamentales y características del delito de enaltecimiento del terrorismo, que se repiten en numerosas sentencias posteriormente (así, por ejemplo –sin ánimo de hacer una enumeración exhaustiva– en las SSTS 539/2008, 676/2009, 224/2010, 299/2011, 180/2012, 340/2013, 481/2014 y 106/2015)<sup>11</sup>.

#### A) Elementos del delito

En tales sentencias se explican los elementos que conforman este delito (como se verá, el tercer elemento ha sido modificado con la LO 2/2015) y el contenido de los términos «enaltecer» (con base en lo que dispone el diccionario) y «justificar»:

Son elementos de esta figura delictiva los siguientes:

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

Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1 CP.

Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.

<sup>9</sup> En el mismo sentido, señalan García Albero (2016) y Castellví Monserrat (2015, pp. 1.732-1.734), que tal conducta ni siquiera puede calificarse, desde un punto de vista material, de incitación indirecta.

<sup>10</sup> STS 149/2007, de 26 de febrero (NCJ053545) (ponente: Joaquín Delgado García).

<sup>11</sup> SSTS 539/2008, de 23 de septiembre (NCJ053453) (ponente: José Ramón Soriano Soriano); 676/2009, de 5 de junio (ponente: José Manuel Maza Martín); 224/2010, de 3 de marzo (ponente: Joaquín Giménez García); 299/2011, de 25 de abril (ponente: Francisco Monterde Ferrer); 180/2012, de 14 de marzo (ponente: Francisco Monterde Ferrer); 340/2013, de 15 de abril (NCJ057852) (ponente: José Manuel Maza Martín); 481/2014, de 3 de junio (ponente: Alberto G. Jorge Barreiro); y 106/2015, de 19 de febrero (NCJ059506) (ponente: Joaquín Giménez García).

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

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

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

3.º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión que otorgue cierta publicidad.

En relación con el tercer elemento, es preciso reiterar que, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 2/2015, se ha introducido en el primer apartado del artículo 578 el adjetivo «públicos», en sustitución de la expresión «por cualquier medio de expresión pública o difusión».

Al analizar el grado de difusión necesario de los actos de enaltecimiento o justificación, el Tribunal Supremo entiende que «el tipo penal [...] no exige [...] un grado determinado de difusión, o un mínimo de personas que puedan llegar a conocer el mensaje» (STS 90/2016)<sup>12</sup>.

## B) El límite de la inviolabilidad parlamentaria

En relación con el alcance del delito, hay que considerar que se encuentra con el límite de la inviolabilidad parlamentaria. En la STS 1533/2004<sup>13</sup>, se absolvió a Jon Salaberria (diputado de Batasuna) tras haber manifestado en el Parlamento vasco que «la lucha armada de ETA responde a la defensa de derechos legítimos que tiene el pueblo vasco». Condenado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por enaltecimiento, fue absuelto por el Tribunal Supremo al cumplirse los requisitos necesarios para que su actuación quedase amparada por la inviolabilidad de los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones.

## C) El bien jurídico protegido

La jurisprudencia (p. ej. en la ya citada STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3.º) ha señalado que el bien jurídico protegido «estaría en la interdicción de lo que el TEDH [...] califica como el discurso del odio, es decir, la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad ideológica o

<sup>12</sup> STS 90/2016, de 17 de febrero (ponente: José Ramón Soriano Soriano).

<sup>13</sup> STS 1533/2004, de 21 de diciembre (ponente: José Ramón Soriano Soriano).

de expresión». Parece, no obstante, que «la interdicción del discurso del odio» no es un verdadero bien jurídico, no es un interés superior del ordenamiento que deba ser amparado por el Derecho penal. Además, entra en colisión con un derecho fundamental constitucionalmente protegido que es el derecho a la libertad de expresión, como se verá *infra* (3.4 y 4.1). Por tanto, ni desde un punto de vista sociológico-funcional ni desde un punto de vista constitucional se puede considerar como un verdadero bien jurídico.

La doctrina mayoritaria ha venido considerando que en el delito de enaltecimiento del terrorismo se aprecia un déficit de bien jurídico protegido. En este sentido, Cancio Meliá (2010, p. 285)<sup>14</sup> señala que «la vertiente simbólica consiste aquí en proclamar un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones, como si de este modo desaparecieran de las cabezas de quienes piensan de ese modo».

No obstante, esta cuestión no es pacífica. Ruiz Landáburu entiende que el bien jurídico protegido en el delito de enaltecimiento del terrorismo es «la paz social y el mantenimiento del orden constitucional» (Ruiz Landáburu, 2002, p. 80). No se puede negar que el delito de enaltecimiento del terrorismo debería tener como fin último evitar que se favorezca la comisión de delitos de terrorismo, y, en este sentido, proteger la paz social. En igual sentido, en un voto particular a la STS 4/2017, de 18 de enero<sup>15</sup>, el magistrado Andrés Ibáñez señala que lo que convierte en criminales las conductas del delito de enaltecimiento del terrorismo es su aptitud para favorecer la comisión de delitos de terrorismo. Sin embargo, en tal caso las conductas penadas deberían ser funcionalmente capaces de favorecer tales delitos, y, como se verá, no es así en la práctica.

Por tanto, en la línea de la doctrina mayoritaria, se ha de entender que este delito solo podría llegar a estar legitimado si las conductas pudiesen favorecer, en última instancia, al terrorismo, y, por tanto, en algún sentido se estimase que concurre una lesión al bien jurídico «paz social». Sin embargo, como se verá, en la práctica no existe verdaderamente un bien jurídico que se encuentre amparado por el delito de enaltecimiento del terrorismo. No se castiga otra cosa que opiniones discrepantes con el orden social, constitucional y político (incluso opiniones sarcásticas o humorísticas), algo que no tiene cabida en un Estado social y democrático de Derecho.

#### D) Comportamiento activo y mera actividad

Como se explica en la citada STS 224/2010, las características del delito son: el tratarse de un comportamiento activo, un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

<sup>14</sup> También, en este sentido, Mira Benavent (2016, pp. 103-114).

<sup>15</sup> STS 4/2017, de 18 de enero (ponente: Manuel Marchena Gómez).

Al tratarse en todo caso de un comportamiento activo, se excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia. En numerosas resoluciones de los juzgados de instrucción de la Audiencia Nacional se había considerado que el hecho de no cambiar el nombre de una calle dedicada a un terrorista por parte de un responsable político podía integrar la conducta del primer delito del artículo 578.1. Sin embargo, como señala Cancio Meliá (2010, p. 281), posteriormente la Audiencia Nacional reconoció que solo cabe la comisión activa de tal delito. La misma respuesta ha venido dando el Tribunal Supremo. Así, en la STS 523/2011<sup>16</sup>, se considera que no es enaltecimiento del terrorismo el «permanecer pasivos, exteriorizar complacencia, o no mostrar expresamente un rechazo» ante la emisión, en un acto, de imágenes de presos de ETA, la distribución del boletín interno de la banda y que el público del acto corease a gritos a favor de la misma, y ello pese tener a los acusados un papel protagonista en el acto.

## E) Tipo objetivo

El tipo objetivo del delito estaría constituido por la realización de conductas que ensalzen o justifiquen públicamente al terrorismo o sus autores. Por tanto, el tipo objetivo del delito de enaltecimiento exige tener en consideración tres elementos: la conducta, el objeto y el medio, como se señala en la SAN 12/2017<sup>17</sup>. La conducta consiste en ensalzar o justificar mediante acciones o expresiones; el objeto del ensalzamiento o justificación serían los delitos terroristas o sus autores, y el medio por el que se expresa la conducta debe posibilitar cierta publicidad.

Sin embargo, ello no es suficiente, pues, como se verá, ha venido aclarando la jurisprudencia más reciente (en la STC 112/2016<sup>18</sup> y, aunque con reticencias, también el TS en las SSTS 378/2017, 560/2017, 600/2017, 52/2018 y 79/2018)<sup>19</sup> que para que el comportamiento no sea tolerable penalmente<sup>20</sup> es necesario que las conductas generen un riesgo (aunque sea indirecto) para las personas, los derechos de terceros o el sistema de libertades, incrementando la probabilidad de que se cometan delitos de terrorismo (configurándose, así, como un delito de peligro abstracto). Dicha exigencia es más coherente con las exigencias de la Directiva 541/2017 (en relación con la provocación del terrorismo). En todo caso, la jurisprudencia ha sido errática al respecto: tradicionalmente no se ha exigido dicho requisito y hay sentencias en las que toda-

<sup>16</sup> STS 523/2011, de 30 de mayo (ponente: José Manuel Maza Martín), FJ 4.º-6.º.

<sup>17</sup> SAN 12/2017, de 21 de marzo (ponente: Ramón Sáez Valcárcel), FJ 1.º.

<sup>18</sup> STC 112/2016, de 20 de junio (NCJ061437) (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos).

<sup>19</sup> SSTS 378/2017, de 25 de mayo (ponente: Luciano Varela Castro); 560/2017, de 13 de julio (ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 600/2017, de 25 de julio (ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar); 52/2018, de 31 de enero (ponente: José Ramón Soriano Soriano); 79/2018, de 15 de febrero (ponente: Francisco Monterde Ferrer).

<sup>20</sup> Y, por tanto, excluyente de la tipicidad.

vía se sigue sin requerir su concurrencia (así, p. ej., en la STS 706/2017 se condena a un sujeto sin analizar el requisito de generación de riesgo; y en la STS 52/2018, aunque sí se señalan los requisitos de manera teórica, no se comprueba que se produzcan efectivamente en la práctica<sup>21</sup> –siendo, además, difícilmente presumible que concurriese un riesgo para los derechos de terceros, las personas o el sistema de libertades cuando lo que se estaba enjuiciando era el contenido de una canción–)<sup>22</sup>. En todo caso, es difícil pensar que, en algún caso, expresiones vertidas en redes sociales (que es la forma paradigmática de presentación del fenómeno en la actualidad) puedan suponer efectivamente un incremento de la actividad terrorista.

## F) Tipo subjetivo

El delito es de naturaleza dolosa. No obstante, la jurisprudencia ha sido errática en los elementos exigibles en el tipo subjetivo. Tras la entrada en la escena jurisprudencial de un gran número de casos relacionados con expresiones vertidas en redes sociales, en un primer momento, el Tribunal Supremo había incidido en distinguir claramente en el delito de enaltecimiento del terrorismo entre el móvil y el dolo. Señalaba, por ejemplo en la STS 4/2017 («caso Strawberry»), que «el artículo 578 del CP solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo». Por tanto, el tipo subjetivo abarcaría así una suerte de dolo cognitivo, requiriéndose únicamente el conocimiento por parte del sujeto activo de los elementos del tipo objetivo, es decir, que se enaltecen o justifican actos terroristas o sus autores públicamente. Quedaba, por tanto, al margen la voluntad del sujeto (elemento volitivo) –siendo, por tanto, indiferente el carácter humorístico, irónico o sarcástico de las expresiones vertidas–, acercándose peligrosamente a la responsabilidad objetiva; al requerirse únicamente en la práctica que las expresiones fuesen objetivamente enaltecedoras.

No obstante, en tiempos recientes la interpretación jurisprudencial ha dado un giro copernicano (muestra de la inseguridad jurídica en la aplicación jurisprudencial de este delito). En la STS 378/2017<sup>23</sup> (y también, posteriormente, en las SSTS 560/2017, 600/2017, 52/2018 y 79/2018 ya citadas) ya se señala que es relevante, bajo exigencias constitucionales –por respeto a la libertad de expresión, ya que esta se entiende se ve limitada únicamente por el llamado «discurso del odio»–, acreditar «con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento». En todo caso, esta interpretación sigue sin ser constante, pues, de nuevo se ha ignorado en sentencias posteriores (así, p. ej. en la ya mencionada STS 706/2017), y, en otras de ellas, aunque se menciona, se ignora que la finalidad de las expresiones puede ser artística, sarcástica o de protesta al integrar el contenido de canciones (así sucede en la citada STS 79/2018).

<sup>21</sup> SSTS 706/2017, de 27 de octubre (NCJ062789) (ponente: José Ramón Soriano Soriano); 52/2018, de 31 de enero (ponente: Andrés Palomo del Arco).

<sup>22</sup> *Vid. infra* 3.3.3 C).

<sup>23</sup> STS 378/2017, de 25 de mayo (ponente: Luciano Varela Castro), FJ 2.º.

## G) ¿Un delito de terrorismo?

Por último, hay que señalar que la doctrina constitucional recuerda que los delitos de «apología» no son delitos de terrorismo. En la reciente STC 112/2016, el Tribunal Constitucional retoma la doctrina que había adoptado en la STC 199/1987 en relación con el delito de apología (y que hizo suya el TS, en los AATS 23 de mayo de 2002 y 14 de junio de 2002, ya referidos al delito de enaltecimiento del terrorismo). En este sentido, señala el tribunal que «hay que distinguir entre lo que son "actos" y "delitos de terrorismo" [...] y los que sin ser actos de terrorismo, expresan públicamente alguna forma de apoyo o solidaridad moral a los hechos o a sus autores (enaltecimiento o justificación)». Los citados autos del Tribunal Supremo expresan que:

La apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología, lo que conduciría directamente al absurdo.

Por tanto, el delito de enaltecimiento del terrorismo no es un delito de terrorismo, a pesar de que se incluya en el capítulo VII del título XXII del libro II del Código Penal «De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo». Por ello, solo puede ser perseguido por los tribunales españoles cuando se haya cometido en territorio español, pues no se puede aplicar el principio de justicia universal, como señalan Giménez García (2007, p. 3.707) y Muñoz Conde (2013, p. 851).

## 3.3. Evolución y fenomenología

### 3.3.1. El delito de enaltecimiento del terrorismo: nacimiento y su desarrollo hasta el cese definitivo de la violencia de ETA

Como se ha explicado, el legislador penal de la Ley Orgánica 10/1995 solo castigaba la apología en tanto que forma de provocación. A partir de la Ley Orgánica 7/2000 se introdujo el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, muy criticado por la doctrina por razones que ya se han expuesto.

En la exposición de motivos de la ley se explica que tales acciones «constituyen no solo 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». Añade que «no se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional [...] se trata de [...] perseguir la exaltación de los métodos terroristas».



## A) Actos de «reafirmación interna»

Desde entonces y hasta el cese definitivo de la violencia de ETA, la mayoría de los supuestos en que se aplica el precepto son actos de «reafirmación interna» (Cancio Meliá, 2010b, p. 278), rituales de cohesión del segmento social que se identificaba con ETA. Ejemplo claro lo es la STS 585/2007, en que se enjuicia a Otegui como orador en el homenaje a un antiguo dirigente de ETA, Argala, con motivo del 25.º aniversario de su asesinato. Otegui había dirigido manifestaciones de encomio hacia Argala (por ejemplo, señalando que era una «persona con acertada visión de futuro y adecuados y ajustados planteamientos»), y había depositado un clavel rojo junto a la fotografía del homenajeado. Además, había expresado «múltiples agradecimientos a los etarras que han dado la vida por Euskal Herria». El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional, entendiendo que concurren los elementos que conforman el delito de enaltecimiento del terrorismo. En la STS 224/2010, sin embargo, se absuelve a una acusada por su discurso en el acto de presentación de un partido político, en el que enviaba ánimo, un abrazo y aplausos a dos presos –que habían sido detenidos recientemente–, y a todos los presos políticos vascos. Según el Tribunal Supremo no es enaltecimiento, ya que los dos presos habían denunciado mediáticamente malos tratos y torturas sufridos tras la detención, y que «solo hay exteriorización de un cariño hacia ellos y de una cercanía personal».

En la ya citada STS 523/2011 se enjuicia a unos sujetos que ostentaban un papel protagonista en un acto político convocado por Batasuna en el que se proyectan unas imágenes de fallecidos miembros de ETA, y el público corea a favor de ETA. El Tribunal Supremo considera que los acusados no son culpables de un delito de enaltecimiento por ser su conducta meramente omisiva.

Por otra parte, se producen en este período numerosas condenas por enaltecimiento en el ámbito de las fiestas patronales de distintos ayuntamientos por la exhibición de pancartas, carteles o fotografías a favor de ETA. Por ejemplo, en la STS 597/2010<sup>24</sup> se confirma la condena a varias personas que extienden pancartas con símbolos y pretensiones de ETA, lanzando gritos a favor de la banda y objetos con finalidad propagandística. También en la STS 812/2011<sup>25</sup> se confirma que son autores de un delito de enaltecimiento del terrorismo unos sujetos que colocaron en el programa de unas fiestas patronales fotografías de presos de ETA bajo el texto «no podemos ser nada sin ellos».

También se ha considerado que se trata de enaltecimiento del terrorismo el nombramiento de dos presos de ETA como «reina y damas de honor» en las fiestas patronales de una localidad, así como el homenaje y exhibición a través de un balcón de dos monigo-

<sup>24</sup> STS 597/2010, de 2 de junio (ponente: Juan Saavedra Ruiz).

<sup>25</sup> STS 812/2011, de 21 de julio (ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

tes a tamaño real de los presos con una fotografía de sus rostros (STS 676/2009)<sup>26</sup>. En el mismo sentido, se ha aplicado la primera alternativa del artículo 578 en la SAN 11/2007<sup>27</sup>, para considerar si era enaltecimiento del terrorismo el nombramiento como hijo predilecto de un activista de ETA fallecido y la decisión de poner la ikurriña de la casa consistorial a media asta, con crespón negro, en señal de duelo. La Audiencia Nacional consideró que no lo era, al no hacerse referencia a la actividad armada de ETA en el pleno en que se tomaron tales decisiones.

Por último, se aplicó el precepto en la STS 539/2008, considerando que es constitutivo del delito de enaltecimiento del terrorismo el portar en un partido de fútbol una bandera pintada con la palabra «ETA» y el logotipo de la banda, además de las palabras «Bietan Jarrai» (expresión del grupo terrorista referida a su continuidad por las vías política y militar)<sup>28</sup>.

## B) Reclamaciones de reunificación y liberación de los presos de ETA

En la STS 299/2011, se considera que tiene un claro objetivo de ensalzar las conductas cometidas por los condenados por terrorismo el hecho de que una comparsa proamnistía señale en su página web que «los represaliados políticos vascos son parte del pueblo» y que deben estar presentes en las fiestas, y tenga un cartel (entre otros) en su caseta de las fiestas con 95 fotos de presos o acusados por su relación con ETA, y la frase «el pueblo vasco necesita libertad»<sup>29</sup>. Sin embargo, absuelve a los acusados al no probarse su participación como autores de los hechos.

## C) Publicaciones de cartas en periódicos

En la citada STS 149/2007 se enjuicia a De Juana Chaos por la publicación, en el diario *Gara*, de dos cartas de su autoría mientras cumplía condena por acciones desarrolladas como miembro de la organización terrorista ETA. Según el Tribunal Supremo sí concurre el delito de enaltecimiento, pues en las cartas, en concreto, en «El Escudo» se observa un tono apologético respecto del colectivo de los presos vascos y las razones por las que entran en prisión: «Modifican los roles, considerando a los terroristas inocentes, alabando así a sus 700 presos compañeros». Además, al decir «que tienen el "escudo de la razón" se expresa que tienen razón [...] al haber realizado sus crímenes, lo que constituye una justificación». Añade que «se habla de que fueron secuestrados por un sistema autoritario, es decir, que están injustamente privados de libertad».

<sup>26</sup> STS 676/2009, de 5 de junio (ponente: José Manuel Maza Martín).

<sup>27</sup> SAN 11/2007, de 19 de febrero (ponente: Fermín J. Echarri Casi).

<sup>28</sup> STS 539/2008, de 23 de septiembre (NCJ053453) (ponente: José Ramón Soriano Soriano).

<sup>29</sup> STS 299/2011, de 25 de abril (ponente: Francisco Monterde Ferrer).

## D) Letras de canciones y promoción de conciertos

También se aplicó, en esta primera etapa, la primera alternativa del artículo 578 para el enjuiciamiento de dos supuestos más controvertidos. En primer lugar, en el ATS 23 de septiembre de 2003, el tribunal analiza las acciones llevadas a cabo por el grupo musical Malas Pulgas, que promocionó un concierto a través de anuncios de carteles con fotos de encapuchados que portaban «cizallas y otros instrumentos». Según el tribunal no constituye enaltecimiento, pues las acciones deben inscribirse en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista, y eso solo se podría concluir «a partir de una interpretación extensiva y muy abierta de las categorías legales». En segundo lugar, se enjuició la letra de algunas canciones del grupo musical Soziedad Alkoholika (SAN 62/2006, confirmada en la STS 656/2007)<sup>30</sup>. Pues bien, la Audiencia Nacional concluye que no integra el delito de enaltecimiento del terrorismo, y a tal conclusión llega a través de una interpretación filológica de la palabra «txota» (al poder tener el significado de «soplón», y con base en una interpretación *favor libertatis*, no se puede entender que concurra enaltecimiento). Parte del contenido de las letras era el que sigue:

### Imagen 1. Extracto de la canción «Síndrome del norte»

- "Síndrome del norte"

Siempre que sales de tu casa Tú vas todo acojonao mirando para todos los laos ese bulto del sobaco es poco disimulao

al llegar asta el cotxe dejas las llaves caer ¿no sea ke halla un bulto raro? y que te haga volar como a carrero, como a carrero ay que jodido es ser " madero" en un lugar donde me consideran extranjero ¡porromponpero!

esque la paranoia en tu cabeza es tal ke krees que todos te kieren matar, 'tú tio, ten cuidado! no hagas gestos raros mira que sako el fusko/y te vuelo el cráneo

¡Joder! con lo bien ke yo estaba, que estaba con mi mama pa'ke cono mé han mandao pa'aka "virgen de la macarena! MARTXATE; VETE A ESPAÑA!..

- "Ya Güelen" Hay que ver ké divertido es vivir Rodeados de guardia civil Lo bonito que es pasear por la Ciudad, controlados por un municipal Es algo espectacular cuando ves al "beltza" matxacar, excitante ira un bar, y ke te sake a ostias la "nacional" ¡hay qué bien! ¡ké alegría! Me ha párao la policía Como casi todos los días.

¿Qué mas podemos pedir? Si ellos no hacen vivir Les debemos esta paz Y un montón de cosas más. Así pues, todo vá bien La seguridad es 100x100 No hace falta nada más Para vivir en un mundo en "paz"

- "Explota Zerdo!" Cualquier día estará cerca de ti Y sentirás que no puedes soportar, su olor te hará vomitar, ¡explota zerdo! Algún día reventarás, ¡explota zerdo! Tus tripas se esparcirán. Huele a esclavo de la ley, zipaio, siervo del rey, Lameculos del poder, carroñero coronel, ¡explota zerdo! Dejarás de molestar, ¡explota Txota! Sucia rata morirás.

Fuente: STS 656/2007, de 17 de julio.

<sup>30</sup> SAN 62/2006, de 21 de noviembre (ponente: Clara E. Bayarri García) y STS 656/2007, de 17 de julio (ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

### 3.3.2. El desarrollo del delito de enaltecimiento del terrorismo desde el cese de la violencia de ETA hasta la reforma del Código Penal de 2015

El 20 de octubre de 2011, ETA anunciaba a través de un comunicado en el diario *Gara* el cese definitivo de la violencia. El año anterior ya había anunciado un «alto al fuego» a través de la BBC. A pesar de ello, continúan –y se multiplican– las sentencias por enaltecimiento del terrorismo.

#### A) Actos de reafirmación interna: un nuevo homenaje a Argala

En la STS 180/2012<sup>31</sup> se enjuicia, de nuevo, a un sujeto (Tasio Erkizia, exdirigente de Herri Batasuna) por la participación en un homenaje a Argala (esta vez, en 2008, por el 30.º aniversario de su muerte). En él, Erkizia participa como orador, pronunciando un discurso en el que pide «una reflexión para escoger el camino más idóneo, el que más daño haga al Estado, que conduzca a ese pueblo a un nuevo escenario democrático», y termina con «Gora Argala», colocando un clavel rojo bajo su foto. El Tribunal Supremo entiende que sí hay enaltecimiento, confirmando la sentencia de instancia. El magistrado Giménez García entiende, en un voto particular a la sentencia mayoritaria, que, si bien sí se homenajeaba a Argala en el aniversario de su asesinato, no se está alabando el terrorismo: se habla de conducir al pueblo hacia un escenario democrático, se trata de buscar vías pacíficas (la expresión de «daño al Estado», contextualizada, se refiere a la aceptación del juego democrático, explica el magistrado).

#### B) Reclamaciones de mejora de las condiciones carcelarias, reagrupamiento o liberación de los presos de ETA

En todo caso, la mayoría de los casos enjuiciados en este período tratan supuestos de reclamaciones de mejora carcelaria o reagrupamiento de los presos de ETA.

En la STS 282/2013<sup>32</sup> se considera que incurren en enaltecimiento del terrorismo cuatro individuos que, en una carrera popular, exhibieron «banderolas» a favor de los presos de ETA y fotografías de sus miembros a su paso por una prisión, para reivindicar el reagrupamiento (previamente se había hecho un comunicado expresando que su finalidad era mostrar solidaridad con los «presos políticos vascos» y la represión). El Tribunal Supremo entiende que «concorre inequívocamente vocación de ensalzamiento». Sin embargo, en la STS 340/2013<sup>33</sup> se considera que no concurre enaltecimiento en la realización de una con-

<sup>31</sup> STS 180/2012, de 14 de marzo (ponente: Francisco Monterde Ferrer).

<sup>32</sup> STS 282/2013, de 1 de abril (ponente: José Manuel Maza Martín).

<sup>33</sup> STS 340/2013, de 15 de abril (NCJ057852) (ponente: José Manuel Maza Martín).

centración, en la que se exhiben pancartas con fotografías de presos de ETA, y se realizan reivindicaciones en relación con los que denominan «presos políticos». Para el Tribunal Supremo en este caso se trata de una reivindicación de la aproximación de los presos a sus hogares y no concurren las finalidades de alabanza, ensalzamiento o justificación de la actividad terrorista o de sus autores.

La respuesta del Tribunal Supremo es similar en las SSTs 587/2013 (por la colocación de fotografías de presos de ETA pidiendo su retorno a Euskadi y la reivindicación de que un preso enfermo fuese puesto en libertad), 755/2013 (por exhibir de fotografías de presos de ETA y reivindicar la amnistía de los presos en una carrera para promover la lengua vasca) y 843/2014 (por los hechos producidos en la manifestación no comunicada oficialmente con motivo de la Diada de Cataluña de 2012, en la que varias personas mostraron fotografías de presos de ETA de origen catalán, reivindicando la amnistía de los «presos i preses polítiques catalanes»)<sup>34</sup>. En las tres sentencias se absuelve a los acusados al no considerar que los hechos sean subsumibles en la primera alternativa del artículo 578.1.

En el mismo sentido se resuelve la STS 121/2015<sup>35</sup>, en la que se enjuicia un homenaje a los familiares de «presos y huidos/refugiados», en el que distintas personas portaban siluetas a tamaño natural con la fotografía de aquellos, el centro en el que se encontraban y otros datos, y se habían recitado versos «de honor» en loa de los presos. El Tribunal Supremo (igual que la Audiencia Nacional) considera que no concurre enaltecimiento, pues mayoritariamente los versos se referían a la ausencia de los presos y no hay frases que impliquen «un mensaje inequívoco a la violencia ni una aprobación de su uso».

Por último, en la STS 590/2013<sup>36</sup> se considera que sí es enaltecimiento del terrorismo el colocar cinco pancartas y un cartel con fotografías de presos de ETA y la inscripción «tampoco los queremos en las fotos, los queremos en la calle» (si bien el acusado es absuelto por falta de pruebas). Se trata de una interpretación tan errática que impide entrever qué criterios determinan la consideración.

### C) Publicaciones de cartas en periódicos

En la SAN 8/2014 se vuelve a condenar por enaltecimiento del terrorismo a unos sujetos por la publicación de una carta en el diario *Gara*. En ella, agradecen a todos los que han dado la vida «por apostar por una Euskal Herria roja, vasca, igualitaria y libre», enviando también cariño a una fallecida colaboradora de ETA, y protestan por la situación de un preso

<sup>34</sup> SSTs 587/2013, de 28 de junio (ponente: José Manuel Maza Martín); 755/2013, de 16 de octubre (ponente: Perfecto A. Andrés Ibáñez), y 843/2014, de 4 de diciembre (ponente: Carlos Granados Pérez).

<sup>35</sup> STS 121/2015, de 5 de marzo (ponente: Joaquín Giménez García).

<sup>36</sup> STS 590/2013, de 26 de junio (ponente: Juan Saavedra Ruiz).

de ETA. Posteriormente, añaden: «Nos corresponde repartir de mano en mano el testigo de vuestra lucha con imaginación, con compromiso, con responsabilidad, con trabajo vecinal, con desobediencia y con la sonrisa traviesa fruto de ser el dueño de la razón».

## D) Letras de canciones

De nuevo, en la STS 106/2015<sup>37</sup> se analiza la concurrencia del delito de enaltecimiento del terrorismo con ocasión de la letra de unas canciones (en este caso, del músico de rap Pablo Hasel), concluyéndose que las letras sí se subsumen en el precepto. El cantante «subió y consintió que otros subieran a la red social YouTube, diversos archivos de audio o vídeo, conteniendo canciones de su creación que tuvieron gran difusión», con expresiones alusivas a las organizaciones terroristas Grapo, ETA, Al Qaeda, RAF, Terra Lliure y a sus miembros, «en claro apoyo a los mismos y a dichas organizaciones terroristas, ensalzando y alabando sus acciones, justificando su existencia, pidiendo que vuelvan a cometer sus acciones terroristas y presentándolos como víctimas del sistema democrático». Entre otras canciones, se identifican títulos como «Libertad presos políticos», «Los peores terroristas», «El llanto de las gaviotas», «No me da pena tu tiro en la nuca». La letra de la primera es la siguiente:

### Imagen 2. Extracto de la canción «Libertad presos políticos»

1.- TÍTULO:LIBERTAD PRESOS POLITICOS .- Subido a YouTube: 03.08.09.- Reproducciones a fecha 02.02.11: 13727.- Introducción: "Cuando violadores y pederastas pasan cinco años en la cárcel y luego los que mas luchan por cambiar el sistema, que ni el político más mentiroso puede calificar de justo, están decenas de años encerrados por combatirlo, o incluso los matan dentro, no solo ocurre algo demencial y surrealista, sino algo, que no deberíamos dejar que pasara".- Letra de canción: "si por atacar a los culpables terroristas nos llaman.- Escucha que la libertad, no es el extremo de nada.- Luego califican de violento tirarles cócteles molotov.- Diles que no paren mi voz, puedo ser duro como Baader\_Meinhof.- Prefiero grapos que guapos, respeto a anarquistas y comunistas.- Antes que ponerme etiquetas protestocontra la injusticia.- Cuando la inmensa mayoría de la policía es facha.- Y con la plebe dormida la esperanza de un mundo mejor se marcha.- Que apoyar a franco no es delito sino algo normal.- Y quienes manejan los hilos merecen mil kilos de amonal.- Si parte de los más grandes andan en la cárcel.- Pienso en balas que nucas de jueces nazis alcancen.- Diarios controlados por archimillonarios no pagando penas por intentar cambiar este sistema de mierda, que va a acabar cayendo por su propio peso. En especial, a Donato , que lleva casi treinta años encerrado por robar bancos y dar el dinero a necesitados y luchas sociales. Sus leyes fascistas cumplen, y se inventan todo tipo de patrañas para seguir teniéndolo entre rejas, cuando ya ha cumplido esa injusta pena. Aquí si no tienes millones no te sueltan, y mas cuando eres revolucionario. ¡Libertad Donato ! ¡Libertad presos políticos!

Fuente: STS 106/2015, de 19 de febrero.

<sup>37</sup> STS 106/2015, de 19 de febrero (NCJ059506) (ponente: Joaquín Giménez García).

Las demás letras de canciones contienen frases como «si volvieran los Grapo diría po, po, po»; «merece una bomba Televisión Española». El Tribunal Supremo señala que «obviamente, la música es el envoltorio, la cáscara, lo relevante penalmente es la letra de tales canciones donde está el mensaje». Explica que la revolución que ha producido Internet en el mundo de las comunicaciones tiene su incidencia en el sistema penal: la política criminal no puede ignorar esta revolución tecnológica. El presente caso «es un ejemplo de la capacidad de difusión de mensajes inaceptables penalmente y frente a los que la política de prevención del crimen debe ir por delante en el uso delictivo de las mismas». Por tanto, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional, al entender que determinadas frases de las canciones integran expresiones de alabanza del discurso del odio que integran el delito de enaltecimiento del terrorismo.

### E) Pintadas a favor de ETA y otros supuestos

Otras sentencias condenan por enaltecimiento del terrorismo la realización de pintadas con frases a favor de ETA (así, p. ej., SSAN 40/2012 y 2/2013)<sup>38</sup>. También se enjuician en este período otros supuestos de colocación de fotografías o pancartas que no son encuadrables en las alternativas anteriores. En concreto, en la STS 958/2013 se considera enaltecimiento del terrorismo la colocación en la calle de fotografías de miembros de ETA<sup>39</sup>. Por otra parte, en la citada STS 481/2014 se considera subsumible en la primera alternativa del artículo 578 la colocación de una pancarta en una zona céntrica, en unas fiestas patronales, con la inscripción «ETA bietan jarrai».

### 3.3.3. El delito de enaltecimiento del terrorismo a partir de la reforma del Código Penal de 2015

A partir del 11 de septiembre de 2001, se produjo una enorme expansión del Derecho penal antiterrorista a nivel mundial, en la que se implicó también España –a pesar de tener ya una regulación abundante al respecto, a consecuencia de las especiales características a las que se ha venido enfrentando en materia de terrorismo, como ya se ha señalado–.

Tal espiral de punitivismo parecía que en España había llegado a su apogeo con la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 (que no afectó al delito de enaltecimiento del terrorismo). Señala en este sentido Fasani (2016, p. 377) que el legislador español había desarrollado de forma «muy avanzada y preocupante» la justicia preventiva. Sin embargo, tal tendencia continuó hasta la reforma de 2015, pactada por grupos parlamentarios de los dos principales partidos españoles (PP y PSOE), que rompe completamente con el sistema de

<sup>38</sup> SSAN 40/2012, de 19 de septiembre (ponente: Carmen P. González Pastor), y 2/2013, de 21 de febrero (ponente: Concepción Espejel Jorquera).

<sup>39</sup> STS 958/2013, de 3 de diciembre (ponente: Joaquín Giménez García).

regulación de terrorismo (Cancio Meliá, 2016a, pp. 51 y ss.), por razones que no son objeto de este trabajo, y que amplía todavía más su normativa de forma «verdaderamente inquietante» (Fasani, 2016, p. 377). Y ello a pesar de que la regulación era ya sobradamente prolija en materia de terrorismo, y de que ETA había cesado en la violencia casi 4 años antes.

Tal reforma, además de ser criticada por la deficiente elaboración técnica (Cancio Meliá, 2015, pp. 44-46), se introduce de forma fraudulenta para evitar la emisión de diversos informes preceptivos, presentándose como enmienda a la reforma general del Código Penal –iniciada en 2012–<sup>40</sup>. En este contexto, parece que se utiliza el Derecho penal para satisfacer las demandas de la sociedad<sup>41</sup>, como un instrumento más de política electoral, no respetándose el principio de *ultima ratio*. Además, fue presentada a iniciativa del Grupo Popular solo con la conformidad del Grupo Socialista (alcanzándose un pacto antiyihadista, el «Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo»), aunque *a posteriori* se adhirieron varios partidos al pacto. La reforma ha dado lugar a un manifiesto de más de 60 catedráticos de Derecho penal en el que se ponen de manifiesto sus déficits técnicos, su carácter autoritario, la tramitación «fraudulenta» de la norma y el abandono del principio de culpabilidad, entre otras consideraciones.

Vives Antón (2015, p. 23) ha señalado que «el nuevo Código Penal es [...] hijo de una mentalidad autoritaria, que no se detiene, ni siquiera, ante los límites constitucionales». González Cussac (2015, p. 6) *et al.* señalan que la reforma se ha dictado por una mano invisible guiada por la ignorancia, la improvisación y el descuido:

Sus preceptos no reflejan, pues, «las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas», sino la incompetencia y el ardor punitivo de sus autores. De esta guisa, se ha dado un paso más en el camino de la configuración de un Estado autoritario.

En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2015, se justifica la reforma en virtud de la amenaza del terrorismo yihadista, señalándose que «[e]ste terrorismo se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales». Por ello se entiende que en la tipificación de las conductas del artículo 578

<sup>40</sup> En el debate parlamentario en el Senado (Diario de Sesiones de 11 marzo de 2015), se pronuncian en este sentido varios senadores que intervienen. Así, por ejemplo, denuncian la tramitación los senadores Iglesias Fernández y Saura Laporta. En contra, se pronuncian los senadores del Grupo Parlamentario Popular, defendiendo que han atendido al Informe del Consejo General del Poder Judicial (si bien el informe no se refería a la reforma de los delitos de terrorismo, pues no se incluía tal reforma en el texto remitido).

<sup>41</sup> En este sentido la senadora popular Armisén (Diario de Sesiones de 3 de marzo de 2015) señaló: «Hay un agravamiento punitivo ante las realidades sociales o frente a los actos penales que merecen el reproche penal y que entendemos que la sociedad actual rechaza más, porque las modificaciones legislativas están para avanzar con las realidades sociales. Si existen nuevas realidades que merecen un mayor rechazo social, creo que la norma debe tener un agravamiento punitivo ante esas figuras o tipos nuevos o ante los que existe un mayor rechazo social».



«se tiene en especial consideración el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, [...] servicios de comunicaciones electrónicas o [...] tecnologías de la información».

Se justifica también con base en las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1373 (2001) y 2178 (2014), pues en ellas se pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar los actos de financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o que presten apoyo a esos actos –sin embargo, ya se ha reiterado que la regulación española era sobradamente prolija al respecto–.

Como señala Cano Paños (2015, p. 906), frente al terrorismo de corte yihadista, crece el miedo a los sujetos que, sin pertenecer formalmente a una determinada organización o grupo, caen en la red de esta ideología del odio. En este sentido, se suele explicar que los atentados de París de enero de 2015 desencadenan en España una ola creciente de represión penal. Sin embargo, como recuerda Cancio Meliá (2016, p. 52), el texto se presentó antes de los atentados de París, a pesar de que después se justificó con base en la eclosión del terrorismo del Dáesh.

En todo caso, la mencionada reforma, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, modifica el delito de enaltecimiento del terrorismo, cuyo contenido actual ya se ha señalado. Por una parte, se suprime la referencia a que el enaltecimiento o justificación se deban hacer «por cualquier medio de expresión pública o difusión», probablemente con el fin de no confundirlo con el primero de los tipos agravados que introduce la reforma. Además, se eleva la pena máxima del tipo básico (pasando de 2 a 3 años). En adición, se prevén varios subtipos agravados, uno para los supuestos en que los hechos se han llevado a cabo mediante la difusión de contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, Internet, servicios de comunicaciones electrónicas o tecnologías de información; y otro (con abundante uso de conceptos jurídicos indeterminados) para el supuesto de que los hechos sean idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad. Autores como Campo Moreno (2015, p. 78) han criticado la inclusión de tales agravantes sin ninguna justificación. Por último, se introducen en los apartados 3, 4 y 5 medidas que deben o pueden adoptar los jueces según los casos (*vid. supra* 3.1).

La casuística, años después del cese de la violencia de ETA, es todavía más prolija, como se puede observar a continuación.

## A) Pintadas a favor de ETA

De nuevo se considera enaltecimiento del terrorismo la realización de pintadas a favor de ETA –p. ej. SAN 27/2016 o STS 90/2016–<sup>42</sup>. En esta última se enjuicia la realización de

<sup>42</sup> SAN 27/2016, de 15 de junio (ponente: Ángela M. Murillo Bordallo), y STS 90/2016, de 17 de febrero (ponente: José Ramón Soriano Soriano).

una pintada del anagrama de ETA con el texto en euskera «estamos orgullosos de vuestra lucha. Viva vosotros, el pueblo está con vosotros». Se analiza también la concurrencia del delito por la realización de pintadas en la STS 20/2017, si bien se absuelve a los acusados por falta de pruebas.

## B) Expresiones vertidas en las redes sociales

En todo caso, lo que caracteriza por antonomasia la casuística de este período es la constante presencia de las redes sociales. En la STS 846/2015<sup>43</sup> el Tribunal Supremo absuelve a un individuo por enaltecimiento del terrorismo (si bien no por el delito de humillación a las víctimas) por utilizar su perfil «abierto» de la red social Facebook para publicitar mensajes y fotografías referidas a personas condenadas por pertenecer a la organización terrorista Grapo y otras que habían sido víctimas de delitos de terrorismo. Sobre un enlace referido a la mencionada organización, había escrito «libertad para los presos políticos». También había compartido la imagen de dos sobres de cartas remitidas a dos personas, una de ellas condenada por pertenencia a banda armada, escribiendo «¡honor i gloria, companys!»; y una fotografía, añadiendo que «el zulo de Ortega Lara tenía más metros cuadrados que donde viven muchísimos españoles»; y comentó una fotografía de Miguel Ángel Blanco –víctima de ETA– escribiendo «Gora ETA. Libertad presos políticos. Miguel Ángel Blanco mejor muerto». El Tribunal Supremo entiende que sí se dan los presupuestos para subsumir los hechos en el delito de humillación a las víctimas, pero no en el de enaltecimiento («las primeras expresiones se mueven en lo penalmente tolerable»).

En la STS 623/2016<sup>44</sup>, se juzga a una persona que desde la red social Twitter emite una serie de mensajes. Entre ellos, algunas expresiones de mofa o burla sobre víctimas del terrorismo, como varios chistes sobre el asesinato de Carrero Blanco, se consideran constitutivos de un delito de humillación a las víctimas. Otras expresiones emitidas por el sujeto se consideran subsumibles en el delito de enaltecimiento del terrorismo: por ejemplo, la difusión una foto de una pintada con la frase «Gora ETA militarra», comentando que le hace sentirse «como en casa»; o la emisión de expresiones como «la lucha es el único camino. Dale duro hasta ganar». A la misma conclusión llega el Tribunal Supremo en la STS 820/2016<sup>45</sup>. En el caso, un individuo utilizó Twitter y Facebook para emitir vídeos, mensajes e imágenes de acceso público de grupos terroristas (en especial de ETA), de la «lucha armada» y de sus miembros. Por ejemplo, compartió mensajes como «afilando el hacha a falta de serpiente»; «¡lástima que el terrorismo de estado le sesgara la vida tan pronto, más luchadores como Argala hacen falta, para la causa vasca y para el marxismo»; «ETA despellejaba a lo sumo a un par de concejales al año y el estado decía [...] que eran unos malvados terroristas y los

<sup>43</sup> STS 846/2015, de 30 de diciembre (NCJ060773) (ponente: Antonio del Moral García).

<sup>44</sup> STS 623/2016, de 13 de julio (ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar).

<sup>45</sup> STS 820/2010, de 2 de noviembre (ponente: Antonio del Moral García).

perseguía, torturaba, mataba y encerraba [...] los bancos asesinan [...] y [...] el estado los ampara». Para el Tribunal Supremo es un caso claro de enaltecimiento del terrorismo (también de menosprecio a las víctimas del terrorismo por expresiones sobre Carrero Blanco, Miguel Ángel Blanco y miembros de corporaciones locales).

En el mismo sentido se resuelven las SSTS 948/2016, 4/2017 y 206/2017<sup>46</sup>. En la STS 4/2017, se condena por enaltecimiento del terrorismo (y humillación a las víctimas) al músico conocido como César Strawberry, por compartir una serie de mensajes a través de la red social Twitter, entre ellos: «El fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta a los Grapo»; «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero»; «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora». Además, había respondido a un comentario en que le preguntaban qué le iba a regalar al rey por su cumpleaños que le regalaría «un roscón-bomba». Entiende el Tribunal Supremo, como se ha mencionado *supra* (3.2.2.f), que, como en el delito de enaltecimiento del terrorismo solo es relevante el dolo (en el caso, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de varios grupos terroristas) y no lo es la motivación, es irrelevante en términos de tipicidad si el cantante perseguía o no la defensa de los postulados de la organización terrorista o despreciar a las víctimas (es decir, se trataría de una suerte de dolo cognitivo que se acerca a la responsabilidad objetiva). La Audiencia Nacional en la sentencia de instancia (SAN 20/2016) había entendido, tras hacer un análisis pormenorizado de cada expresión, que no concurría enaltecimiento, pues muchas de ellas tenían carácter sarcástico o irónico, y otras eran confusas. Además, había remarcado que «las letras de sus canciones tienen un marcado tono provocador, irónico y sarcástico, empleando recursos propios de las historias de terror y acción»; y que «en sus manifestaciones artísticas mantiene un tono crítico con la realidad social y política, tratando que el público comprenda el sentido metafórico y ficticio que envuelve sus obras, respecto al concepto de fondo siempre de carácter pacífico y exclusivamente cultural». El Tribunal Supremo entiende que tal contextualización es un discurso exoneratorio que no puede compartir. Tampoco le parecen relevante al Tribunal Supremo las declaraciones de testigos que corroboraron la actitud no violenta del acusado, ni la lectura de un artículo escrito 15 años antes donde volcaba expresiones críticas con el nacionalismo, o la exhibición, 19 años antes, de un gran lazo azul en un concierto que el grupo para el que el acusado escribe sus letras instaló en el escenario para expresar su repulsa por un asesinato terrorista. Para el Tribunal Supremo, no cabe analizar la actitud del acusado de hace decenas de años, «ni interpretar la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística». Sus afirmaciones «alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como forma de solución de los conflictos sociales», según el tribunal.

El magistrado P. Andrés Ibáñez formula un voto particular en esta sentencia. Señala que «ningún derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo»:

<sup>46</sup> SSTS 948/2016, de 15 de diciembre (NCJ061870) (ponente: Alberto G. Jorge Barreiro); 4/2017, de 18 de enero (ponente: Manuel Marchena Gómez), y 206/2017, de 28 de marzo (ponente: Andrés Palomo del Arco).

Cuando ya las disposiciones legales acusan de este grave defecto –presente de forma paradigmática en legislaciones como la antiterrorista, denunciada, no sin fundamento, como una suerte de derecho penal de excepción– es función del intérprete-aplicador [...] contener tan recusable desbordamiento de la que, por su virtud, deja de ser la última o extrema ratio.

Además, añade que esas frases no son un dato aislado, sino que son expresivas de la subcultura de determinados grupos sociales, fundamentalmente integrados por jóvenes «duramente maltratados en sus expectativas de trabajo y vitales [...] por las crueles políticas económicas en curso». Así, «forman parte de una forma de reaccionar a la cultura de un *establishment* del que, no sin razón, se consideran excluidos». «No van, ni debe llevárselas, más allá». Por otra parte, añade que «justificar» reclama un discurso mínimamente articulado, y lo mismo «enaltecer» (pues ha de ser equiparable a «justificar»). En adición, entiende que, ya que lo que convierte en criminales las conductas es su aptitud para estimular las acciones terroristas, es preciso que guarden una «mínima relación contextual y de efectiva funcionalidad con estas, de manera que quienes ejecuten actos de terrorismo puedan beneficiarse de ellas». En fin, considera el magistrado que las frases descritas carecen, por su morfología, contexto y fin, de la menor posibilidad de conexión práctica con algún tipo de actores y de acciones susceptibles de ser consideradas terroristas; ello más aún considerando el momento de nuestro país en el que fueron escritas o difundidas.

En el mismo sentido del mencionado voto particular, ha resuelto un supuesto similar la Audiencia Nacional en la SAN 12/2017<sup>47</sup>, absolviendo a un sujeto que había vertido expresiones en Twitter como «tras conocer que el Ayuntamiento de Madrid homenajeará de nuevo a Carrero Blanco, solo puedo decir una cosa: *eskerrik asko* ["gracias", en castellano] Argala!» (Argala participó en el asesinato de Carrero Blanco). La Audiencia Nacional entiende, tras un análisis muy pormenorizado de los diferentes elementos de los tuits y su contenido, que esos micromensajes no enaltecen ni justifican al terrorismo ni a sus autores. Añade que una sociedad democrática que se organiza sobre los valores de la libertad y el pluralismo político «no puede sofocar, impedir o censurar todo tipo de mensajes de crítica o de disenso de la forma política del Estado, de la política penitenciaria o de las relacionadas con la memoria oficial del pasado». Además, considera que no se puede ignorar el hecho de que hayan transcurrido más de cinco años desde el cese de la violencia de ETA. La STS 52/2018, de 31 de enero confirma dicha conclusión, al entender que el contexto del autor y las fechas de emisión de los mensajes, que aludían a acontecimientos generalmente previos a la instauración de la democracia, no generaban ningún riesgo ni incitaban a la violencia<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> SAN 12/2017, de 21 de marzo (ponente: Ramón Sáez Valcárcel).

<sup>48</sup> STS 52/2018, de 31 de enero, FJ 5.º (ponente: Andrés Palomo del Arco).

En la STS 206/2017 se confirma que se subsumen en el delito de enaltecimiento del artículo 578 determinadas expresiones proferidas por un usuario de Twitter, como «ETA debe seguir», «para todo español facha gora ETA militarra», «la Zarzuela debería ser atentada, no lo kres ETA?». De nuevo, en la STS 335/2017, el Tribunal Supremo confirma que es enaltecimiento del terrorismo el verter a través de redes sociales expresiones en agradecimiento al asesinato de Carrero Blanco por parte de ETA (añadiendo un tono jocoso, con imágenes de compañías aéreas, y comentarios como «vuela que ni te enteras»), y otros comentarios como «es una verdadera lástima que ZP disolviera ETA, ahora estaría matando maderos, políticos del PP banqueros y demás chusma indeseable»<sup>49</sup>.

Los únicos casos en que la condena del Tribunal Supremo se refiere al enaltecimiento del terrorismo yihadista son las SSTS 400/2016, 221/2017 y 354/2017<sup>50</sup>. En la primera, el tribunal confirma la sentencia de la Audiencia Nacional, condenando a un individuo por la subida a la red social YouTube de un vídeo elaborado por él mismo, titulado «Así me ha enseñado el Imán de los Imanes Oussamma, que Allah lo acepte»: un documental en forma de narrativa épica, con imágenes personales y de sus acciones, además de discursos de santos llamando a hacer la *yihad*, en claro homenaje a su figura, oraciones de otros líderes yihadistas e imágenes de campos de entrenamiento de Al Qaeda. Cierra el vídeo un texto en árabe: «Allah, haznos los mejores apoyos de los yihadistas». El Tribunal Supremo entiende que los hechos se subsumen claramente en la primera alternativa del artículo 578. En la STS 221/2017 se confirma la condena por enaltecimiento del terrorismo a un individuo que había utilizado la red social Facebook para publicar comentarios en los que apoya determinadas actuaciones del Dáesh y promueve asesinar a cada funcionario del Estado español (si bien se rebaja la condena por otras causas). Por último, en la STS 354/2017 se confirma que es enaltecimiento del terrorismo la emisión a través de redes sociales de distintas publicaciones, entre ellas, de una *nasheed* (música vocal musulmana) en que se dice «nos vemos en el yihad [...] matadlos, matadlos, da igual dónde sea, inundados en la sangre», y de vídeos contra los musulmanes chiíes.

### C) Letras de canciones

Por otra parte, en la SAN 4/2017 de nuevo se produce una condena por el contenido de las letras de unas canciones (en este caso, del cantante de música rap conocido como Valtonlyc). Señala la Audiencia Nacional que se produce tanto enaltecimiento del terrorismo como humillación a las víctimas:

Ensalza actos de violencia terrorista: «Tu bandera española está más bonita en llamas, igual que un [...] patrol de la guardia cuando estalla»; [...] «Kale borroka en el

<sup>49</sup> STS 335/2017, de 11 de mayo (ponente: Antonio del Moral García).

<sup>50</sup> SSTs 400/2016, de 11 de mayo (ponente: Manuel Marchena Gómez); 221/2017, de 29 de marzo (ponente: Pablo Llarena Conde), y 354/2017, de 17 de mayo (ponente: Andrés Palomo del Arco).

Ministerio de educación, esto es amor: goma2 y Kalashnikovs». Ensalza a terroristas [...] justificando los «siete tiros de la Glock de Iñaki Bilbao al juez». Los califica como presos políticos y critica la prisión y la condena de los mismos, diciendo que «entregan su vida a la lucha». Indica que están en prisión por combatir la opresión. Sostiene que nos gobiernan terroristas y en cambio quien hace política está entre rejas por no claudicar y dar su vida entera por la lucha por la autodeterminación. Refiriéndose a políticos, empleadores, policías, etc., señala que no merecen vivir y justifica la «licencia para matar», el tiro en la nuca, el pistoletazo en la frente, etc. [...]. [No] quedan amparadas las conductas por el concreto género musical al que se adscriben las canciones y en contexto socio-temporal en que surgió, ni por el invocado carácter satírico, de mera hipérbole o crítica inmoderada contra instituciones políticas invocada por la defensa. Tales alegatos no excluyen el indudable contenido objetivo de aquellas ni el dolo exigido para el perfeccionamiento de los tipos.

Dicha conclusión fue confirmada por el Tribunal Supremo en la STS 79/2018<sup>51</sup>, a pesar de que ya se señala por el tribunal que se debe acreditar la finalidad o motivación de los actos de enaltecimiento y valorar el riesgo que generan para las personas, derechos de terceros o el sistema de libertades. Sin embargo, no parece acertada tal decisión, pues la finalidad o motivación de las expresiones vertidas es sarcástica o de protesta (o, al menos, podría serlo) y se expresa a través de canciones. Y, en adición, difícilmente dichas canciones generan un riesgo para los derechos de terceros, personas o el sistema de libertades, ni incrementan la comisión de delitos de terrorismo (ni, evidentemente, se constata así en el relato de la sentencia).

#### D) El absurdo hecho realidad: el caso de los titiriteros

Por último, un supuesto muy controvertido se produjo tras la detención de dos titiriteros que representaron una obra satírica sobre los montajes policiales. En la obra, un policía coloca junto a una bruja una pancarta en la que pone «Gora Alka-ETA» para que sirva de prueba contra ella. Es decir, un personaje en una obra de ficción coloca a otro personaje una prueba falsa para que se le acuse, paradójicamente, por el delito de enaltecimiento del terrorismo. Finalmente, la causa fue archivada. El mero hecho de que se pudiese considerar enaltecimiento la actuación de un personaje en una obra teatral satírica hace cuestionar la razonabilidad del precepto.

### 3.4. Límites con la libertad de expresión

El Tribunal Supremo ha reconocido en múltiples ocasiones la tensión que existe entre el delito de enaltecimiento y el derecho a la libertad de expresión e ideológica (así, por ejem-

<sup>51</sup> SAN 4/2017, de 21 de febrero (ponente: Concepción Espejel Jorquera), y STS 79/2018, de 15 de febrero, FJ 2.º (ponente: Francisco Monterde Ferrer).

plo, en las citadas SSTS 585/2007, 224/2010, 180/2012, 587/2013, 623/2016, 4/2017 y 335/2017). En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2000 se señala:

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni [...] de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. [...] 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, en la STS 224/2010 se reconoce que, en la medida en que la figura desborda la apología clásica del artículo 18, puede adentrarse en «la sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, y [...] entrar en conflicto con [...] los derechos de libertad ideológica y de opinión» (reconocidos en los arts. 16. y 20 CE). En este sentido, García Albero (2016) ha señalado que «la figura se mueve en una discutible y difusa zona "intermedia" entre la expresión amparada por la CE (libertad ideológica y opinión arts. 16.1 y 20.1 CE) y el delito de apología o provocación».

No obstante, según el Tribunal Supremo, el delito de enaltecimiento del terrorismo no cercena tales derechos. El bien jurídico protegido, como se ha señalado, es –según el TS– la interdicción de lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional califican como discurso del odio, es decir, «la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica», pues «el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrización colectiva como medio de conseguir esas finalidades». Añade el Tribunal Supremo:

Es claramente un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan [...] porque nuestra Constitución no impone un modelo de «democracia militante». No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución.

En la STS 585/2007 se recuerda en el mismo sentido que el TEDH ha declarado que «determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser legítimas y necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o [...] provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista».

### 3.4.1. Necesidad de contextualización... aunque no siempre en la misma medida

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha expresado que la labor judicial habrá de hacer un análisis riguroso *ad casum*, considerando «tanto las concretas frases o expresiones

producidas, así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y [...] todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él» (STS 299/2011), y sin olvidar el principio *favor libertatis* en los casos de duda. «Estas cautelas no pueden ser rebajadas ni debilitadas» añade el Tribunal Supremo (y, sin embargo, continúa realizando una interpretación nada restrictiva del precepto). En todo caso, la jurisprudencia ha sido errática en el grado de contextualización que realiza en cada caso.

#### A) STS 224/2010

En la STS 224/2010 se tienen muy en cuenta las circunstancias concurrentes, de forma que se entiende que enviar cariño y un abrazo a dos presos que habían sido detenidos y había salido en la prensa su caso de torturas, y, además, a todos los presos políticos vascos, no era enaltecimiento, pues se refiere exclusivamente a la expresión de cariño y cercanía personal de aquellos dos presos en concreto –ignorando la referencia a todos los demás presos de ETA–.

#### B) El humor y la ironía

En la STS 216/2017<sup>52</sup> se entiende que las expresiones proferidas en la red social Twitter por un sujeto, referidas al terrorismo del Dáesh no constituyen enaltecimiento del terrorismo, al situarse en el límite de lo admisible, por tener significados ambiguos que podrían ser entendidos en sentido humorístico. Frente a ello, en la STS 4/2017 («caso Strawberry»), como se ha visto, se ignora la contextualización realizada por la Audiencia Nacional, que había considerado el tono sarcástico de las expresiones, y había analizado cada expresión singularmente. Como señala en el voto particular el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez (*vid. supra* 3.3.3), se ignora también el momento del país en el que fueron escritas las manifestaciones, y el carácter de crítica social que tienen las mismas.

#### C) La violencia de ETA

Además, si bien en diversas sentencias se contextualizan los hechos teniendo en cuenta que «en el País Vasco existe, desde hace tiempo, una facción criminal que propugna la independencia política respecto del resto del Estado del Reino de España por medios violentos» (p. ej. STS 812/2011), no se tiene en cuenta en las sentencias posteriores al 20 de octubre de 2011 el hecho de que en España el fenómeno del terrorismo ya no sea habitual, como sí lo era antes del cese definitivo de la violencia de ETA (con excepción de la SAN 12/2017).

<sup>52</sup> STS 216/2017, de 29 de marzo (ponente: Francisco Monterde Ferrer).



## D) Redes sociales

Por otra parte, como se ha indicado, los casos recientes se refieren fundamentalmente a expresiones emitidas a través de redes sociales. Pues bien, el Tribunal Supremo no hace un análisis contextual de los diferentes elementos de los distintos medios en sus sentencias. Sí lo hace la Audiencia Nacional en la ya citada SAN 12/2017, en la que se realiza un estudio pormenorizado de los diferentes elementos de la red social y sus significados (*tuits*, *hashtags*, *retuits*, etc.), concluyendo que el imputado debía ser absuelto.

## E) La noción de «presos políticos»

También es errático el tribunal en relación con el uso de la noción de «presos políticos», considerándola, en ocasiones, constitutiva de enaltecimiento, y en otras, manifestación de la libertad de expresión. De nuevo, viene a colación la STS 224/2010, en la que el Tribunal Supremo entiende que la noción de «presos políticos» es una burda e inconsciente manifestación del lenguaje, que no entraña enaltecimiento. En contraste, en la STS 282/2013 se entiende que «con el calificativo de "presos políticos" [...] se está diciendo que son luchadores políticos y víctimas de una injusta persecución, con la clara finalidad de enaltecer los hechos que hubieran podido cometerse». El hecho de que una misma noción pueda quedar o no amparada bajo el paraguas de la libertad de expresión demuestra la poca sensatez del mantenimiento del delito en nuestro Código Penal.

### 3.4.2. La STC 112/2016

Hasta una fecha reciente, el Tribunal Constitucional no se había pronunciado acerca de la compatibilidad entre el derecho a la libertad ideológica y de expresión y el delito de enaltecimiento del terrorismo (se tomaban como base en el análisis jurisprudencial las SSTC 159/1986 –relativa al delito de apología– y 235/2007 –relativa a los delitos de enaltecimiento del genocidio–)<sup>53</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente al respecto en la STC 112/2016, de 20 de junio<sup>54</sup>, en relación con la ya expuesta STS 180/2012 (*vid. supra* 3.3.3), en la que se condenó a Tasio Erkizia con motivo de su participación en un homenaje al antiguo dirigente de ETA Argala. En ella señala el Tribunal Constitucional (de forma similar a la respuesta dada en la STC 235/2007) que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus actores requiere, para considerarse una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores –en tanto que manifestación del discurso del odio– que propi-

<sup>53</sup> SSTC 159/1986, de 16 de diciembre (ponente: Gloria Begué Cantón), y 235/2007, de 7 de noviembre (NCJ043010) (ponente: Eugeni Gay Montalvo).

<sup>54</sup> STC 112/2016, de 20 de junio (NCJ061437) (ponente: Juan Antonio Xiol Ríos).

cien o alienten, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Tal interpretación parece más razonable que las respuestas que había venido dando el Tribunal Supremo hasta el momento (señalando que «no integra una provocación ni directa ni indirecta») y es más coherente con la regulación actual de la Directiva 541/2017 de la Unión Europea. Sin embargo, la aplicación que hace el Tribunal Constitucional en la sentencia hace dudar de tal conclusión: entiende que sí concurre una incitación indirecta a la violencia por parte del sujeto. Ello es criticado –no sin razón– en el voto particular que pronuncia el magistrado Xiol Ríos, al considerar que en la sentencia no se ha llevado a cabo la labor de ponderación para verificar si la conducta era manifestación del derecho a la libertad de expresión o bien un riesgo (aunque indirecto) para los derechos de terceros o el orden constitucional. Por tanto, parece que la exigencia de que la conducta haya de consistir al menos en una incitación indirecta no tiene los efectos que cabría esperar, al menos, si la ponderación necesaria se hace como se ha hecho en la sentencia (es decir, si tal ponderación no se lleva efectivamente a cabo), y, por tanto (y a pesar del juicio de constitucionalidad que ha hecho el TC), cabe preguntarse si realmente se trata de una legítima injerencia en el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Aunque con reticencias iniciales, el Tribunal Supremo ha dictado distintas sentencias en las que asume la nueva doctrina constitucional. En la ya citada STS 378/2017, de 25 de mayo, se indica que es necesario acreditar con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento y también valorar el riesgo que se crea con el acto imputado. En el caso concreto, en el que un sujeto había compartido a través de la red social Facebook distintos mensajes, como «viva los Grapo», «ojalá vuelvan los Grapo y os pongan de rodillas», «feliz día del País Vasco Euskadi Ta Askatasuna», concluye que se debe estimar el recurso y absolver al acusado al no concurrir enaltecimiento del terrorismo:

Una cosa es proclamar o vociferar lo que el sujeto siente, decir sus deseos o emociones exteriorizándolos a rienda suelta, y otra que tal expresión se haga no de forma emotiva, sino para la racional finalidad de procurar que el mensaje mueva a otros (indirectamente al menos) a cometer delitos de terrorismo. Tampoco se prueba una mutación del estado de cosas de que la realización de delitos de terrorismo se vea aumentada ni un ápice.

Se llega a la misma conclusión en la citada STS 600/2017, de 25 de julio, en que se enjuiciaba a un sujeto que había compartido mensajes en los que daba la bienvenida a miembros de ETA que salían de prisión, despedía con honor a los miembros de ETA fallecidos refiriéndose a ellos como «las otras víctimas» o «soldados revolucionarios», etc., al no existir riesgo para la comisión de otros delitos de terrorismo y no constar que se realicen los actos con la finalidad de que se perpetren otros actos terroristas.

Igualmente, en la mencionada STS 52/2018, de 31 de enero, se entiende que la conducta enjuiciada no tiene ninguna aptitud de riesgo, especialmente al tener en cuenta que

los mensajes vertidos se referían principalmente a acontecimientos que habían tenido lugar antes de la instauración de la democracia (*vid. supra* 3.3.3. B).

No obstante, la jurisprudencia no ha sido unánime en la asunción de la doctrina, como ya se ha señalado. Así, p. ej. en la STS 79/2017 («caso Valtonyc») se hace referencia a la necesaria consideración de la finalidad o motivación y a la generación de riesgo, aunque no se constatan efectivamente (y difícilmente se puede presumir que genere riesgo para personas, terceros o para el sistema de libertades el contenido de una canción, sea este el que sea). Por otra parte, en la STS 706/2017 ya citada, no se tienen en cuenta las mencionadas exigencias y se confirma la condena por enaltecimiento del terrorismo a un individuo que comparte a través de redes sociales mensajes en los que homenajea a antiguos miembros de ETA despidiéndose de ellos con dignidad y honor, imágenes en las que se observa a miembros de ETA y vehículos militares explotando o imágenes con el nombre, logo y lema de ETA.

### 3.4.3. ¿Una legítima injerencia en el derecho a la libertad de expresión?

Muchos autores responden negativamente a esta pregunta. Cancio Meliá (2014, p. 222) explica que, unida la tipificación del delito de enaltecimiento del terrorismo a la tipificación del artículo 579 («delito de propaganda»), y otros –como el delito de amenazas terroristas del art. 170.2–, se obtiene, «en el plano del derecho sustantivo, una extensión de la tipificación de delitos terroristas hasta la mera manifestación de opinión», la mera adhesión ideológica. Alonso Rimo (2010, p. 45) señala, de igual forma, que tal restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión que comporta el castigo penal de este tipo de conductas «no resulta justificada»<sup>55</sup>. Se está castigando, en definitiva, la simple expresión de opiniones, «la difusión de ideas o doctrinas por sí misma, esto es, sin necesidad, al menos expresa, de que actúen provocando a la comisión de delito alguno» (Vives Antón, 2004, p. 427). Además, Vives Antón defiende que no cabe limitar la libertad de expresión sobre la base de los daños que se podrían producir eventualmente por su ejercicio: «aplantar la serpiente en el huevo, conminando penalmente la simple expresión de opiniones [...] revela una inadmisibles falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones» (Vives Antón, 2011, p. 825).

La Decisión Marco del Consejo 2008/919/JAI, de 28 de noviembre (que modifica la DM 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo) pretende garantizar el respeto a la libertad de expresión –derecho que conculca el art. 578–. Como señala García Albero (2011, p. 1.748), la Decisión Marco de 2008, al referirse a la incriminación de la

<sup>55</sup> En el mismo sentido Arias Castaño (2007, p. 26), Nieto Martín (2007, pp. 1.097-1.098), Vives Antón (2011, p. 825), García Albero (2011, pp. 1.746-1.750), Pérez Cepeda (2016, pp. 27 y 31) y García Rivas (2016, pp. 87-102).

provocación, advierte que «la expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera de ámbito de la [...] definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo»<sup>56</sup>. A pesar de ello, la jurisprudencia (tanto del TS como del TC en la reciente STC 112/2016) se refieren a tal decisión marco con aparente objeto de legitimar el delito, pero ¿qué refleja la casuística si no opiniones o expresiones controvertidas sobre cuestiones sensibles?

Amnistía Internacional (2017, p. 182), en su Informe 2016/2017 sobre la situación de los derechos humanos, ha denunciado que en España «persistió el uso del delito de "enaltecimiento del terrorismo" para procesar a personas que ejercían de manera pacífica su derecho a la libertad de expresión». En concreto, se refiere a la detención de los titiriteros, y señala que en 2016 la mayoría de las 25 sentencias condenatorias emitidas por la Audiencia Nacional en 2016 por enaltecimiento del terrorismo son «resultado de la operación Araña, que implicaba la interceptación de mensajes publicados en redes sociales». En su Informe sobre los Derechos Humanos 2017/2018 reiteró las denuncias, señalando que se utilizaba el delito para «procesar a activistas y grupos de la sociedad civil por opiniones expresadas en Internet y en redes sociales», y, añadiendo que «se procesó a decenas de personas por "enaltecimiento del terrorismo"», presentándose cargos, en muchos casos «contra personas que habían expresado opiniones que no constituían incitación a cometer un delito de terrorismo y que se inscribían entre las formas de expresión permisibles con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos» (Amnistía Internacional, 2018, pp. 55 y 189).

## 4. Valoración: Derecho penal del enemigo

### 4.1. Vulneración del derecho a la libertad de expresión

En primer lugar, y a pesar de lo que ha venido defendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, avalado recientemente por el Tribunal Constitucional, se ha podido comprobar que tal delito vulnera el derecho a la libertad de expresión. Se señala en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2000 –y así lo ha reiterado la jurisprudencia– que la Constitución protege a quienes tienen un pensamiento disidente con ella. Sin embargo, las conductas que se están castigando hacen dudar de esa conclusión, como ha denunciado gran parte de la doctrina y organizaciones como Amnistía Internacional. El denominado «discurso del odio» –que se ha utilizado para justificar la punición de la exaltación del terrorismo– no queda exento del derecho a la libertad de expresión, y más cuando la concreción de lo que

---

<sup>56</sup> En el mismo sentido, Nieto Martín (2007, p. 1.098) indica que es señal de la polémica que genera el delito de apología del terrorismo –al castigar meras opiniones– el hecho de que el mismo no se incluye en la DM de 2002.

es «odio» viene determinada por una jurisprudencia cambiante que en ocasiones considera que alcanza expresiones vertidas en canciones o en tono jocoso o sarcástico<sup>57</sup>.

De hecho, la casuística reciente, como se ha observado, acoge bajo el concepto de enaltecimiento del terrorismo, principalmente, casos de expresiones en redes sociales. En 2010, Alonso Rimo (2010, p. 41) apuntaba que, a la luz del panorama jurisprudencial, parece que «se puede acabar castigando cualquier cosa», y parece que se ha llegado a ese extremo. Si ya en origen parecía discutible la adecuación de precepto, hoy todavía más.

En este sentido, señala Cancio Meliá (2010, p. 285) que el delito funciona como una suerte de tabú a la expresión de determinadas opiniones. En definitiva, el delito de enaltecimiento del terrorismo es una muestra de la utilización del Derecho penal para controlar el pensamiento disidente (Mira Benavent, 2016, p. 111), pues castiga conductas que quedarían «amparadas por la libertad de expresión en un auténtico Estado democrático de Derecho» (García Rivas, 2016, p. 99), y presenta, a consecuencia, «graves problemas de legitimidad» (Nieto Martín, 2007, p. 1.098). En definitiva, se trata de un delito que, por su carácter, proyecta dudas acerca de la calidad de la democracia española y su sistema penal<sup>58</sup>.

#### 4.2. Adelantamiento de la barrera de punición e infracción de los principios de lesividad, última ratio y proporcionalidad; Derecho penal de autor y exclusión

En segundo lugar, los casos que se subsumen en la primera alternativa del artículo 578 no se basan en el hecho, en la lesión del bien jurídico, sino que son muestra de un Derecho penal de autor. Se aparta a quienes mantienen un «discurso del odio», justificando o enaltecendo al terrorismo o sus autores<sup>59</sup>.

Se adelanta, para ello, la barrera de protección, situándose en un estadio muy lejano a la lesión del bien jurídico: de hecho, como se ha visto, se castigan supuestos de expresiones publicadas en redes sociales que la policía investigó en el marco de la conocida como «operación Araña», y que hasta el momento de ser impulsada tal operación no ha-

<sup>57</sup> La vulneración del derecho a la libertad de expresión no solo excluye la antijuridicidad en cada caso en que se vulnera el ejercicio legítimo de un derecho a la libertad de expresión (aplicando el delito de enaltecimiento del terrorismo), sino que la propia existencia de un delito que sancione el «discurso del odio» supone una afectación clara de la libertad de expresión desde la legislación penal.

<sup>58</sup> En este sentido, señala Mira Benavent (2016, p. 106), es fundamental su supresión, en tanto que, como delito de opinión, constituye un indicio claro de que la democracia española pasa a ser una «democracia de carácter formal».

<sup>59</sup> Como se ha dicho, la interdicción del mencionado «discurso del odio» no es un verdadero bien jurídico que sea escindible del derecho a la libertad de expresión.

bían desencadenado ningún reproche (así lo denunció el pronunciamiento mayoritario en la SAN 12/2017):

La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social [...]. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública.

Como se ha indicado, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre la compatibilidad entre el delito de enaltecimiento del terrorismo y el derecho a la libertad de expresión, señalando que las conductas, para ser punibles, deben propiciar o alentar un riesgo (aunque sea indirecto) para las personas, los derechos de terceros o el sistema de libertades (aunque la aplicación práctica que el tribunal hace de tal requisito hace dudar de que tal exigencia sea efectiva, dejándola sin contenido)<sup>60</sup>. En la aplicación más reciente que el Tribunal Supremo ha hecho de dicho requisito se ha señalado que para que no sea tolerable penalmente una conducta de enaltecimiento (y, por tanto, para que no se excluya su tipicidad penal) debe generar el mencionado riesgo incrementando la comisión de delitos de terrorismo (p. ej. la citada STS 378/2017). Sin embargo, como se ha señalado, se trata de una interpretación cambiante que tampoco se ha mantenido constante en la actualidad ni se ha aplicado en la totalidad de casos presentados, como ya se ha señalado.

En vista de lo anterior, parece claro que los supuestos que se subsumen en la primera alternativa del artículo 578 no se basan en la lesión del bien jurídico, sino que son muestra de un Derecho penal de autor. Pese a que el delito respeta el principio de culpabilidad –en tanto que las conductas sancionadas en la práctica son dolosas y subsumibles en el tipo–, no se lesiona ni se pone en peligro ningún bien jurídico con su efectiva comisión. El delito trata de apartar a quienes mantienen un «discurso del odio», justificando o enaltecendo al terrorismo o sus autores. Ya en origen el delito pretendía castigar y excluir las opiniones de quienes constituían el «entorno político o ideológico» del terrorismo (Mira Benavent, 2016, p. 110) (conductas de autoafirmación) que, por muy reprochables que fueran moralmente, no lesionaban ningún bien jurídico. Pero hoy por hoy, como se ha visto, se condena a sujetos que profieren expresiones en redes sociales, que ni siquiera son «enaltecedoras» del terrorismo ni de sus autores. Expresiones con carácter sarcástico, irónico, o humorístico, proferidas por sujetos que no se identifican ideológicamente con la organización terrorista, y que en ningún caso pueden favorecer al terrorismo, ni, por tanto, lesionar bienes jurídicos como la «paz social».

En este sentido, explica Pérez Cepeda (2016, pp. 21-22 y 31), en el delito de enaltecimiento del terrorismo se ha producido un adelantamiento de la barrera de punición hasta la «fase de identificación»: una fase ideológica del pensamiento. En definitiva, en los delitos (como el enaltecimiento del terrorismo) en que se lleva a cabo una intervención anticipada y

<sup>60</sup> Vid. *supra* 3.4.2.

desvinculada del «hecho terrorista», se infringe el principio de lesividad de bienes jurídicos, que pasa a ser sustituido por un principio de precaución. Igualmente, Mira Benavent (2016, p. 104) señala que es un delito de opinión que recoge injustos «que carecen de un mínimo contenido material de lesión o de peligro para los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal de un Estado democrático». También Alonso Rimo (2010, p. 45) entiende que no se compecede con el principio de ofensividad<sup>61</sup>.

Se adelanta, por tanto, la barrera de protección, situándose en un estadio tan lejano a la lesión del bien jurídico que no es posible vislumbrar la relación de causalidad de las conductas con la posible lesión. La relación intrínseca entre el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos y otros principios del Derecho penal supone que estos también se vean afectados por este delito. En primer lugar, el principio de lesividad, al exigir en la imputación objetiva del resultado la creación de riesgo jurídicamente desaprobado, deja fuera del contenido de la tipicidad material aquellos comportamientos que no lesionan ningún bien jurídico. Sancionar conductas respecto de las que no se ha probado su lesividad *ex post* para el interés o bien jurídico concreto supone vulnerar el principio de tipicidad material (que tiene su reflejo en el principio de lesividad) (Corcoy Bidasolo, 2012, pp. 45-76). Por tanto, al vulnerar el delito de enaltecimiento del terrorismo el principio de lesividad, se vulnera también el de tipicidad en sentido material. En este sentido, señala Corcoy Bidasolo (2012, pp. 52-53) «la antijuridicidad material también se ve afectada» en tanto que se obvia el principio de lesividad, pues no es legítimo condenar por la realización formal de los elementos típicos (antijuridicidad formal) sin probar que en el caso concreto se produce una lesión (antijuridicidad material). Como se ha indicado, en la práctica se castigan conductas que en ningún caso lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos, por lo que también este principio se ve vulnerado.

En segundo lugar, se vulnera el principio de proporcionalidad, del que se deriva el principio de lesividad, y que exige que exista una adecuada ponderación entre el bien jurídico protegido y la gravedad de la pena. Ha quedado patente que no existe peligro ni lesión a bienes jurídicos en las conductas subsumibles en el delito de enaltecimiento del terrorismo, por lo que establecer penas de prisión sin tener en cuenta el adelantamiento de la barrera de punición y la falta de lesión al bien jurídico supone una clara infracción al principio de proporcionalidad.

---

<sup>61</sup> No obstante, no faltan autores que han criticado la consideración de que los delitos apologeticos no lesionan ningún bien jurídico, si bien suelen entender que la lesión no es de entidad suficiente para sancionar conductas que integran el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, Vives Antón (2004, pp. 820-826) ha expresado que las conductas que integran los delitos de apología no son inocuas. No obstante, entiende que son criticables en tanto que deberían ser amparadas por el derecho a la libertad de expresión. Igualmente, Cuerda Arnau (2008, pp. 61-97) indica que las conductas de enaltecimiento del terrorismo no son inocuas: evitar la inestabilidad social que genera el «lenguaje del odio o de la violencia» es un valor, pero «para tutelarlos se sancionan penalmente conductas que en algunos casos son ejercicio de la libertad de expresión». En sentido contrario, Ruiz Landáburu (2002, p. 80) entiende que las conductas que integra el delito no están en absoluto amparadas por la libertad de expresión y constituyen una lesión al bien jurídico protegido, que es la paz social y el mantenimiento del orden constitucional.

En tercer lugar, se infringen los principios de fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho penal. El principio de fragmentariedad (que exige que solo se sancionen por medio del Derecho penal las conductas más graves) es claramente vulnerado por el delito de enaltecimiento del terrorismo, pues las conductas sancionadas no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos, y, como se ha señalado, deberían estar amparadas por el derecho constitucionalmente protegido a la libertad de expresión. El principio de *ultima ratio* también se infringe con el delito de enaltecimiento del terrorismo, pues a pesar de que las conductas comprendidas en la primera alternativa del artículo 578.1 se pueden considerar moral o socialmente reprochables, no legitiman la intervención del Derecho penal: una política educativa sería suficiente (y mucho más eficaz, probablemente).

En definitiva, se abandonan los principios del Derecho penal del hecho para pasar a un Derecho penal de autor, en el que se intenta «neutralizar al entorno político o ideológico de la organización» (Pérez Cepeda, 2016, p. 110), excluyendo a una categoría de sujetos concebidos como peligrosos, y que cada día se alejan más de tal entorno: se expresan en redes sociales, escriben canciones y están disociados completamente de la adhesión –si quiera «ideológica»– a la organización terrorista.

Así, como indica Mira Benavent, la razón de ser del delito de enaltecimiento del terrorismo es la de actuar contra el entorno político-ideológico de las organizaciones terroristas (Pérez Cepeda, 2016, p. 108). En definitiva, se observa que la primera alternativa del artículo 578 cumple la función que se identifica con el Derecho penal del enemigo: la exclusión de una categoría de sujetos, que son quienes desarrollan un discurso de justificación o enaltecimiento del terrorismo (conceptos que incluyen, cada vez, un mayor elenco de conductas). Se alza así lo subjetivo sobre lo objetivo-organizativo, como señala Pérez Cepeda (2016, p. 31).

### 4.3. Del entorno político-ideológico a los usuarios de redes sociales

En adición, se ha explicado ya que la primera alternativa del artículo 578 tenía por objetivo, en origen, no tanto perseguir a quienes cometen actos terroristas sino al entorno político-ideológico del terrorismo: se trataba ya de un delito de opinión. Hoy la situación es todavía más grave: los condenados por enaltecimiento son mayoritariamente usuarios de redes sociales que plantean ya no solo expresiones de ensalzamiento o justificación del terrorismo o de sus autores, sino también expresiones irónicas o sarcásticas. Expresiones de individuos que son difícilmente encuadrables en el entorno político-ideológico del terrorismo.

Se observa, por tanto, en el artículo 578 el carácter del Derecho penal del enemigo, que por su naturaleza «acaba extendiendo su lógica más allá del campo de regulación inicial, contaminando el derecho penal en su conjunto» (Cancio Meliá, 2008, p. 86). En este caso, se ha terminado aplicando la legislación antiterrorista a sujetos que no tienen conexión al-



guna (ni ideológica –aunque esto no habría de ser relevante para el Derecho penal–) con las organizaciones terroristas.

#### 4.4. La situación ante el cese definitivo de la violencia de ETA

En otro orden de cosas, como señala el magistrado Andrés Ibáñez en su voto particular a la STS 4/2017, lo que convierte en criminales las conductas del delito de enaltecimiento del terrorismo es su aptitud para favorecer la comisión de delitos de terrorismo. Es decir, el fin último del delito es evitar que se estimulen tales delitos. Por tanto, es preciso que tales conductas sean funcionalmente capaces de favorecerlos. Las conductas penadas no favorecen al terrorismo en ningún caso, pero menos en el momento actual. Tras el cese definitivo de la violencia de ETA (en octubre de 2011) y el reciente desarme del 8 de abril de 2017 –y considerando que su último atentado en España fue perpetrado en 2009–, parece que en ningún caso las conductas pueden favorecer a quienes cometan delitos terroristas. Como señala Cancio Meliá (2016, p. 65), la dimensión de especial riesgo derivada de la existencia de una organización terrorista desaparece con el cese definitivo de la violencia.

Pese a ello, se ha producido una expansión tanto legal como jurisprudencial en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo. Legalmente, la reforma de 2015 eleva la pena del tipo básico hasta tres años, e introduce dos supuestos agravantes, permitiendo, uno de ellos, elevarla a la pena superior en grado –lo hace, además, como denuncia Campo Moreno (2015, p. 78), sin explicación ni justificación en el debate parlamentario ni en el preámbulo–. Jurisprudencialmente, se observa que la interpretación cada vez más amplia que realizan los tribunales supone tanto una multiplicación de condenas por enaltecimiento (Mira Benavent, 2016, pp. 105 y ss.) como el hecho de que se subsuman en la primera alternativa del artículo 578 supuestos cada vez más extravagantes. Tales sentencias, además, condenan en su mayoría supuestos referidos al terrorismo de ETA a pesar de haber transcurrido más de un lustro desde el cese definitivo de la violencia. Javier Zaragoza (Gutiérrez Calvo, 23 de abril de 2017), ex fiscal jefe de la Audiencia Nacional lo justificaba en una reciente entrevista: «No debemos perder de vista que ETA sigue siendo una banda terrorista, y que el hecho de que no cometa atentados desde hace años no significa que puedan alabarse o elogiarse sus crímenes».

En definitiva, se trata de un Derecho de excepción que se ha normalizado, incluyéndose en la legislación penal ordinaria, y vulnerando claramente el principio de *ultima ratio*.

#### 4.5. ¿Competencia de la Audiencia Nacional?

Por último, cabe también hacer una breve referencia a la cuestión procesal. Se ha indicado (*vid.* 3.2.2) que el delito de enaltecimiento del terrorismo no es un delito de terrorismo, como ha reconocido la jurisprudencia. Sin embargo, de las causas de enaltecimiento del terrorismo

conoce la Audiencia Nacional –a pesar de que, como señala Lamarca Pérez (2010, p. 448), no tiene competencia para ello, pues la DT de la LO 4/1988 solo le atribuye la competencia en materia de «causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas», por lo que la competencia correspondería a la jurisdicción ordinaria<sup>62</sup>. El hecho de que conozca la Audiencia Nacional supone una merma de garantías (se ha cuestionado la compatibilidad del conocimiento de la AN con el juez natural y el principio de inmediación, así como la eficacia de la intervención judicial como modo de control de la suspensión de los derechos, puesto que «sustituye una intervención real y directa por una intervención ritual y honoraria que difícilmente puede garantizar una auténtica fiscalización de la actuación gubernativa») (Lamarca Pérez, 2016a, pp. 179 y 201 y ss.).

#### 4.6. Principio de taxatividad y seguridad jurídica

Tampoco se compadece la configuración actual del delito de enaltecimiento del terrorismo con el principio de taxatividad (exigencia del principio de legalidad, que necesariamente ha de regir los ordenamientos penales, y que es base fundamental para la seguridad jurídica), pues utiliza, en uno de sus supuestos agravados, conceptos jurídicos indeterminados. El apartado 3 del artículo 578 establece un supuesto hiperagravado para el supuesto de que las conductas «a la vista de las circunstancias, resulten idóneas» para alterar gravemente la paz pública. Como señala Cano Paños (2015, pp. 905-951 y 2017), las expresiones utilizadas son muy ambiguas y no se compadecen con el principio de taxatividad, dejando un amplio margen de decisión en el juez.

#### 4.7. Derecho penal del enemigo y exclusión

En virtud de lo descrito puede concluirse que el delito de enaltecimiento del terrorismo en España es una manifestación clara del Derecho penal del enemigo. Las conductas castigadas son expresiones tan lejanas a la puesta en peligro del bien jurídico que cuesta vislumbrar la relación de causalidad entre las mismas y la lesión, vulnerando claramente el principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Además, se infringen el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de proporcionalidad, cuya necesaria

---

<sup>62</sup> Sin embargo, el TS señaló en el Auto de la Sala Segunda de 14 de junio de 2002 (ponente: Perfecto A. Andrés Ibáñez) que los delitos del artículo 578 del CP «no son delitos de terrorismo [...]. Ahora bien, unos y otros son delitos que guardan evidente relación. Tanta, que los primeros no podrían producirse, y ni siquiera explicarse, sin los segundos. Los de apología, son, pues, delitos estrechamente relacionados con los de terrorismo, que es lo que puede explicar su inclusión en la misma sección del Código Penal» y, al no estar las normas de determinación de la competencia sometidas al mismo canon estricto de legalidad que las normas sancionadoras aquellas admiten «ductilidad en la interpretación», concluye el TS, admitiendo la competencia de la Audiencia Nacional.

observancia la ha reiterado el Tribunal Constitucional cuando se enjuicien posibles vulneraciones de normas constitucionales (y, con ellos, el principio de tipicidad material). Y ello con mayor intensidad desde el cese definitivo de la violencia de ETA, ya que las conductas que se castigan no pueden favorecer, en ningún caso, la comisión de delitos de terrorismo (cuando las conductas enjuiciadas se refieren, en su mayoría, a la exaltación del terrorismo de ETA o sus integrantes). Además, se regula por normas penales que establecen penas excesivamente graves (especialmente desde la reforma de 2015), sin tener en consideración la anticipación de la barrera de punición –y más tratándose de supuestos en que, como ha reconocido la jurisprudencia, los límites con la libertad de expresión no están claros–.

En adición, se produce claramente la exclusión de una categoría de sujetos (función del Derecho penal del enemigo). En origen, identificados con el ámbito ideológico-social identificado con y legitimador de ETA. Ahora, personas que profieren expresiones a través de redes sociales. En definitiva, cabe pensar que, frente a lo que dice la jurisprudencia, sí se está penalizando el pensamiento disidente con la Constitución, excluyendo las ideologías más «hostiles» con el sistema. En definitiva, la primera alternativa del artículo 578 es una manifestación evidente del Derecho penal del enemigo.

La oposición del Derecho penal del enemigo al Estado de Derecho es clara, pues se oponen al Derecho penal del hecho y de la culpabilidad, como indican Feijóo Sánchez (2006, pp. 154-155) y Cancio Meliá (2002, p. 87), entre otros, y al carácter reactivo, de acuerdo con principios y garantías de la actuación estatal (y no proactivo, que es el propio del Derecho penal del enemigo), como señala Demetrio Crespo (2016, pp. 35-45). Por ello, el artículo 578 pone en duda el grado de efectividad del artículo 1 de la Constitución española: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho», al ser una manifestación del Derecho penal del enemigo, siendo, en definitiva, necesaria su supresión para reforzar nuestro Estado de Derecho y su Derecho penal.

## 6. Conclusiones

El delito de enaltecimiento del terrorismo es una manifestación clara del Derecho penal del enemigo. En primer lugar, se adelanta la barrera de punición hasta la mera manifestación de opiniones, alejándose claramente de la lesión del bien jurídico. En adición, como consideran muchos autores, el delito supone una vulneración del derecho constitucionalmente protegido a la libertad de expresión, pues así lo avala la casuística. En segundo lugar, las penas previstas para tales conductas no son proporcionales con el adelantamiento de la punibilidad (se trata de penas privativas de libertad, que, además, son elevadas en la reforma del Código Penal de 2015).

En adición, el cese de la violencia armada de ETA en 2011 no llevó a una disminución de las condenas por el delito de enaltecimiento del artículo 578. En su lugar, tuvo lugar una

expansión tanto legal (a través de la reforma por la Ley Orgánica 2/2015) como jurisprudencial (multiplicación de los casos, enjuiciándose ahora, principalmente, expresiones que se vierten en redes sociales).

Por otra parte, queda claro en la revisión casuística que la gran mayoría de las sentencias condenatorias versan sobre el enaltecimiento del terrorismo de ETA (o los Grapo) y no sobre terrorismo global en red fundamentado en el yihadismo –que es el que hoy puede suponer un peligro y con base en el cual se han justificado las modificaciones normativas de 2015–.

Se observa así que el delito es un delito «de opinión», una manifestación del Derecho penal de autor, que cumple la función del Derecho penal del enemigo: la exclusión de una categoría de sujetos, como enemigos. Tales sujetos se identificarían con el entorno político-ideológico de ETA. En inicio, se justificaba porque un sector amplio de la sociedad vasca legitimaba la actuación terrorista de ETA, de forma que el artículo 578, en su primera alternativa, perseguía actuar frente a los actos de cohesión de ese segmento social que se identificaba con ETA. Sin embargo, hoy, desaparecidos tales actos, los sujetos excluidos por el delito de enaltecimiento del terrorismo son personas que emiten tuits o realizan comentarios en Facebook: personas que se expresan en redes sociales y que difícilmente son identificables con ETA (organización terrorista desarticulada, por cierto, hace ya años), ni con otra organización terrorista (incluso desde un punto de vista ideológico). Por tanto, se puede observar el potencial expansivo del delito, consecuencia del populismo punitivo y de la utilización simbólica del Derecho penal.

Por ello, el delito es difícilmente compatible, como manifiestan muchos autores, con el Derecho penal propio de un Estado democrático y de Derecho. No se conjuga con el Derecho penal del hecho y los principios de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, tipicidad material, *ultima ratio* y fragmentariedad. En adición, y más allá de lo establecido por la jurisprudencia, es un delito difícilmente compatible con el derecho a la libertad ideológica y de expresión.

En definitiva y para concluir, parece indicado, tras el cese de la violencia de ETA en 2011 (y el desarme de ETA de 8 de abril de 2017), que la legislación penal se encamine hacia una «normalización», poniendo fin a la legislación penal de excepción que se ha incluido en la normativa penal ordinaria (Gil Gil, 2015, p. 360). Tal normalización incluiría la supresión del delito de enaltecimiento del terrorismo recogido en la primera parte del artículo 578.1, supresión que, como se ha visto, es aclamada por una parte importante de la doctrina, y favorecería el fortalecimiento del Estado de Derecho y de la libertad de expresión.

## Referencias bibliográficas

- Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y la lucha contra el terrorismo entre PP y PSOE. (2015). Recuperado de <<http://www.rtve.es/noticias/>>.
- Acuerdo por las libertades y contra el terrorismo entre PP y PSOE. (2000). Recuperado de <<http://www.lamoncloa.gob.es/>>.
- Aizpeolea, L. R. (6 de septiembre de 2010). ETA proclama otro alto el fuego. *El País*. Recuperado de <<http://elpais.com/>>.
- Aizpeolea, L. R. (17 de marzo de 2017). ETA anuncia su desarme unilateral e incondicional para el 8 de abril. *El País*. Recuperado de <<http://politica.elpais.com/>>.
- Ambos, K., Malarino, E. y Steiner, C. (2015). *Terrorismo y Derecho penal*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Amnistía Internacional. (2017). *Informe 2016/2017. Situación de los Derechos Humanos en el mundo*.
- Amnistía Internacional. (2018). *Informe 2017/2018. La situación de los Derechos Humanos en el mundo*.
- Albin, D. (3 de abril de 2017). Interior niega que sean delito las amenazas contra la víctima vasca del atentado de Berlín. *Público*. Recuperado de <<http://www.publico.es/>>.
- Alonso Rimo, A. (2010). Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales. *Revista Derecho Penal y Criminología*, A, 3.ª época, 4, 13-80. Recuperado de <<http://e-spacio.uned.es/>>
- Arias Castaño, A. (2007). Amenazas, Enaltecimiento del Terrorismo y Libertad de Expresión: El caso de De Juana Chaos. *Indret*, 4, 1-28. Recuperado de <<http://www.indret.com/>>.
- Asúa Batarrita, A. (2006). El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, «finalidades terroristas» y conductas periféricas. En M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez. (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (pp. 238-276). Madrid: Edisofer.
- Barroux, R. (17 de marzo de 2017). Le désarmement de l'organisation ETA, un casse-tête pour l'Etat. *Le Monde*. Recuperado de <<http://www.lemonde.fr/>>.
- Beck, U. (2002). *Sobre el terrorismo y la guerra*. Buenos Aires: Paidós Ibérica.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (1988). *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XI (pp. 28-60).
- Bustos Ramírez, J. (2004). In-seguridad y lucha contra el terrorismo. En M. G. Losano y F. Muñoz Conde. (Dirs.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. «Cedant arma togae» (pp. 403-410). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Campo Moreno, J. C. (2015). *Comentarios a la Reforma del Código Penal en materia de terrorismo: La LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cancio Meliá, M. (2002a). «Derecho penal» del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000. *Jueces para la Democracia*, 44, 19-26.
- Cancio Meliá, M. (2002b). ¿«Derecho penal» del enemigo? En G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (pp. 19-56). Pamplona: Civitas.
- Cancio Meliá, M. (2008). «Derecho penal» del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günter Jakobs. En

- M. Cancio Meliá, B. Feijóo Sánchez y G. Jakobs, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad* (pp. 63-87). Pamplona: Civitas.
- Cancio Meliá, M. (2010a). Delitos de terrorismo. En F. J. Álvarez García y J. L. González Cussac, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (pp. 521-532). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cancio Meliá, M. (2010b). *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*. Madrid: Reus.
- Cancio Meliá, M. (2014). Los delitos de terrorismo en Derecho penal español. En A. Scarance Fernandes y M. Zilli, *Terrorismo e justiça penal. Reflexões sobre a eficiência e o garantismo* (pp. 184-226). São Paulo: Editora Fórum.
- Cancio Meliá, M. (2015). La reforma penal: frivolidad, desvarío y populismo punitivo. *El Notario del s. XXI*, 60, 44-46.
- Cancio Meliá, M. (2016a). El derecho penal antiterrorista español tras la reforma del 2015. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, 5, 35-58.
- Cancio Meliá, M. (2016b). Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia. En A. Cuerda Riezu, *El derecho penal ante el fin de ETA* (pp. 45-66). Madrid: Tecnos.
- Cancio Meliá, M., Feijóo Sánchez, B. y Jakobs, G. (2008). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*. Pamplona: Aranzadi.
- Cano Paños, M. Á. (2015). La reforma de los delitos de terrorismo. En L. Morillas Cueva, *Estudios sobre el Código Penal Reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015* (pp. 905-951). Madrid: Dykinson.
- Cano Paños, M. Á. (2017). La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. *ReDCE*, 27, no paginado.
- Carvajal, Á. y Hernández, M. (28 de marzo de 2017). PP y PSOE arremeten contra Podemos por querer eliminar el delito de enaltecimiento. *El Mundo*. Recuperado de <<http://www.elmundo.es/>>.
- Castellví Monserrat, C. (2015). Capítulo VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo. En M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (pp. 1.732-1.734). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.). (2012). *Código Penal Comentado*. Tomo II. Hospitalet de Llobregat: Bosch.
- Congreso de los Diputados. *Diario de Sesiones*. Recuperado de <<http://www.congreso.es/>>.
- Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V. y Besio Hernández. (2011). Arts. 563-580. En M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010* (pp. 1.103-1.129). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corcoy Bidasolo, M. (2012). Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, 8, 45-76.
- Corcoy Bidasolo, M. y Vera Sánchez, S. (2016). *Manual de Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuerda Arnau, M. L. (2008). Terrorismo y libertades políticas. *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 3, 61-97. Recuperado de <<http://repositori.uji.es/>>.
- Cuerda Riezu, A. (Dir.). (2016). *El derecho penal ante el fin de ETA*. Madrid: Tecnos.
- Demetrio Crespo, E. (2006). Derecho penal del enemigo *darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado «Derecho penal del enemigo». En M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (Coords.), *Derecho penal del*

- enemigo. El discurso penal de la exclusión* (pp. 473-509). Madrid: Edisofer.
- Demetrio Crespo, E. (2016). Derecho Penal del enemigo y teoría del derecho. En G. Portilla Contreras y A. Pérez Cepeda. (Dirs.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis político criminal* (pp. 35-45). Salamanca: Ratio Legis.
- Elbal, I. (19 de enero de 2017). Caso Strawberry: ¿sin justicia hasta Estrasburgo? *Eldiario.es*. Recuperado de <<http://www.eldiario.es/>>.
- Escrivá, Á. (20 de octubre de 2011). ETA anuncia el cese definitivo de su «actividad armada». *El Mundo*. Recuperado de <<http://www.elmundo.es/>>.
- Europa Press. (16 de febrero de 2017). El Parlamento de Navarra pide que se modifique la calificación de terrorismo en el Código Penal. *La Vanguardia*. Recuperado de <<http://www.lavanguardia.com/>>.
- Fasani, F. (2016). *Terrorismo islámico e diritto penale*. Milán: Wolters Kluwer.
- Feijóo Sánchez, B. (2006). El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, 16, 131-186.
- Ferrajoli, L. (2006). Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal. *Nuevo Foro Penal*, 13-31.
- France Presse. (30 de marzo de 2017). Spanish woman given jail term for tweeting jokes about Franco-era assassination. *The Guardian*. Recuperado de <<https://www.theguardian.com/>>.
- García Albero, R. (2011). Artículo 578. En G. Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (pp. 1.746-1.750). Aranzadi.
- García Albero, R. (2016). Artículo 578: Doctrina-comentario. En G. Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi Digital.
- García de Blas, E. (27 de marzo de 2017). Podemos pide en el Congreso suprimir el delito de enaltecimiento del terrorismo. *El País*. Recuperado de <<http://politica.elpais.com/>>.
- García Rivas, N. (2016). Legislación penal española y delito de terrorismo. En Portilla Contreras y Pérez Cepeda, *Terrorismo y contraterrorismo en el s. XXI* (pp. 87-102). Salamanca: Ratio Legis.
- Gil, A. (2015). La expansión de los delitos de terrorismo en España a través del delito de pertenencia a organización terrorista. En K. Ambos, E. Malarino y C. Steiner, *Terrorismo y Derecho penal* (pp. 331-364). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Giménez García, J. (2007). Arts. 571 a 580. En C. Conde-Pumpido Tourón, *Comentarios al Código Penal* (pp. 3.706-3.710). Barcelona: Bosch.
- González Cussac, J. L. (Dir.). (2015). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Cussac, J. L. (Coord.). (2016). *Derecho penal parte especial*. (5.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guenaga, A. (17 de marzo de 2017). ETA anuncia su desarme total para el 8 de abril. *Eldiario.es*. Recuperado de <<http://www.eldiario.es/>>.
- Gutiérrez Calvo, V. (23 de abril de 2017). Entrevista a Javier Zaragoza: «Es posible que en algunos casos la cárcel sea desproporcionada». *El País*. Recuperado de <<http://politica.elpais.com/>>.
- Jackson, R. (2016). *Routledge Handbook of Critical Terrorism Studies*. Abingdon: Routledge.
- Jakobs, G. (2003). Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. En

- G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (pp. 57-102). Pamplona: Civitas.
- Jakobs, G. (2008). ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. En M. Cancio Meliá, B. Feijóo Sánchez y G. Jakobs, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad* (pp. 23-60). Pamplona: Civitas.
- Lamarca Pérez, C. (2010). Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: El caso español. En J. R. Serrano-Piedecabras y E. Demetrio Crespo, *Terrorismo y Estado de Derecho* (pp. 436-455). Madrid: Iustel.
- Lamarca Pérez, C. (2016a). La excepcionalidad procesal en materia de terrorismo. Una visión general. En Cuerda Riezu, A. (Coord.), *El derecho penal ante el fin de ETA* (pp. 197-210), Madrid: Tecnos.
- Lamarca Pérez, C. (2016b). Legislación penal española y delitos de terrorismo: la suspensión de garantías. En Portilla Contreras y Pérez Cepeda. (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis político-criminal* (pp. 174-191). Salamanca: Ratio Legis.
- Llobet Angli, M. (2010). *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. Vizcaya: La Ley.
- Manifiesto de catedráticos de Derecho penal contra la Reforma de 2015. Recuperado de <<http://www.ub.edu/>>.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2007). Prólogo. En P. Faraldo Cabana. (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración* (pp. 9-14). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Marraco, M. (19 de enero de 2017). 30 tuits que son delito. *El Mundo*. Recuperado de <<http://www.elmundo.es/>>.
- Mira Benavent, J. (1987). El caso del diario «Egin»: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2, 505-528. Recuperado de <<https://boe.es/publicaciones/>>.
- Mira Benavent, J. (2016). Consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo. En G. Portilla Contreras y A. I. Pérez Cepeda. (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis político-criminal* (pp. 103-114). Salamanca: Ratio Legis.
- Montero Aroca, J. (2014). *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2004). El nuevo Derecho penal autoritario. En M. G. Losano y F. Muñoz Conde, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. «Cedant arma togae»* (pp. 161-183). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2013). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2016). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Murphy, C. C. (2015). *EU counter-terrorism law. Pre-emption and the rule of law*. (Expanded edition). Londres: Bloomsbury Publishing.
- Nieto Martín, A. (2007). Comentarios a los Arts. 563-603. En AA. VV., *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel, pp. 1.081-1.103.
- Okura de Almeida, Á. y Bazzano, A. (2014). 11 de setembro e o discurso do terror. En A. Scarance Fernandes y M. Zilli, *Terrorismo e justiça penal. Reflexões sobre a eficiência e o garantismo* (pp. 73-102). São Paulo: Editora Fórum.



- Pérez, F. J. (29 de junio de 2016). Archivada la causa por enaltecimiento del terrorismo contra los titiriteros. *El País*. Recuperado de: <<http://politica.elpais.com/>>.
- Pérez Cepeda, A. I. (2007a). Del Derecho penal como Carta magna de la víctima al programa social del Derecho penal en el Estado de Bienestar. En F. Pérez Álvarez. (Ed.), *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero* (pp. 611-626), Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Pérez Cepeda, A. I. (2007b). El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal. En P. Faraldo Cabana. (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración* (pp. 95-159). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Cepeda, A. I. (2016). La radicalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista. En G. Portilla Contreas y A. I. Pérez Cepeda. (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis político criminal* (pp. 17-34). Salamanca: Ratio Legis.
- Pinheiro, M. (24 de marzo de 2017). La Audiencia Nacional reprocha a la Guardia Civil sus métodos de investigación en Twitter. *Eldiario.es*. Recuperado de <<http://www.eldiario.es/>>.
- Quintero Olivares, G. (2011). *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo II. Pamplona: Aranzadi.
- Ramos Vázquez, J. A. (2008). Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo. *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*. Recuperado de <<http://hdl.handle.net/2183/7420>>.
- Rodríguez, J. A. (28 de mayo de 2014). 21 detenidos por enaltecimiento del terrorismo a través de Internet. *El País*. Recuperado de <<http://politica.elpais.com/>>.
- Rodríguez Fouz, M. (2010). Batallas simbólicas. La lucha por el espacio público en Euskadi. *International Journal on Collective Identity Research*. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/>>.
- Rodríguez Puerta, M. J. (2008). Artículo 578. En G. Quintero Olivares. (Dir.), *Comentarios al Código Penal* (pp. 1.152-1.153). Pamplona: Aranzadi.
- Ruiz Landáburu, M. J. (2002). *Provocación y apología: delitos de terrorismo*. Madrid: Colex.
- Sánchez, R. (12 de febrero de 2016). Nunca se ha juzgado a nadie en España por «enaltecimiento del terrorismo» en una obra de ficción. *Eldiario.es*. Recuperado de <<http://www.eldiario.es/>>.
- Senado. (3 de marzo de 2015). *Diario de Sesiones*. Recuperado de <<http://www.senado.es/>>.
- Senado. (11 de marzo de 2015). *Diario de Sesiones*. Recuperado de <<http://www.senado.es/>>.
- Senado. (23 de marzo de 2015). *Diario de Sesiones*. Recuperado de <<http://www.senado.es/>>.
- Serrano-Piedecabras Fernández, J. R. (1988). *Emergencia y crisis del estado social: análisis de su excepcionalidad y motivos de su perpetuación*. Barcelona: PPU.
- Terradillos Basoco, J. M. (2010). El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo. En J. R. Serrano-Piedecabras y E. Demetrio Crespo, *Terrorismo y Estado de Derecho* (pp. 271-291). Madrid: lustel.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. (2.<sup>a</sup> ed.). Pamplona: Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (Dir.). (2011). *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Barcelona: Atelier.

- Vives Antón, T. S. (2004). Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: El problema de la apología del terrorismo. *Estudios penales y criminológicos*, 25, 401-441. Recuperado de <<https://minerva.usc.es/>>.
- Vives Antón, T. S. (2011). *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vives Antón, T. S. (2015). La reforma penal de 2015: Una valoración genérica. En J. L. González Cussac. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (pp. 18-30). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el Derecho penal*. Buenos Aires: Dykinson.
- Zaffaroni, E. R. (2010). El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento. En J. R. Serrano-Piedecasas y E. Demetrio Crespo. *Terrorismo y Estado de Derecho* (pp. 361-380). Madrid: Iustel.
- Zaragoza Aguado, J. A. (2010). Comentario a la Sección 2.ª del Capítulo VII. En M. Gómez Tomillo. (Dir.), *Comentarios al Código Penal* (pp. 1.940-1.946). Valladolid: Lex Nova.
- Zilli, M. (2014). O terrorismo como causa, o horror como consequência e a liberdade como vítima. En A. Scarance Fernandes y M. Zilli, *Terrorismo e justiça penal. Reflexões sobre a eficiência e o garantismo* (pp. 22-71). São Paulo: Editora Fórum.
- Zúñiga Rodríguez, L. (1999). Sobre la resocialización de los presos terroristas. *Jueces por la Democracia*, 35, 28-30.