



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTRAPOSICIÓN A LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO

Alumno: Brenda Melina Rendón Arequipa

Mayo, 2020

ÍNDICE

RESÚMEN	3
ABSTRACT	3
ABREVIATURAS	4
1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN	6
2.1 PRECEDENTES Y REGULACIÓN INTERNACIONAL.....	6
2.2 CONCEPTO.....	11
2.3 ACEPCIONES ESPECÍFICAS.....	14
2.3.1 LIBERTAD DE OPINIÓN	14
2.3.2 LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA.....	16
2.4 LIMITACIONES	18
3. APOLOGÍA AL TERRORISMO.....	22
3.1 PRECEDENTES	24
3.2 CONCEPTO.....	28
3.3 DIFERENCIA CON EL ENALTECIMIENTO DEL ODIO	30
3.4 ELEMENTOS	32
4. TEMÁTICA DE ENLACE	37
5. CONCLUSIÓN	45
6. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....	46
7. BIBLIOGRAFÍA	49

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTRAPOSICIÓN CON EL ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO

RESÚMEN

El presente trabajo está orientado a la exposición de dos grandes posiciones reguladas por el ordenamiento jurídico español: la libertad de expresión y la apología al terrorismo. Ambos son manifestados en el momento en que una opinión personal sobrepasa los límites establecidos por la Constitución española y pasa a ser considerada dicha opinión subjetiva constitutiva de un delito tipificado por el Código Penal. Por ello, para saber cómo se ha llegado a la actual regulación vigente, se expondrán los antecedentes de ambas, para, a continuación, centrarnos en el desarrollo de la libertad de expresión, sus acepciones específicas y sus límites. De igual modo, se desarrollará la apología al terrorismo y los elementos que la constituyen, abordando siempre la finalidad que persigue, que es condenar el abuso del precepto constitucional enunciado. Además, la presencia de la jurisprudencia quedará reflejada a lo largo de este trabajo así como la doctrina más relevante que se haya manifestado respecto a este tema.

Palabras clave: libertad de expresión, apología del terrorismo, Constitución Española, Código Penal, límites, jurisprudencia y doctrina.

ABSTRACT

The project is oriented to the exposition of two big positions regularized by Spanish legal system: freedom of expression and apology of terrorism. Both of them are manifested at the moment when a personal opinion exceed the limits established by Spanish Constitution and that opinion will be considered a crime by Penal Code. Therefore, to know how the current regulations have been reached, the background of both of them will be exposed, then we will focus in the development of freedom of expression, its specific meanings and its limits. In the same way, it will exposed apology of terrorism and its mean features, always proposing the purpose which is condemn the abuse of the stated constitutional provision. Besides, the presence of jurisprudence will be reflected throughout this project as well as the most relevant doctrine that has been pronounced on this topic.

Key words: freedom of expression, apology of terrorism, Spanish Constitution, Penal Code, limits, jurisprudence and doctrine.

ABREVIATURAS

- **ARP** Sentencias de Audiencia Provincial, Audiencia Nacional y Tribunal Superior de Justicia en materia penal (Aranzadi).
- **CE** Constitución Española.
- **CP** Código Penal.
- **ETA** Euskadi Ta Askatasuna.
- **GRAPO** Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre.
- **LO** Ley Orgánica.
- **RCL** Repertorio Cronológico de Legislación.
- **RJ** Repertorio de Jurisprudencial.
- **RTC** Repertorio del Tribunal Constitucional.
- **SAN** Sentencia de la Audiencia Nacional.
- **STC** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- **STEDH** Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- **STS** Sentencia del Tribunal Supremo.
- **TC** Tribunal Constitucional.
- **TEDH** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- **TS** Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

Me gustaría empezar este Trabajo de Fin de Grado haciendo alusión a cuáles son las motivaciones por las que me he decantado por el tema en cuestión que posteriormente desarrollaré.

En primer lugar, tanto el Derecho Constitucional despertó cierto interés particular en mí por el reflejo de la manera en la que las personas, en su vida cotidiana, lo viven y lo manejan de la misma manera en que defienden sus derechos fundamentales cuando notan cierta limitación a la hora de poder expresarse.

El derecho fundamental a la libertad de expresión es un tema ciertamente controvertido y delicado en la actualidad por la múltiple visión que se le puede dar a una idea y la manera en que es utilizada o argumentada pudiendo tener dos o más antítesis respecto a dicha idea. Por no hablar de los límites que se pueden alcanzar en lo relativo al terrorismo.

En este sentido, en este Trabajo de Fin de Grado también se desarrollará el terrorismo, en concreto, su apología o enaltecimiento el cual perturba al efectivo desarrollo y disfrute del derecho a la libertad de expresión.

Asimismo, se abordará la problemática sustancial y jurídica que envuelve a los términos “libertad de expresión” y “apología al terrorismo” y al alcance del primero llevado hasta sus límites así como, alcanzado dicho límite, la manera en la que se podría ya determinarse la efectiva existencia de “apología al terrorismo”.

Para ello desgranaremos la casuística así como los argumentos en los que se sustentan uno u otro término tomando como punto de referencia lo que desembocó a que a día de hoy tenga especial relevancia en los estados y la manera en la que el estado español lo tiene reflejado en su ordenamiento jurídico dados los diversos acontecimientos que vivió en una época no muy lejana a la actual y cómo dichos hechos se manifestaron en el sistema penal español, reforzándose y endureciéndose así las normativas antiterroristas.

Por último, desarrollaré las conclusiones a las que he podido llegar tras el análisis y estudio profundo del tema en cuestión escogido.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es una de las condiciones que han asegurado la opinión del pueblo y, sobre todo, de que el pueblo pueda tener una opinión libre y recibir distintas influencias. Por ello, resulta menester el desgranamiento de aquellos preceptos que le han precedido hasta llegar al concepto de libertad de expresión así como su amparo internacional vinculado a nuestro ordenamiento jurídico. Además de las acepciones específicas que rodea este concepto que son desarrollados del mismo modo que las limitaciones que pueda tener plasmados de forma práctica en jurisprudencia y doctrina.

Enlazado con eso, esclarecer que los derechos amparados constitucionalmente en el art. 20.1 CE reflejan tanto una libertad individual esencial como la unión de elementos que den forma al sistema político democrático español. Así, en palabras del TC, este artículo garantiza la “*formación y existencia de una opinión pública*”¹, otorgándole la categoría de una trascendencia relevante dado que pasa a ser uno de los pilares de una sociedad libre y democrática, en el cual, el individuo que forme parte de dicha sociedad pueda perfilar de manera libre sus cavilaciones del mismo modo en que pueda participar en los asuntos públicos de manera responsable y teniendo la oportunidad de valorar opiniones divergentes a la suya o totalmente antagónicos.

2.1 PRECEDENTES Y REGULACIÓN INTERNACIONAL

La “libertad de expresión” no siempre fue conocida bajo ese nombre ya que surge de la “libertad de conciencia” que fue levantada en defensa de la tolerancia religiosa. Respecto a su desarrollo y reconocimiento como una libertad que es pública, no se produce ese deslinde hasta la aparición del Estado liberal, momento en el que, en palabras del jurista Carlos Rafael Gómez de la Escalera, adquiere su significado actual con dos acepciones derivadas de la libertad de expresión, que son: la “libertad de opinión” y la “libertad de imprenta” (actualmente denominado “libertad de prensa” o “libertad de información”)². Así, la libertad de imprenta, surge a raíz de la libertad de expresión para poder manifestarlo a través de un medio escrito en un momento en el que, como es el Estado quien ostenta el poder, puede coartarla.

¹ Remisión a STC 159/1986, de 16 de diciembre de 1986 RTC 1986/159.

² Gómez de la Escalera, C., (2018), *La libertad de expresión reforzada del abogado*, Madrid, Tirant Lo Blanch.

La vinculación de la libertad de expresión actual con el origen que la originó o en la que se basó, se manifiesta en los siguientes textos:

- Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

Artículo 10:

Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley.

Artículo 11:

La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley.

Poco ha cambiado respecto a la relevancia de estos preceptos en la actual Francia, lo que significa que esto es muestra del gran peso histórico que tuvo en su momento tanto en la trascendencia y perpetuidad de ello como de la manera en que fue tomada como fuente de inspiración para los demás países europeos.

Además la libertad de expresión reflejado en el art. 11 es completado con el décimo el cual manifiesta el hecho de no ser incomodado por sus convicciones (incluido el ámbito religioso) siempre que su manifestación no produzca ninguna perturbación en el orden público³.

- Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos del 15 de diciembre de 1971.

El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de la prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.

³ González- Vargas Ibáñez, A., (2018), *Libertad de Expresión, Libertad Religiosa y Prevención del Terrorismo: Régimen Jurídico en los Ordenamientos Internacional y Francés*, Madrid, Editorial Dykinson, pp 104- 120.

Aunque se mencione explícitamente al Congreso, el alcance de estos derechos se aplica al gobierno federal, es decir, a todos los estados que la componen.

En sentido estricto, las libertades que se exponen son la libertad de religión y la libertad de expresión. Dentro de ésta última, podemos ver incluidos los derechos de libertad de palabra, de prensa, de reunión y petición para reclamar ante el gobierno una compensación de agravios. Sin duda alguna, libertades necesarias en aquel momento en el que la restricción y la limitación a la libertad eran severas con la población.

- Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812.

Artículo 371:

Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes.

Aunque son 208 años los que nos separan de esta Constitución hasta el día de hoy y 163 años con la Constitución de 1975, el desarrollo del libre pensamiento e ideales subjetivos empezó a ser amparado jurídicamente a partir de dicha fecha y limitado por la legislación vigente en aquella época.

Decir que dicho artículo tuvo gran relevancia pues, hasta tal momento, gobernaba la censura de manera muy restringida dado que no existía la posibilidad de expresar unas opiniones propias tan libremente ni tampoco difundirlo. Sin duda alguna, la Constitución de 1812 supone un primer paso hacia el camino a la Democracia en España.

Tal es la trascendencia que ostenta la libertad de información que, incluso, en los primeros textos legales podíamos ver reflejada la libertad de expresión no como tal, sino como libertad de prensa o imprenta, destacando así el valor de las palabras escritas respecto la difusión de las convicciones, opiniones e ideas. Como consecuencia de ello, se dice que la libertad de expresión es una libertad política por el poder que realizan los medios de comunicación en las sociedades democráticas ya que la historia ha demostrado el efecto que producen.

Por otro lado, dentro del plano regional se puede observar protegida la libertad de expresión, propiamente dicha, manifestada en tres ámbitos:

Para empezar, dentro del ámbito de la Organización de Naciones Unidas, tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948:

Artículo 19

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966:

Artículo 19

“El Consejo Económico y Social podrá transmitir a la Comisión de Derechos Humanos, para su estudio y recomendación de carácter general, o para información, según proceda, los informes sobre derechos humanos que presenten a los Estados conforme a los artículos 16 y 17, y los informes relativos a los derechos humanos que presenten los organismos especializados conforme al artículo 18”.

En segundo lugar, en el ámbito de la región de Europa, la libertad de expresión se refleja en la Convención Europea:

- Convención Europea o Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950:

Artículo 10

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

En último lugar, dentro del ámbito de la Unión Europea, tenemos a, la más reciente, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

- Carta de Niza o Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre del 2000:

Artículo 11

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”.

Para finalizar este punto, decir que en la democracia de la Europa moderna, el gobierno no puede considerarse responsable directo de lo que pueda, o no, realizar o expresar el ciudadano en lo respectivo a su ámbito de libertad. Y, si fuera el caso en el que el estado deba intervenir, será únicamente cuando se vea interferido o coaccionado esta libertad, pero siempre dentro de los parámetros establecidos por la ley en defensa del bienestar y siempre con atenta mirada a aquellos sucesos que puedan enaltecer y desembocar al advenimiento de actos de terror (o actos terroristas).

2.2 CONCEPTO

La libertad de expresión es un derecho fundamental imprescindible para el buen funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho⁴, especialmente en el ámbito democrático dado que lo determinante en el gobierno de todos es que todos sean debidamente informados, dentro de la libertad de expresión, para así poder tener un mejor y correcto funcionamiento del Estado. Se muestra como la expresión esencial de la autonomía personal, la cual queda directamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. Por ello, se está delante de una libertad pública la cual excede del ámbito estrictamente individual para reflejarse sobre el modo en el que los individuos se relacionan entre sí. De este modo, al aludir al ámbito social y público sobre el que se desenvuelve, cabe mencionar que estamos ante una libertad civil y política.

Su objeto está constituido por aquellas muestras de sociabilidad que la Constitución ha considerado tan dignas de protección como para elevarlas a la categoría de derecho fundamental. De esta manera se protege la libertad de cómo expresarse⁵.

Asimismo, la libertad de expresión aparece amparada por la Constitución Española en el Título I relativa a “Los Derechos y Deberes Fundamentales” en su Capítulo II “Derechos y libertades”, en su Sección I “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, en concreto, en el artículo 20.1 de la CE que establece lo siguiente:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”

⁴ Artículo 1.1 de la Constitución Española.

⁵ Rodríguez, A., (2015) “El ámbito de las libertades del artículo 20 CE: La libertad de expresión”, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, pp 507- 508.

Ante lo expuesto, podremos esclarecer que al recogerse una serie de derechos tradicionalmente denominados bajo la fórmula genérica de “Libertad de Expresión”, se reconoce y protege ésta pero en su base estricta, conocida también como “derecho a manifestar libremente las propias ideas y opiniones” (art. 20.1.a), la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b), la libertad de cátedra o “derecho de libre expresión de los docentes” (art. 20.1.c) y la libertad de información o “derecho a transmitir y recibir libremente información veraz” (art. 20.1.d). De todas las mencionadas, haré hincapié en aquellas que guarden relación directa con la apología al terrorismo, que serían los artículos 20.1.a) y 20.1.b).

Por ello, como así expone el Tribunal Constitucional en su sentencia de 1986, dado que “*el derecho de los ciudadanos*” permite acceder a “*una amplia y adecuada información respecto a los hechos que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos*”⁶. Nos lleva a afirmar la relevancia que tiene, en un primer momento, el hecho de manifestar de forma exteriorizada una cavilación en base a una fuente en la que poder sustentarla para así, después, se proceda a su difusión efectiva. De dicha fuente, pueden devenir reflexiones que puedan aludir al descrédito o menosprecio sobre un acto hecho terrorista, lo que, si se llegase a difundir puede desembocar a la comisión de un delito de apología al terrorismo.

En este sentido cabe afirmar que la lucha antiterrorista y la libertad de expresión no responden a intereses contrapuestos sino que, son complementarios y van ambos orientados al aseguramiento del Estado democrático de Derecho.

Además de lo dicho, en lo que respecta al sujeto que podría ostentar dicha libertad, se aclara que puede ser cualquier individuo aislado, grupo o institución o persona jurídica, ya sean españoles o extranjeros⁷.

Sin embargo, a tenor de lo dicho por Carlos Rafael Gómez de la Escalera, como dentro de la libertad de expresión tenemos la libertad de información (comunicar y recibir), se podría tomar de la misma manera, pero con especial garantía de protección, a los periodistas o profesionales de los medios de comunicación.

⁶ Remisión a la STC 159/1986 de 12 diciembre de 1986. RTC 1986/159.

⁷ De Esteban, J. y González- Trevijano, P., *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid, Editorial Textos. Servicio de publicaciones facultad Derecho, pp 135 – 139.

Como Bien Jurídico Protegido, en un sentido generalizado, se observa la comunicación particular o pública de esas ideas, juicios, cavilaciones y opiniones.

La naturaleza de la que goza es la comunicación libre basada en:

- 1) La ausencia de interferencias en el proceso de comunicación.
- 2) Prohibición de censura previa.
- 3) Pueden ser reprimibles las posibles actuaciones delictivas de esta libertad a través del Poder Judicial.

Respecto al tipo de clases en las que se podría desarrollar la libertad de expresión versaría sobre la tipología de la difusión de ésta con la atenta mirada al presente y la manera en la que a día de hoy también se puede difundir tomando de base lo expuesto en el momento en el que se redactó este precepto. Siendo así las siguientes:

- 1) Manifestaciones escritas.
- 2) Cualquier otro medio oral.
- 3) Cualquier técnica de reproducción, actual o futura, que tenga como objetivo la expresión de ideas.

2.3 ACEPCIONES ESPECÍFICAS

Como ya se dijo anteriormente, el derecho a la libertad de expresión se encuentra constitucionalmente reconocido en el art. 20.1 CE. En él se presentan las distintas manifestaciones que devienen de tal artículo y que, a continuación, se procederá a su explicación y esclarecimiento.

2.3.1 LIBERTAD DE OPINIÓN

El nombre que comúnmente es utilizado para el art. 20.1.a) CE es el de libertad de opinión. Así que, para empezar, cabe mencionar que el TC en pocas ocasiones ha denominado este derecho como libertad de expresión⁸, queriendo instaurar y reforzar el concepto de “libertad de expresión en sentido estricto”⁹ a la hora de referirse a la libertad de opinión o identificarlo con la libertad de expresión¹⁰.

Como consecuencia de tal identificación y ante la observancia de la confusión que se producía, el TC quiso destacar a la libertad de opinión a partir de su objeto protegido siendo éste los “pensamientos, ideas y opiniones” (como así se expresa textualmente en dicho artículo de la Constitución) los cuales prácticamente son aquellos mensajes cuyo contenido fundamental son los juicios de valor.

Ahora bien, podríamos definir la libertad de opinión como una libertad primaria en la que se expresa una manifestación intelectual percibida del mundo anímico del individuo, exteriorizándolo sin trabas de por medio. No pudiendo ser vulnerado o ser objeto de injerencia injustificada previa por parte de los poderes públicos, quienes sólo pueden intervenir en el supuesto de que vaya en contra de la ley o sobre pase el límite legal. Constituyendo, de esta manera, cualquier tipo de restricción previa como censura prohibida recogida en el art. 20.2 CE.

Respecto al sujeto en especial de este derecho, cabe decir que parte de la doctrina, con autores como Osorio Itumendi, manifiesta que resulta indiferente el tipo de contacto -directo o indirecto- que pueda haber, así como el tipo de audiencia que haya (pudiendo abarcar desde masas de personas como tener una audiencia totalmente

⁸ Remisión a la STC 104/1986 de 17 de julio RTC 1986/104; STC 171/1990 de 12 de noviembre RTC 1990/171; y STC 176/1995 de 11 de diciembre RTC 1995/176.

⁹ Remisión a la STC 51/1989 de 22 de febrero RTC 1989/51.

¹⁰ Remisión a la STC 199/1987 de 16 de diciembre RTC 1987/199.

nula), puesto que este derecho protege al sujeto en cuestión independientemente de las circunstancias que lo rodeen¹¹.

Respecto al objeto sobre el que versa este derecho podemos aclarar que se protegen, como así está establecido en la CE, “*pensamientos, ideas y opiniones*”, siendo así tutelados la manifestación de convicciones, pensamientos, juicios de valor o hechos, entre otros. Relacionado con esto, existe una serie de medios mediante los cuales se protege, pudiendo ser estos tanto escritos como de forma oral. Aunque actualmente, el papel que está cogiendo los medios electrónicos para publicitar las ideas de un individuo es relevante puesto que, por lo dicho, constituiría otro tipo de medio por el cual también se recogería en este derecho.

Por otra parte, es preciso resaltar en que la libertad de opinión posee una bifurcación respecto a su proyección pues; mientras que una versa sobre las convicciones o pensamientos expuestos de manera libre y no llegan a sobrepasar el límite legal o delinquen; el otro, se refleja *erga omnes* dada la proyección pública que se llega a producir¹².

Resulta claro incidir que el ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión no puede ser limitado por el hecho de que sea utilizado con la finalidad de difundir ideas u opiniones que sean contrarias a la Constitución, a no ser que, por el contrario, resulten lesionados derechos o bienes con cierta relevancia constitucional. Esto es, a pesar de que la tolerancia sea considerada parte de la base en la que se sustentan los “principios democráticos” amparado en el art. 27.2 CE, no pueden ser tolerados los discursos que exalten o enaltezcan delitos que pongan en riesgo a los bienes constitucionalmente protegidos¹³.

Para finalizar, mencionar que libertad de opinión y libertad de expresión son dos términos diferentes, pues mientras que éste último hace referencia al conjunto de derechos del artículo 20 CE siendo considerado tronco común y con sentido

¹¹ OSORIO ITURMENDI, L., “los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites de la libertad de expresión”, en *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS (1)*, XII Jornadas de Estudio, Madrid 1992, pp 666.

¹² [DIARIO LA LEY]: De Vega Ruiz, J. A., (1988), “Libertad de Expresión”, *Las Libertades Públicas y sus Limitaciones en Casos y Circunstancias Especiales*, pp 1036, tomo 1. Disponible on line: <https://diariolaley.laleynext.es>

¹³ Remisión al STC (Pleno) 235/2007 del 7 de noviembre RTC 2007/235.

omnicomprensivo que la tradición le otorga; el primero hace alusión a una de las ramificaciones que se encuentra dentro de la libertad de expresión.

2.3.2 LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA

La libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica se encuentra protegido por el art. 20.1.b de la CE el cual, como así lo establece el TC, abarca toda prolongación inventiva del autor en la que se manifiestan impresiones y experiencias dando nacimiento a la obra producto de ello. Se diferencian dos partes que la componen:

La primera es *la creación o producción artística y literaria* que protege el trabajo inventivo sea del género que sea pues existe gran variedad a la hora de hablar sobre creación así como de los medios de los que uno se puede servir para poder transmitir el mensaje que se pretende dar a los demás.

El segundo se trata de la parte *científica y técnica*, la cual abarca los conocimientos teóricos además de su aplicación en la práctica¹⁴.

Aunque, fácil resulte la confusión de este derecho fundamental con el derecho de propiedad intelectual, aclarar que la distinción entre uno y otro derecho radica en la raíz de la que parten ambas. En otras palabras, mientras que este derecho fundamental garantiza la protección del propio hecho de crear y expresarse libremente; el derecho de propiedad intelectual se encarga de proteger los intereses patrimoniales del creador que puedan surgir de su obra una vez ésta haya sido efectivamente creada.

La proyección derivada de este derecho fundamental es tanto interna (por el mensaje que se quiere manifestar mediante la obra) como externa puesto que deviene de la voluntad de su autor, que es quien se expresa y comunica a través de su obra, y lo da a conocer al mundo. En otras palabras, la manifestación pública que proyecta se plasma en el “*intercambio de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales*”¹⁵ indispensable en una sociedad democrática.

¹⁴ Satrústegui, M., García Morillo, J., Espín E., Pérez Tremps, P., López Guerra, L., (2018), “Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información”, *Derecho Constitucional, Tomo 1, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp 304 - 325.

¹⁵ Remisión a la STEDH (Sección 1ª) Caso María de Fátima Almeida Leitão Bento Fernandes Contra República de Portugal 2015/30 de 12 de marzo.

Por ello, la relevancia que tiene esta tipología de derecho a la libertad de expresión afectará sustancialmente en una sociedad democrática de un estado, dado que éstos se comprometen a juzgar la necesidad y magnitud que tendría una injerencia en tal derecho¹⁶.

¹⁶ Remisión al STEDH (Sección 1ª) Caso Tammer contra Estonia, 41205/98 de 6 de febrero de 2001.

2.4 LIMITACIONES

El carácter relevante del derecho a la libertad de expresión ha sido resaltado en numerosas sentencias del TC así como el carácter limitativo que tiene cuando entra en conflicto con otros derechos constitucionales, como así puede suceder con aquellos discursos que enaltezcan el terrorismo y puedan incitar a su comisión¹⁷.

Con ello, se deja claro que el derecho a la libertad de expresión no tiene un carácter absoluto pues, al igual que los demás derechos, tiene límites los cuales deben ser respetados. Así el TC declara que cualquier ejercicio de ese derecho no puede tener una protección constitucional, solamente por el único hecho de tratarse de un derecho amparado por la Constitución. De esta manera se refleja el principio de legalidad por el que se rige este principio.

Asimismo, los límites de los que hablamos se encuentran recogidos en el art. 20.4 CE: *“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”*.

Cuando el TC se pronunció para aclarar las limitaciones que tenía este derecho, decidió establecer también una serie de criterios para dar cabida a razones por la cual la jurisdicción del TC resultaría relevante:

A) Carácter institucional del derecho a la libertad de expresión

La relevancia que tiene el TC en pronunciarse sobre este derecho fundamental es vital para poder declarar si, en efecto, se ha podido vulnerar ese derecho o si el ejercicio de este derecho ha sobrepasado el límite legal.

B) Carácter limitable del derecho a la libertad de expresión

A menudo puede ser difícil la visualización de la limitación al que llega ese derecho. Sin embargo, se puede observar su carácter limitable que tiene cuando se contrapone con otro derecho amparado constitucionalmente. Y, con cierta singularidad, se observa de este derecho derivado de aquellas manifestaciones que puedan

¹⁷ Remisión al STC 177/2015 de 22 de julio RTC 2015/177.

desembocar en violencia o terrorismo, es decir, delitos que atenten contra una sociedad democrática.

C) Proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión

Ante tal singularidad, se muestra otra vía de protección, siendo ésta la penal mediante la cual se refleja la pena que puede tener la comisión de tal delito pero siempre cediendo ante la cobertura constitucional que tenga el susodicho derecho¹⁸. Esto quiere decir que las medidas de protección de este derecho tendrán una fuerte observancia a las garantías formales del principio de proporcionalidad que se pueda exigir siempre que sean aplicables medidas que puedan restringir a los derechos fundamentales¹⁹.

Dicho así, el límite observable en la libertad de expresión respecto a tal delito, como lo es la apología al terrorismo, toma como medida preventiva la evitación de aquellos riesgos de propagación que ensalcen la figura de terroristas así como la glorificación de sus actos delictivos. Por ello, resulta necesario sancionar y prevenir aquellas formas que promuevan, inciten, defiendan o justifiquen la violencia basada en el terror dado que puede fomentar a la materialización de delitos como este o de una naturaleza similar²⁰.

No obstante, cabe esclarecer que puede variar el límite atribuido a este derecho en función del contenido o ámbito sobre el que se mueva el mismo derecho a la libertad de expresión o de la relación que pueda tener con otros derechos fundamentales. Es decir, estamos ante la existencia de una bifurcación de los límites que son: límites internos y límites externos²¹.

Respecto a los límites internos que pueda tener el derecho a la libertad de expresión, se establece que derivan de su contenido así como de la finalidad que persigue, es decir, marcan un límite al ámbito del ejercicio del propio derecho a la libertad de

¹⁸ Remisión a la SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 3/2019 de 23 de enero. ARP 2019/327.

¹⁹ Remisión a la STC 34/2010 del 19 de julio, RTC 2010/34.

²⁰ Remisión a la SAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 4/2017 de 21 de febrero. ARP 2017/884. En esta sentencia se puede observar la concordancia entre el TC y el TEDH, haciendo alusión a la STC 177/2015 de 22 de julio (RTC 2015/177), respecto a la libertad de expresión y los límites que se plasman en los estados para mantener el buen estado de una sociedad democrática que puede verse en peligro cuando la apología al terrorismo se manifiesta.

²¹ Aba Catoira, A., (1999), "Límites establecidos en la Constitución", *La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Madrid, Editorial Tirant lo Blanch, pp 131-138.

expresión que, por norma general, son deducidos a partir de la interpretación que da el Tribunal Constitucional tanto de forma expresa como tácitamente mediante la ponderación de la existencia de una supuesta colisión entre derechos, valorando la intensidad y trascendencia que contengan los derechos fundamentales que entran en juego con la finalidad de elaborar una regla que aporte una solución al caso dando preferencia a uno o al otro.

Se dice de este límite que destaca por su amplitud pues ampara todo tipo de opiniones excepto aquellos que constituyen expresiones vejatorias, en cuyo caso representarían dicho límite interno de la libertad de expresión. En otras palabras, se mantiene fuera de esa protección, tomando como ejemplo, los insultos dado que no entran en colisión con ningún otro derecho fundamental. Por lo que, la primera valorización será la de determinar si se han empleado términos vejatorios o expresiones que menoscaben o, si por el contrario, no han sido empleados.

Si lo hubieran empleado, entraríamos en la concurrencia de carencia de excesos. Esto es, que sea utilizado un lenguaje que pueda considerarse incómodo o mordaz. En este supuesto, no conculca límite alguno que afecte a los individuos o a su dignidad como ser humano. Esto se manifestó en la jurisprudencia constitucional al declarar que no reconoce el derecho al insulto²², comprendiendo que, en concordancia con lo expuesto por el jurista Ángel Rodríguez, su concurrencia aparece cuando la opinión incluye expresiones de carácter vejatorio irrelevante para la manifestación del mensaje²³ o se aprecia la intención de ofender al emisor. De esta manera se debe considerar la relación entre la expresión ofensiva proferida y el tema de opinión²⁴.

En relación a los límites externos, se establecen como aquellos que emergen de la relación que puedan tener con otros derechos con los que puedan entrar en conflicto y persiguen restringir el ámbito de ejercicio de la libertad de expresión (en concreto la libertad de opinión del art. 20.1.a). En este sentido, para proteger los bienes jurídicos lesionados con el ejercicio de la libertad de expresión, se acude al Código Penal, no sin antes, haber realizado una interpretación contemporánea del arts. 20.4 y 53.1 CE en la que expone los parámetros en los que se fija para establecer los límites dentro del

²² Remisión a la STC 105/1990 fundamento jurídico 8 de 6 de junio, RTC 1990/105 así como STS 297/2016 fundamento jurídico 7, Sala de lo Civil Sección 1ª RJ 2019/2451.

²³ Remisión a la STC 85/1992 fundamento jurídico 4 de 8 de junio RTC 1992/85.

²⁴ Marciani Burgos, B., (2014) *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, Lima, Editorial Palestra Editores, p 131.

ámbito legal reflejado en el respeto de los derechos y libertades a los que hace alusión el art. 20 CE.

De esta manera, se recurre al art. 10 CE relativa al contenido aportado por los Tratados y Convenios internacionales ratificados y firmados por España así como el Convenio de Roma, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos a los que se rige.

Por ello, el resguardo del orden público dentro de un estado es relevante a la hora de mantener un adecuado ejercicio de tal derecho fundamental como lo es la libertad de expresión y que éste no derive al menoscabo de la seguridad del estado y al orden público²⁵ como ocurriría con la apología al terrorismo cuyo objetivo que persigue es la de crear o fomentar un ambiente de terror y ejerciendo influencia a un grupo de personas determinadas. El propio TC se manifiesta al respecto declarando que “*el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución es un componente esencial del orden público*”²⁶. Por lo que, además de estar amparados los derechos fundamentales en la CE, los delitos que demarcan la libertad de expresión se hallan en el CP en atención a los bienes jurídicos que se quiere proteger.

Así se muestran reflejados los delitos de apología al terrorismo (art. 578 CP), así como el de la apología de rebelión (art. 472 CP), el de sedición (art. 544 CP) o contra la Constitución quedando al margen la simple información de estos hechos por medio de la reproducción de comunicados que son enviados por bandas terroristas²⁷

²⁵ López-Nieto Y Mallo, F., (2006), “Seguridad ciudadana y orden público”, *Honor y Protocolo*, Madrid, Editorial El consultor de los ayuntamientos, pp 563-565.

²⁶ Remisión a la STC 19/1985 en su fundamento jurídico primero de 13 de febrero, RTC 1985/19.

²⁷ Remisión a la STC 159/1986 en su fundamento jurídico sexto de 16 de diciembre, RTC 1986/159.

3. APOLOGÍA AL TERRORISMO

Las manifestaciones o expresiones empleadas respecto a un tema en concreto gozan, por norma general, de protección constitucional dado el ejercicio legítimo que tiene un derecho fundamental. Sin embargo, como ya se observó, dicha protección no es en absoluto incondicional, sino limitable en favor del bien general de los ciudadanos.

Por ello, las estructuras internacionales decidieron crear una estrategia global de lucha contra el terrorismo para prevenir la materialización de sus actos desde el origen que puede desencadenarlos, es decir, tipificando como delitos graves la incitación que aliente a la comisión del terrorismo y que desemboque en la desestabilización del correcto funcionamiento del Estado.

Llegados a este punto, la problemática que envuelve este trabajo de fin grado es la relativa a expresiones de apelación indirecta resultado de una valoración de aspectos subjetivos en temas de comisión de actos de terrorismo.

Así, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2000 se incorpora el delito de apología al terrorismo en el artículo 578 del Código Penal por el cual se reconoce los requisitos que se deben cumplir para empezar a ser considerado ilícito el ejercicio de libertad de expresión por la manifestación de una opinión que enaltezca el terrorismo o, por el contrario que se cometa una injerencia ilegítima en dicho derecho fundamental amparado constitucionalmente.

Por ello, en esta segunda parte de mi trabajo de fin de grado se desarrollará los antecedentes que llevaron a tener la legislación que actualmente regula el delito de apología al terrorismo entrando en el trasfondo de las leyes que precedieron a la actual para poder comprender la actual.

En segundo lugar, se explicará el concepto que envuelve a la apología al terrorismo así como los elementos que contiene para una mejor comprensión a dicho delito, partiendo del bien jurídico que se pretende proteger, el tipo objetivo con los sujetos activo y pasivo además de la autoría, participación, el objeto material y la conducta típica además del nexo causal que conecta la expresión proferida con el acto de terror. Se desgranará el tipo subjetivo, la naturaleza jurídica, los actos preparatorios punibles y la consumación.

Y, por último, la regulación vigente que regula este delito en nuestro ordenamiento jurídico incluyendo la regulación comunitaria a la que se ha adherido España para sumarse a la prevención de la comisión de este delito antes de su efectiva realización para mantener el bienestar común de un Estado democrático.

3.1 PRECEDENTES

A diferencia de lo que normalmente se piensa sobre el origen del Terrorismo, éste surge en el siglo XIX en Europa con la cara extrema del movimiento obrero y la expansión económica de la mano de la Segunda Revolución Industrial que se había profundizado en las diferencias entre ricos y pobres. Es en aquella época donde se origina el terrorismo personificado como anarquismo cuyo fin era acabar con la organización de la sociedad.

Los objetivos del terrorismo anarquista era derrocar al Estado, la Iglesia y la Burguesía, los cuales representaban el tipo de organización que ostentaba el poder y que iba en contra de los principios que profesaba y el tipo de sociedad que se quería conseguir. Por ello, sus ataques eran dirigidos contra aquellas personas que los representaban²⁸. La mayor concentración de sus ataques se llevó a cabo entre 1880 y 1910 sembrando el pánico en la población europea y llenando los titulares de los periódicos del momento.

Uno de los ataques más sonados en Europa, fue el que tuvo lugar en 1896 durante la procesión del Corpus Christi en Barcelona cuando se produce la muerte de doce personas provocado por un artefacto explosivo.

De entre las figuras más representativas en España que sufrió esos ataques anárquicos, fue Cánovas del Castillo en dos ocasiones, siendo la última la que tuvo éxito, además de los atentados a la figura del rey Alfonso XIII.

Hasta entonces, cada estado tenía una legislación propia que reprendía el ámbito terrorista. En el caso de España se encontraba, la considerada por la doctrina como la primera ley española antiterrorista, la Ley de 10 de julio de 1894 sobre atentados contra las personas y daños en las cosas por medio de aparatos o sustancias explosivas²⁹, la cual en ella incluye la apología como uno de los pilares esenciales de este ámbito.

²⁸ Sagrario Moran, B., (2012), “La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia Visión histórica de la lucha contra el terrorismo internacional en Europa. II. Terrorismo Anarquista, el primer modelo de terrorismo en el panorama internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, Editorial Universidad de Navarra, pp 251 – 284.

²⁹ [CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL: REVISTA DE SEGURIDAD PÚBLICA Nº53]: Aparicio-Ordás González-García L., (2016) “La primera legislación antiterrorista en España. La respuesta del estado español frente al terrorismo anarquista”, 5-20. Disponible on line: <https://biblioteca.guardiacivil.es/>

Sin embargo, siguiendo con el hilo comunitario, a raíz del asesinato de la Emperatriz Isabel de Austria por el anarquista italiano Luigi Lucheni en 1898 se acordó la creación de una organización de seguridad para paliar este problema en la Conferencia Internacional de Roma para la Defensa Social contra los Anarquistas celebrado en Roma entre el 24 de noviembre y el 21 de diciembre de 1898. En él se destaca la prohibición de propaganda anarquista que pueda motivar a los anárquicos a seguir cometiendo atentados terroristas y la ostentación de la competencia jurisdiccional relativa a estos asuntos que recaía en la jurisdicción militar.

Durante el régimen franquista, la regulación de la apología se manifestó en la Ley de Seguridad del Estado de 1941 en la que se sancionaba con penas de prisión de hasta nueve años por la comisión de la apología de los delitos reflejados en la misma ley. En el Código Penal de 1944, la apología de los delitos contenidos en el mismo se tipificó en el art. 566.4º y el art. 268 cuando se tratase del enaltecimiento sobre conductas contra la seguridad interior del Estado. Resalta en esta época el Decreto-Ley 10/1975 de 26 de agosto sobre Prevención del Terrorismo, en concreto el art. 10 que establece el concepto de apología.

Con la llegada de la democracia a España, esto cambia como ocurre, por ejemplo, con quien ejerce dicha jurisdicción pasando de la mencionada jurisdicción militar a manos de la Audiencia Nacional. Además, estos delitos considerados inicialmente políticos, pasan a configurarse como delitos comunes y se desarrolla en la Ley 82/1978. En esta ley, los delitos de terrorismo pasan a constituirse como “*conductas cometidas por personas integradas en bandas o grupos armados*”. De carácter urgente se aprueba la Ley Orgánica 2/1981 a razón del golpe de estado producido en 1981 a manos del golpista teniente coronel Antonio Tejero. En dicha LO 2/1981 se introduce la cooperación con bandas armadas o grupos terroristas extranjeros como nueva figura delictiva.

A colación con dichos precedentes y con el transcurso de acontecimientos que cambiaría el curso de la legislación relativa al terrorismo, nos encontramos con una España que sufre terrorismo por parte de grupos armados dentro de su territorio, la organización Euskadi Ta Askatasuna (también llamada ETA) y la organización de Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (también conocida como GRAPO). Dentro de este marco histórico se elabora el CP de 1995 aprobado por la Ley

10/1995 de 23 de noviembre el cual aúna todas las conductas relacionadas con el terrorismo bajo la rúbrica de “Delitos de Terrorismo”. De esta manera la apología pasa de ser una figura autónoma de los delitos de terrorismo a ser una forma de provocación recogida en el art. 18.1 CP y pudiendo ser relacionada ya no sólo con delitos de terrorismo, sino también con el genocidio, el odio o la violencia.

Con los atentados cometidos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, el Consejo Europeo el 19 de octubre de ese mismo año manifestó su intención de combatir el terrorismo en todas sus formas y en todo el mundo, prosiguiendo sus esfuerzos de reforzar la coalición de la comunidad internacional para luchar contra esa lacra que atenta a la paz y seguridad internacional.

Por su parte, España, realiza la reforma de la Ley 10/1995 con la Ley Orgánica 7/2000, la cual supuso la reincorporación del art. 578 CP. Dejando de lado la forma preparatoria de la apología al terrorismo y dándole espacio como un delito específico recogido dentro de los “Delitos de Terrorismo”, provocando así la unificación de los antiguos arts. 578 y 579 CP en el nuevo art. 579 CP³⁰. En otras palabras, se vuelve a lo establecido en la LO 10/1995 al reincorporar como delito autónomo el enaltecimiento de la apología pero con la diferencia sustancial de la no exigibilidad de incitación directa y expresa como supone el art. 18 CP.

La LO 5/2010 de 22 de junio añade en su reforma el art. 579.1 en su segundo párrafo los actos preparatorios relativos a la tipificación de la distribución o difusión pública de mensajes dirigidos a provocar la comisión de los delitos de terrorismo, es decir, este precepto arremete contra quienes ayudan a difundir mensajes con la intención de su efectiva producción.

Por último, la LO 1/2015 modifica sustancialmente los artículos del 571 al 580, incluyendo, entre otros, el relativo a la apología al terrorismo y humillación a las víctimas. Además, la LO 2/2015 produce su última reforma sobre este precepto poniendo hincapié en su comisión mediante la difusión de servicios accesibles al público a través medios de comunicación como lo es internet o comunicaciones electrónicas o uso de tecnologías de la información además de la posibilidad de que el

³⁰ Remisión a la Ley Orgánica 7/2000: Modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995 del Código Penal y la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de 2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

juez acuerde la retirada de sus contenidos como medida cautelar³¹. El motivo que llevó a modificar el CP por la LO 2/2015 fue a raíz de la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad cuyo fin es erradicar la actividad terrorista con el apoyo comunitario europeo.

³¹ Remisión a la Ley Orgánica 2/2015: Modifica la Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995 del Código Penal en materia de delitos de terrorismo.

3.2 CONCEPTO

Antes de ofrecer una definición, es necesario empezar catalogando este precepto como un delito de provocación pública relativa a la comisión de un delito de terrorismo tipificado penalmente, es decir, se trata de un delito que guarda un vínculo estrecho con otro delito y que sin éste último, que es el terrorismo, el enaltecimiento no existiría. Así, el delito de enaltecimiento no sería considerado como delito de terrorismo como propiamente sería, puesto que la actividad que se tipifica está constituida por la simple manifestación laudatoria de actos terroristas o los autores de este delito. Es decir, en palabras de la jurisprudencia del TS, este precepto se concreta en una *ratio legis* debido a que intensifica el amparo de los delitos de terrorismo, sancionando conductas que en absoluto entrar en la categoría de actos terroristas, pero que las propician y asisten³².

Como así lo establece la doctrina del Tribunal Supremo, la tipificación de esta conducta se debe realizar cuando se produzca el riesgo de comisión de actos terroristas³³. Y, ¿cuándo se produce tal riesgo? ¿Cómo sabemos que se produce? Las respuestas a estas interrogantes la resuelve la jurisprudencia puesto que el propio precepto que lo regula no establece una definición propiamente dicha y lo reflejaremos a continuación.

Para empezar, la apología al terrorismo es considerada un delito autónomo recogido en el Código Penal, en el Libro II de los Delitos y sus Penas, Título XXII sobre Delitos contra el orden público, Capítulo VII relativo a las Organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, en su Sección 2ª de los Delitos de Terrorismo en su artículo 578. Este delito es normalmente confundido con el art. 18 CP el cual tipifica los actos preparatorios de diversos delitos a los que se adhiere. En cambio, este delito es un delito autónomo que no deja la penalidad de los actos preparatorios supeditada a la pena sujeta para el delito que se pretenda provocar como ocurre con el art. 18 CP, sino que ésta tiene una penalidad prefijada y con independencia de si finalmente se produce el acto terrorista o la humillación a las víctimas de terrorismo puesto que resulta indiferente ya que son delitos, aunque conectados, independientes. Además lo que persigue el legislador con este tipo penal, diferenciado del art. 18 CP, es la de reforzar la custodia de este tipo de delitos relativos al terrorismo otorgándoles la categoría de acciones que fomentan su resultado a delitos

³² Remisión a la STS 656/2007 de 17 de julio, (Sala de lo Penal, Sección 1ª). RJ 2007/3660.

³³ Remisión a la STS 47/2019 de 4 de febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª). RJ 2019/527.

de violencia y terror, con total ausencia de protección constitucional. Es decir, las acciones en cuestión que nos lleven a dicho delito constituyen un refuerzo a actuaciones criminales de carácter prolongado en el tiempo y la manifestación de caminos que generen el terror colectivo en la sociedad para promover la finalidad terrorista.

Como dijimos anteriormente, ante la imprecisión del CP a la hora de establecer una definición propiamente dicha de la apología al terrorismo, se acude a la jurisprudencia, la cual explica que la forma definitoria es la de ser una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido.

En otras palabras, se entiende la apología al terrorismo como el descrédito, menosprecio, humillación a víctimas de delitos terroristas o familiares así como su enaltecimiento por cualquier medio de expresión pública o de difusión o una opinión favorable manifestada de forma escrita u oral sobre dicho acto terrorista así como de su autor o cualquier sujeto que haya participado en su comisión o ejecución con independencia de si finalmente se ha producido el acto terrorista en sí o si se ha llegado a una simple tentativa.

Lo que se tipifica en este delito, es la mera proliferación o reclamo público de cualquier forma de expresión que encomien la alabanza o justificación de acciones violencias que culminen en delitos terroristas sin llegar a producirse una provocación directa o indirecta sobre el mismo.

Así, el TC precisa, respecto al art. 578 CP con el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 CE, la legítima injerencia en el ámbito de este derecho fundamental de quienes lo manifiesten “*en la medida en que puedan ser consideradas*” como una declaración de una proclama que propicie el terrorismo exponiendo a las personas o sus derechos ante una situación de riesgo³⁴.

³⁴ Remisión a la STC 112/2016 de 20 de junio. RTC 2016/112.

3.3 DIFERENCIA CON EL ENALTECIMIENTO DEL ODIO

El delito de enaltecimiento del terrorismo, a menudo, es confundido con el delito de enaltecimiento del odio tipificado por el art. 510 CP. Lo cierto es que no es para menos, teniendo en cuenta de que ambos parten de la premisa de las manifestaciones o expresiones que atentan contra la sociedad democrática de forma pública de la mano de organizaciones terroristas. Esto es, el punto de conexión entre ambos versa sobre la conducta básica, que es la apología o justificación de delitos. Sin embargo, las diferencias que guardan ambos preceptos son enormes.

Gran parte de la doctrina, entre ellos el jurista Cuerda Arnau, considera que el art. 510 CP dirige su elemento típico a un acto de manifestación a la incitación idónea para conseguir un ambiente amenazante, que altere a la sociedad democrática pero, en especial, dirigiendo actos genéricos de violencia que vayan dirigidos hacia un grupo determinado de personas³⁵. Esto último no es contemplado en el caso del enaltecimiento al terrorismo puesto que éste dirige a un grupo en concreto la proliferación a los actos para la incitación a la comisión de actos terroristas, sino que más bien el sujeto pasivo es plural y general, es decir, la sociedad en sí.

El gran problema que nos encontramos con el art. 510 CP es la aplicación a supuestos de simple apoyo o refuerzo por razón de la ideología para conseguir con ello una declaración a la violencia. Aunque, en conclusión, el fin que se quiere conseguir es inspirar temor a un grupo colectivo de personas así como el carácter suficiente de gravedad para poder alcanzar dicho fin. Mientras que en el art. 578 CP lo característico es la difusión del mensaje y la incitación manifestada en forma de intimidación sobre los ciudadanos con el objetivo de generar víctimas y ejercer influencia de manera psicológica en la población con un objetivo de trasfondo político³⁶.

Otro elemento a tomar en cuenta para la diferenciación entre ambos preceptos es el ánimo subjetivo y su papel en ambos. Aunque, en este apartado nos centraremos en el del delito de enaltecimiento de odio, puesto que el elemento subjetivo del art. 578 CP se analizará más en profundidad más adelante.

³⁵ Cuerda Arnau, M. L., (2007), “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 128, pp 89-121.

³⁶ De la Corte Ibáñez, L. (2006) “Caldos de cultivo y detonantes sociales del terrorismo”, *La lógica del terrorismo*, Editorial: Alianza, Disponible en: <http://bv.unir.net:2365/lib/univunirsp/detail.action?docID=4909453>.

El ánimo subjetivo que lleva al autor a la realización del acto violento consiste en una antipatía hacia el grupo colectivo por razón de su origen, color de piel, religión, discapacidad, ideología, orientación o identidad sexual que forman parte de un grupo de personas reducido en comparación con la mayoría pertenecientes al territorio en el que se produce. En otras palabras, se deben vulnerar la dignidad humana y de la no discriminación por las razones ya mencionadas de carácter personal y social como así se plasma en los artículos 10 y 14 de la Constitución.

Por otra parte, la tipicidad objetiva de este delito, guarda expresiones y acciones que, como se enunció con anterioridad, alberguen una gravedad suficiente para vulnerar la dignidad del sujeto pasivo sobre el que se ejerce, o sea, el colectivo contra el que se actúa. Además, como este precepto (art. 510 CP) dirige tales manifestaciones hacia el terrorismo, habrá que añadirle la finalidad terrorista que se pretende conseguir pues se reclama la producción efectiva de un peligro concreto y con carácter de riesgo³⁷.

Dentro del 510 CP se puede ver reflejado tres supuestos:

- Fomento o incitación al odio y a la hostilidad contra grupos de personas por razón de la pertenencia que tiene a una determinada etnia, sexo, origen, religión u orientación sexual, entre otros.
- Difusión de material que incite o anime a la producción de dicho odio o violencia.
- Negación pública de los delitos cometidos contra estos grupos de personas por las razones ya mencionadas.

Cabe destacar, por último, que las expresiones manifestadas deben agredir o dañar no sólo a la dignidad humana del colectivo vulnerable, sino también debe vulnerar las normas básicas de convivencia con base en el respeto y tolerancia de tal manera que afecte a toda la sociedad, dado que dichas expresiones contraría los pilares del ordenamiento jurídico basados en el respeto y la tolerancia³⁸.

³⁷ Remisión a la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 47/2019 de 4 de febrero. RJ 2019/527.

³⁸ Remisión a la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 646/2018 de 14 de diciembre RJ 2018/5588.

3.4 ELEMENTOS

Partiendo ya de una base conceptual definida y una diferenciación de términos fácilmente confundibles entre sí, se aclara que en el art. 578 CP se produce una bifurcación. Dado que, por un lado, se observa el delito de exaltación de terrorismo como tal y, por otro, el delito de humillación a las víctimas.

- Enaltecimiento del terrorismo

Respecto al primer inciso del delito de exaltación de terrorismo, se plasma en el CP con la rúbrica de “*el enaltecimiento o la justificación pública (...) de quienes hayan participado en la ejecución*”. El tipo exige de manera formal la actuación del sujeto activo de justificar los delitos de terrorismo o ensalzar o enaltecer a quienes hayan participado o realizado dichos actos delictivos, es decir, se proclaman como admitidos los hechos tipificados como delitos, alabar a quienes lo han cometido ya sea en papel de autor como partícipe en la ejecución o que a éstos se les atribuya cualidades magnánimas y correctas por razón de su participación³⁹.

El legislador, en este apartado, pretende resaltar una de las caras de acción hacia una connotación pública. Ésta obedece una determinada *ratio legis* la cual busca reforzar el amparo de los delitos de terrorismo, condenando actitudes que no son terroristas en sí pero que auspician y apoyan a la intención de cometerlas⁴⁰.

- Menosprecio a las víctimas

Esta esfera de protección tiene una tendencia más íntima o sutil, como así lo ha expresado la jurisprudencia del TS en numerosas sentencias, puesto que va dirigido principalmente al sujeto pasivo de este delito, los afectados⁴¹.

Por afectados, entenderemos que las personas que sufrirán tal descrédito, menosprecio o humillación serán personas que lo sufran directamente o lo hayan sufrido. También tendrán tal consideración sus familiares, que serán tomados como afectados en segundo rango dado su indirecta incisión de tal daño afligido, pero no sin desmerecer su puesto como afectado de este delito.

³⁹ Remisión a la STS 378/2017 de 25 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2017/2560.

⁴⁰ Remisión a la STS 646/2018 de 14 de diciembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2018/5588.

⁴¹ Remisión a la STS 846/2015 de 30 de diciembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2015/5888 en relación con las SSTs 224/2010 de 3 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2010/1469 y la STS 656/2007 de 17 de julio Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2007/3660.

Con independencia de la bifurcación explicada, cabe hacer mención al criterio que estableció el TS como parte de su jurisprudencia reforzada con el paso del tiempo al abordar este delito y su contraposición con el derecho a la libertad de expresión.

Así, en numerosas sentencias vemos plasmada los elementos que vertebran el delito en cuestión⁴²:

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

En este sentido se entiende como justificación de medios violentos y una instigación al empleo de medios terroristas, siendo considerado el terrorismo como un medio necesario para conseguir unos fines concretos y que, por ende, deba ser merecedor de alabanzas. Así debe ser tomada en cuenta en dicha instigación de incitar tanto en los mensajes proferidos como la prolongación en el tiempo en el que se produzcan⁴³.

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

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577 CP.

El art. 572 CP es un artículo relativo a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo que promuevan, constituyan, organicen o lo dirijan, así como aquellos que participen activamente.

En relación a los artículos del 573 CP al 577 CP, se trata de delitos pertenecientes a la sección 2ª de los delitos de terrorismo. En el art. 573 CP se establece la definición de delito de terrorismo y las penas que se les asigna en función de los distintos delitos que atenten contra la vida humana y la libertad sexual de las personas, al igual que aquellos delitos que puedan afectar a miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de las Fuerzas Armadas o empleados públicos de instituciones penitenciarias. Además, se contemplan la comisión de delitos de sedición y rebelión si fuesen cometidos por grupos terroristas.

⁴² Remisión a las SSTS 149/2007 de 26 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2007/948; 585/2007 de 20 de junio, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2007/3440 y 539/2008 de 23 de septiembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2008/5597.

⁴³ Remisión a la STS 185/2019 de 2 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2019/1234.

El art. 574 CP establece la pena a la que serían sometidas las personas que ostenten la tenencia o tengan en depósito armas y municiones o sustancias explosivas o inflamables. También son incluidas aquellas armas o aparatos de naturaleza nuclear, química o de naturaleza destructiva. El desarrollo del tipo de armas mencionadas con anterioridad (nucleares o armas biológicas) así como su posesión, transporte o su manipulación, son tomados en cuenta en el tercer apartado de este artículo.

El art. 575 CP penaliza a aquellas personas que son adoctrinadas y reciban adiestramiento militar o de combate. En este precepto iguala la misma pena a aquellas personas que decidan adoctrinar en atención a la habitualidad que lo hace y el medio telemático utilizado dada la envergadura de público accesible a la que se puede llegar. Aunque cabe resaltar que tiene que ser cometido en territorio español.

El art. 576 CP castiga a aquellas personas que utilicen, posean, conviertan o realicen cualquier actividad con bienes o valores de cualquier clase o aún sabiendo que serán utilizados con fines terroristas. También son contemplados aquellos casos en los que la conducta cometida atente contra el patrimonio cometiendo extorsión, falsedad documental o delitos similares. Además, para los supuestos en los que una persona esté sujeto a colaborar con la autoridad por ley en la prevención de actividades de financiación, incumpla en sus obligaciones por imprudencia grave, será igualmente castigado. Se incluye en este precepto la comisión de los actos tipificados descritos en este artículo cuando sea realizado por una persona jurídica.

La conducta típica del art. 577 CP es la colaboración en el delito de terrorismo para conseguir su comisión. El adoctrinamiento idóneo por su contenido en la captación de personas también es una conducta penada y contemplan, en su tercer apartado, la comisión por imprudencia grave.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos.

Dentro de este objetivo cabe señalar que no resulta necesario reconocer a una o varias personas pues es posible que sea exaltado un colectivo de autores o copartícipes.

3º. Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosas concurrencias y hoy día, dada la evolución tecnológica a través de internet.

El rol que juegan los medios de difusión en este delito es relevante puesto que al ser emitido de manera pública y constante, hace que la cantidad de personas a las que les puede llegar el mensaje sea mayor, sobre todo cuando se trata en la manifestación a través de medios telemáticos o redes sociales donde la comunidad virtual es mayor y tiene una gran facilidad de acceso a tales manifestaciones apologéticas.

La tipicidad subjetiva manifestada en la apología al terrorismo versa sobre el dolo pero ha de ser tenida en cuenta en relación con el móvil del autor. De esta manera, el autor de la conducta enaltecida tiene conocimiento pleno y voluntad manifestada para difundir mensajes donde se evocan y ensalzan a las acciones violentas de un grupo terrorista, es decir, que el mensaje contenga un menoscabo de la reputación y dignidad de las víctimas del terrorismo y sus familiares.

En los casos en los que se expresen mensajes en tono jocoso o en forma de sátira, serán considerados como discurso de odio que legitima al terrorismo como vía de resolución de conflictos, por no hablar de la situación de revivir un recuerdo latente y doloroso el atentado contra la vida, la integridad física o sexual incluso de aquel familiar cercano que lo vivió.

Por ello, cabe mencionar la irrelevancia, en términos de tipicidad, de la no precisión de la finalidad que se quiere conseguir con la comisión de dichas conductas de enaltecimiento o humillación. En este sentido, la doctrina expresa que es suficiente con la subsunción de la justificación resolver de manera violenta diferencias políticas y/o sociales, además de la continuidad formal y consciente de dichos mensajes apologéticos⁴⁴. Por lo que no es necesario que se cometa alguna acción terrorista.

En relación a los sujetos, aclarar que el sujeto pasivo será considerado como tal cuando, objetivamente, constate una situación de riesgo per se o para las personas, de igual manera que los derechos de terceros o para el sistema de libertades.

Por otra parte, destacar que al tratarse de un delito de comisión activa, queda excluida la comisión por omisión dada la improbabilidad de una situación en la que se cometa enaltecimiento al no reaccionar, ya sea diligentemente como en posición de garante, a una justificación o humillación a las víctimas de terrorismo.

⁴⁴ Remisión a la STS 4/2017 de 18 de enero, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2017/50.

En lo que atañe a la antijuricidad, decir que es posible su exclusión formalmente puesto que debe ser comprobada la concurrencia de otro precepto que pueda ser constitucionalmente tolerable la sanción penal, es decir, que se determine de manera concisa la legitimidad constitucional de la ley que amenaza conductas enaltecidas recogidas en el art. 578 CP.

Por lo anteriormente explicado, el papel que juegan los comportamientos de enaltecimiento del terrorismo implica una injerencia directa y legítima en la libertad de expresión de quienes manifiestan sus convicciones en la medida en que sea posible el aliento al discurso de odio por haber alentado, ya sea directamente o de manera indirecta, un estado de riesgo para las personas o derechos de terceras personas o para el propio sistema de libertades. Por ello, la fundamentación de la finalidad perseguida para ejecutar tales actos de descrédito o enaltecimiento resulta relevante⁴⁵.

⁴⁵ Remisión a la STS 52/2018 de 31 de enero, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2018/719.

4. TEMÁTICA DE ENLACE

En esta parte de mi trabajo de fin de grado quiero desarrollar de manera práctica la contraposición de ambos preceptos con ejemplos de los más sonados actualmente y de gran relevancia para las personas a la hora de manifestar sus convicciones y del impacto que tendrán si traspasan el límite legal establecido. Casos que suscitaron colisiones de opiniones respecto a si se estaba vulnerando un derecho fundamental o si, por el contrario, se cometía un delito que atentaba contra toda una sociedad.

En primer lugar, se encuentra el Caso Valtònyc. STS 79/2018:

Josep Miquel Arenas Beltrán es un rapero español, comúnmente conocido por su nombre artístico, Valtònyc. El 23 de agosto de 2010 fue acusado de enaltecimiento del terrorismo entre otros cargos de los que fue acusado debido a que el contenido de sus letras manifestaba un claro carácter laudatorio de las organizaciones terroristas ETA y GRAPO y que incitaban a la repetición de acciones violentas, además de su manifiesto menosprecio y humillación a las víctimas que sufrieron el terrorismo.

Entre las frases proferidas por el artista se hallan: “matar un guardia civil”, “ponerle una bomba al fiscal”, “a ver si ETA pone una bomba y explota”, “para todos aquellos que tienen miedo cuando arrancan su coche, que sepan que cuando revienten sus costillas, exploten brindaremos con champán”, “un atentado contra Montoro otro logro pa nosotros, socialicemos los medios de producción a tiros y a la mierda los votos”, “a ver si te enteras, como el caso Bárcenas, pierdo los papeles y en cuarteles grito GORA ETA”, “Que pena que no haya cerca gulags como Siberia”; “¡Ah! un puto pepero con los sesos fuera, por la presión del banco al no poder pagar la hipoteca. Eso no pasará, pero que un Grapo los secuestre y no puedan pagar la fianza, ¿quién sabe? Quizá” y “Bauzá debería morir en una cámara de gas, pero va?. Eso es poco, su casa, su farmacia, le prenderemos fuego” entre otras más explícitas frases.

Cuando la Audiencia Nacional juzgó el asunto, terminó fallando en su contra condenándolo a tres años y medio de prisión por enaltecimiento del terrorismo. Conocido el fallo, el rapero decidió abandonar el territorio español para evitar su ingreso en prisión, que terminó en una emisión de orden nacional, europea e internacional de búsqueda y captura.

El caso siguió su curso llegando al TS el cual tuvo en cuenta la defensa del rapero el cual argumentaba que sus letras no eran sino una manifestación clara de su legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión en relación a la creación artística amparada en el art. 20.1.b CE. Así se defendía de las acusaciones con la argumentación de no haber sobrepasado los límites establecidos haciendo alusión a la Decisión Marco Europea 2008/913/JAI la cual versa sobre expresiones dirigidas contra las minorías sociales, minoría religiosa, étnica o sexual.

No obstante, se observó también que el disfrute de tal derecho no era ilimitado pues en el mismo artículo, en su apartado cuarto, se exponen los límites a los que todas las personas deben acotarse para mantener el orden social y respeto mutuo en la diversidad de opiniones sin pasar a cometer delitos que afecten a terceros o a toda una población. Así se hizo alusión a jurisprudencia constitucional ya mencionada anteriormente, la STC 177/2015 de 22 de julio, el cual pone en conocimiento los límites a los que se debe acotar la libertad de expresión y la necesidad de sancionar y prevenir aquellas formas de expresión que instiguen, promuevan o justifiquen odio basado en la intolerancia además de la no autorización del uso de la violencia para imponer convicciones personales utilizando como causa de justificación la libre manifestación de ideas.

Además se citó una sentencia del TEDH (STEDH de 16 de julio de 2009, Caso Feret vs Bélgica)⁴⁶ en el cual se explica la no necesaria llamada a actos de violencia o actos delictivos para ser considerados como tales pues resulta suficiente que los hechos impliquen incitación a la violencia de manera que pueda ser incardinado en un discurso de odio.

Respecto al carácter simbólico que alegaba la defensa respecto a sus canciones y que no se aludía directamente a ninguna de las víctimas de terrorismo, y que, por lo tanto, no encajaría en el tipo de humillación a las víctimas del terrorismo, se responde la acusación con citas a la jurisprudencia del TC como la STC 136/1999 de 20 de julio en la que se considera que no se debe amparar en la libertad de expresión aquellas expresiones manifiestas en las que se observen amenazas o intimidaciones a los

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Caso Feret contra Bélgica nº 31276/05 de 3 de febrero de 2009.

ciudadanos o a los electores dado que en tal caso afectaría al respeto de la libertad de los demás. Y, de igual forma, con los símbolos que aludan a una intolerancia excluyente.

De hecho, tomando como base la argumentación de la defensa en la que se manifiesta que no existe tampoco delito de odio, se sirve el TS de la jurisprudencia del TC al recalcar que el discurso de odio, además de abarcar odio hacia minorías, también entran dentro del delito aquellas expresiones en las que se fomente el rechazo y exclusión de la vida política, aún más si se enuncian eliminaciones físicas de personas que no compartan un mismo ideario de quien la profiere, como es el caso.

Por todo lo enunciado, tanto el TS terminó fallando en su contra, desestimando el recurso presentado y ratificando la sentencia de la Audiencia Nacional

El caso llegó hasta el TEDH, el cual terminó inadmitiendo el recurso del rapero Valtònyc así como el rechazo a la medida pedida por el rapero para declarar nula la orden de ingreso en prisión que se dictó contra él la Audiencia Nacional tras la confirmación de su condena tanto por el TS y la inadmisión del recurso por el TC.

El caso Strawberry:

César Montaña Lehmann, mayormente conocido como César Strawberry es un escritor, compositor y cantante español, vocalista del grupo Strawberry Hardcore. En mayo de 2015 se vio involucrado en la Operación Araña del que resultó ser acusado por enaltecimiento del terrorismo en la modalidad de menosprecio a las víctimas de tal delito debido a unos mensajes difundidos por la red social Twitter entre noviembre de 2013 y enero de 2014.

Los mensajes publicados en Twitter son los siguientes: *“El fascismo sin complejos de Aguirre me hace soñar hasta con los GRAPO”*, *“A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora”*, *“Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina”*, *“Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado”* y *“Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco”*.

El caso pasó por la Audiencia Nacional en su sentencia 20/2016 la cual finalmente dictaminó que, aunque el cantante haya utilizado un tono provocador, irónico y sarcástico en los mensajes proferidos, debe ser absuelto dado que no

constituye ni alcanza la categoría de sus expresiones en un delito de apología al terrorismo y no quedaba acreditado que la intención del acusado era la de defender los idearios de una organización terroristas así como tampoco se ve claramente manifiesta intención alguna de menospreciar a víctimas del terrorismo.

Además, cabe resaltar que respecto a su pronunciamiento del elemento subjetivo del delito del art.578 CP, expone que se exige una intención ofensiva clarificada y manifiesta, una intención evidente de humillar a las víctimas del terrorismo que, según su postura mayoritaria no se ve claro.

No obstante, ante la fiscalía, introdujo una tesis acusatoria en la que se exponía que los tuits publicados debían ser penados en atención a la literalidad manifiesta y no centrarse tanto en el perfil del emisor o las circunstancias que le rodean.

Haciendo un paréntesis en el desarrollo del caso, dada la complejidad del caso debo exponer dos sentencias en función de los preceptos que cada una de ellas defiende, puesto que, al contrario que en el caso Valtòny en el que tanto el TS como el TC estuvieron de acuerdo, este caso es un claro ejemplo de la contraposición de ambos tribunales. Por ello, expondré los argumentos jurídicos en los que se avala el TS debido a que su sentencia se publicó con anterioridad a la del TC, la cual fue la última en pronunciarse al respecto.

Caso Strawberry. Sentencia del Tribunal Supremo 4/2017:

Al contrario de lo expuesto por la Audiencia Nacional en su sentencia, el TS afirma que, en relación a la intencionalidad del sujeto, es suficiente que el sujeto activo (en este caso, César Strawberry) sea consciente del contenido nostálgico hacia acciones violentas hechas por un grupo terrorista y que, por voluntad propia, decida difundir dichos mensajes públicamente, alimentando el dolo, legitimando actos terroristas como una vía para resolver conflictos sociales y obligar a una víctima a revivir un recuerdo aún latente de la pervivencia de la amenaza, el secuestro o asesinato de algún familiar cercano.

Por otra parte, respecto a la concurrencia del dolo básico en el caso, el TS estimó la pretensión del recurso de la mano de la fiscalía la cual argumenta que queda probado que no es fruto de la casualidad que la publicación de esos tuits desde su cuenta, ya que es por voluntad del acusado registrarse en Twitter para tener una cuenta y conservarla

en el tiempo hasta alcanzar cierta cantidad considerable de seguidores para, finalmente, publicar su ideario mediante tuits. Es decir, se trata de un hecho voluntario, prolongado y permanente en el tiempo y que fomenta violencia terrorista.

Otro hecho que merece ser tenido en cuenta es la relevancia que tiene actualmente las nuevas tecnologías y la extensión de las manifestaciones expresadas mediante ellas. Asimismo, el daño que pueda causar la publicación de un mensaje puede variar dependiendo del momento en que se publiquen pudiendo llegar a un número reducido de destinatarios o a una gran masa de personas. Además que quien profiera un mensaje que incite a la violencia terrorista así como a actos delictivos, tiende a caer dicho mensaje a la perpetuidad dado que su difusión puede ser incrementada exponencialmente. No es lo mismo los medios comunicativos clásicos que los utilizados hoy en día ya que, a diferencia de éste último, los clásicos tienen un número limitado de destinatarios así como los efectos que éstos tendrían.

En relación a la comisión del art. 578 CP en redes sociales, cabe empezar diciendo que no es un caso sin precedentes puesto que la propia sala ya conoció de asuntos similares en redes sociales como Twitter o Facebook⁴⁷ o, incluso, páginas web⁴⁸ que persigan el mismo fin de enaltecer el terrorismo o humillar a las víctimas del mismo. No con ello se persigue penalizar bromas de mal gusto sino condenar una cara de la humillación que supone y produce en forma de burla u ofensa para aquellas personas que han sufrido el terrorismo. Por ende, en caso de que efectivamente se produzcan dichas ofensas, corresponde aplicar el precepto penal que castiga dichas actuaciones.

Ante todo lo dicho, la Sala de lo Penal del TS decidió condenar por mayoría a Luis Miguel como autor del delito de enaltecimiento del terrorismo con una pena de prisión de un año y seis de inhabilitación absoluta.

Sin embargo, hubo un voto particular en la sentencia por parte del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez el cual consideró que la finalidad de los tuits publicados no van más allá que la de provocar o escandalizar dado que constituyen una expresión comúnmente utilizada por grupos sociales que buscan reaccionar contra el establishment

⁴⁷ Remisión a la STS 820/2016 de 2 de noviembre.

⁴⁸ Remisión a la STS 846/2015 de 30 de noviembre.

del que se sienten excluidos. Por ello, estos mensajes no pasan de tener un corto recorrido dado el auto-agotamiento que presentan y la carencia de conexión práctica.

Caso Strawberry. Sentencia del Tribunal Constitucional: 35/2020

Tras el fallo del TS estimando la condena de la Audiencia Nacional, el acusado decidió recurrir al TC quien terminó por considerar lo contrario que el TS absolviéndolo de los cargos que tenía y anulando la condena que se le emitió.

El eje de debate que el caso presenta es la imposición de un delito que ha sido argumentado por el TS y del que el TC no se pronunciará puesto que no puede pronunciarse respecto a normas infra-constitucionales. Por ello, centrará su argumentación en si ha sido vulnerado el derecho a la libertad de expresión del acusado.

El TC empieza diciendo que la libertad de expresión no es un derecho absoluto e ilimitado sino que tienen límites a los que hay que acotar dicho derecho y deben ser respetados en atención al principio de proporcionalidad aplicable cuando se contrapone con un delito de tal categoría como lo es el de enaltecimiento al terrorismo. De tal manera que la labor del TC se focaliza en considerar si las expresiones del artista son consideradas expresión de un juicio de valor legítimo y dentro de los marcos establecidos por la ley o, si por el contrario, lo que se pretende es avivar odio y fomentar la intolerancia en el sistema democrático que disfruta España. Por ello, manifiesta el TC que el trabajo del TS es valorar *ex ante* si la conducta enjuiciada es considerada un ejercicio del derecho a la libertad de expresión dentro del marco legal antes de aplicar el tipo penal y subsumirlo en él sin tener en cuenta el valor predominante que tiene la libertad de expresión. La ausencia de la valoración *ex ante* supondría una clara vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión y, por ende, sería posible su debida interposición del recurso de amparo ante tal caso.

Por ello, antes de entrar a valorar los elementos subjetivos y objetivos observados en el caso en cuestión, resultaba necesario ponderar si dichas actuaciones representaban el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

Respecto al elemento subjetivo del caso, el TC puso de manifiesto que no consideraba la subsunción en el tipo los mensajes del acusado dado que, para ello, tendría que mostrarse un ánimo específico en el autor, el cual no se halla presente en la conducta del acusado al publicar los tuits.

En cuanto a la colisión de preceptos, el TC toma en consideración el recuerdo del carácter preferente que tiene la libertad de expresión cuando ésta entra en conflicto con otros intereses de notoria importancia social y política reforzada por la regulación penal. Así, cuando se le aplique a la libertad de expresión las limitaciones pertinentes, deben ser aplicadas de manera que no quede desnaturalizada la libertad de expresión.

Por otra parte, ante la inobservancia de la valoración previa que era necesaria para poder decidir si era constituido como ejercicio legítimo de la libertad de expresión o no, no fue posible seguir con la subsunción en el tipo de los elementos subjetivos y objetivos y, en el caso de que se pudiera, el TC aclaró que los tuits son considerados como crítica a la situación política y social dirigido hacia las personas con cargos públicos relevantes y que se tomó posición manifiesta en favor de un partido político determinado.

Ante lo expuesto, el TC consideró que la sentencia condenatoria se le antojaba insuficiente por razón de la carencia de la valoración previa y que, por ello, se consideraba vulnerado el derecho a la libertad de expresión del acusado y se debía declarar la nulidad de la sentencia del TS.

Otro caso práctico en el que se manifiesta una contraposición de ambos preceptos es el ámbito yihadista.

Este ámbito pone de relieve un conflicto que se basa en la lucha de los yihadistas contra la sociedad occidental. De esta manera lo que se busca es la prevalencia y recuperación del poder que antaño los musulmanes ostentaban utilizando medios violentos para conseguirlo. Por ello, para obtener acólitos, ¿qué medios son utilizados? Actualmente optan por medios digitales donde la captación es más fácil y la propagación de pensamientos tendentes a ello es mayor.

Así se manifiesta en una sentencia del TS⁴⁹ la cual versa sobre un par de hombres que empiezan a ser objeto de un seguimiento policial por el contenido de sus publicaciones claramente laudatorias de la yihad violenta así como de organizaciones y personajes terroristas. Pero no sólo se recabó información por sus publicaciones compartidas sino también por las páginas que visitaron y de su alto contenido yihadista con imágenes cruentas de situaciones bélicas al igual que la manifiesta difusión y

⁴⁹ Remisión a la STS 47/2019 de 4 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª RJ 2019/527.

propagación de cambios de información ensalzando y alabando significados y personajes terroristas del Estado Islámico en plataformas vituales abiertas donde sus acceso es fácil a otras personas, en concreto se utilizó la red social Facebook. Y, aunque no se obtuvieran pruebas de su posible vinculación directa con miembros o implicación alguna en las actividades de dicha organización terrorista, ya se ve manifestada la comisión de la apología del terrorismo como resultado de la extralimitación fuera del amparo constitucional de la libertad de expresión de las propias ideas puesto que se atenta contra la sociedad democrática y su bienestar.

5. CONCLUSIÓN

Actualmente, las convicciones o juicios de valor subjetivos tienen mayor relevancia que antes puesto que, al vivir en una sociedad globalizada de fácil acceso a diversas plataformas virtuales así como redes sociales que nos permite tener un mayor contacto con personas de opiniones divergentes, las cuales pueden ser contrarias a la sociedad democrática en la que vivimos, por lo que su persecución y obtención de pruebas acusatorias es más fácil.

No obstante, sobrepasar el límite constitucional de la libertad de expresión supondría un atentado contra la sociedad que se ha construido a base de experiencias desagradables que nos ha llevado a redactar normas y acuerdos para su no vuelta a la producción de fatales situaciones que dañen a la sociedad por ideas producto de un irracional odio y una intolerancia aún latente por razones ideológicas como sucede, en un ámbito nacional, con expresiones que ensalcen figuras de la organización terrorista, ETA, o se produzca el menoscabo o humillación de las víctimas así como de sus familiares. O también por razones religiosas, como lo es con el tema yihadista, en la que se difunden, como se ha observado, imágenes que alienten a personas pertenecientes al estado islámico o se plasme la humillación de las víctimas mediante actos vejatorios.

El impacto que tienen las distintas formas de manifestación de unos juicios de valor u opiniones subjetivas con un trasfondo de incitación terrorista supone sin lugar a dudas un golpe contra los ciudadanos y sus derechos y libertades, así como supone un daño para la sociedad democrática y libre. Por ello, resulta importante su erradicación desde la prevención mediante actos que sean tipificados por normas, como así ocurre en nuestro ordenamiento, para evitar que se termine cometiendo tales actos terroristas.

Además, el papel que juega la intención del sujeto resulta determinante para saber si se ha vulnerado la libertad de expresión como se dio en el caso Strawberry o si constituyó un delito de apología al terrorismo como en el caso Valtòny.

Por último, también cabe reflexionar sobre la adecuación y efectividad que se tiene puesto que, aun castigando dichos actos, han seguido continuando actuaciones similares y no han sido extinguidas o, si se ha actuado, se ha producido el paso a otro delito que es el de la efectiva comisión de un acto terrorista.

6. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional:

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 4/2017 de 21 de febrero. ARP 2017/884.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 20/2016 de 18 de julio. ARP 2016/781.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) 3/2019 de 23 de enero. ARP 2019/327.

Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional:

- Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985 de 13 de febrero. RTC 1985/19.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986 de 17 de julio. RTC 1986/104.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1986 de 16 de diciembre. RTC 1986/159.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 de 16 de diciembre. RTC 1987/199.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1989 de 22 de febrero. RTC 1989/51.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1990 de 6 de junio. RTC 1990/105.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990 de 12 de noviembre. RTC 1990/171.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1992 de 8 de junio. RTC 1992/85.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995 de 11 de diciembre. RTC 1995/176.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999 de 20 de julio. RTC 1999/136.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007 de 7 de noviembre. RTC 2007/235.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2010 de 19 de julio. RTC 2010/34

- Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015 de 22 de julio. RTC 2015/177.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016 de 20 de junio. RTC 2016/112.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020 de 25 de febrero. RTC 2020/35.

Sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Caso Women On Waves y otros contra República de Portugal, nº 2009/18 de 3 de febrero de 2009.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Caso Feret contra Bélgica nº 31276/05 de 3 de febrero de 2009
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), Caso María de Fátima Almeida Leitão Bento Fernandes Contra República de Portugal, nº 2015/30 de 12 de marzo de 2015.

Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo 149/2007 de 26 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2007/948.
- Sentencia del Tribunal Supremo 585/2007 de 20 de junio, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2007/3440.
- Sentencia del Tribunal Supremo 656/2007 de 17 de julio, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2007/3660.
- Sentencia del Tribunal Supremo 539/2008 de 23 de septiembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2008/5597.
- Sentencia del Tribunal Supremo 224/2010 de 3 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2010/1469.
- Sentencia del Tribunal Supremo 846/2015 de 30 de diciembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2015/5888.
- Sentencia del Tribunal Supremo 297/2016 de 5 de mayo, Sala de lo Civil, Sección 1ª. RJ 2016/2451.

- Sentencia del Tribunal Supremo 820/2016 de 2 de noviembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2016/5197.
- Sentencia del Tribunal Supremo 4/2017 de 18 de enero, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2017/50.
- Sentencia del Tribunal Supremo 378/2017 de 25 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2017/2560.
- Sentencia del Tribunal Supremo 52/2018 de 31 de enero, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2018/719.
- Sentencia del Tribunal Supremo 79/2018 de 15 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2018/827.
- Sentencia del Tribunal Supremo 646/2018 de 14 de diciembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2018/5588.
- Sentencia del Tribunal Supremo 47/2019 de 4 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª. RJ 2019/527.
- Sentencia del Tribunal Supremo 185/2019 de 2 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1ª.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Catoira, A., (1999), “Límites establecidos en la Constitución”, *La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Madrid, Editorial Tirant lo Blanch, pp 131-138.
- Cuerda Arnau, M. L., (2007), “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 128, pp 89-121.
- De Esteban, J. y González- Trevijano, P., *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid, Editorial Textos. Servicio de publicaciones facultad Derecho, pp 135 – 139.
- Gómez de la Escalera, C., (2018), *La libertad de expresión reforzada del abogado*, Madrid, Tirant Lo Blanch.
- González- Vargas Ibáñez, A., (2018), *Libertad de Expresión, Libertad Religiosa y Prevención del Terrorismo: Régimen Jurídico en los Ordenamientos Internacional y Francés*, Madrid, Editorial Dykinson, pp 104- 120.
- López-Nieto Y Mallo, F., (2006), “Seguridad ciudadana y orden público”, *Honor y Protocolo*, Madrid, Editorial El consultor de los ayuntamientos, pp 563-565.
- Marciani Burgos, B., (2014) *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, Lima, Editorial Palestra Editores, p 131.
- OSORIO ITURMENDI, L., “los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites de la libertad de expresión”, en *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS (1)*, XII Jornadas de Estudio, Madrid 1992, pp 666.
- Rodríguez, A., (2015) “El ámbito de las libertades del artículo 20 CE: La libertad de expresión”, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, pp 507- 508.
- Sagrario Moran, B., (2012), “La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia Visión histórica de la lucha contra el terrorismo internacional en Europa. II. Terrorismo Anarquista, el primer modelo de terrorismo en el panorama internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, Editorial Universidad de Navarra, pp 251 – 284.

- Satrústegui, M., García Morillo, J., Espín E., Pérez Tremps, P., López Guerra, L., (2018), “Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información”, *Derecho Constitucional, Tomo 1, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp 304 - 325.

Revistas electrónicas:

- De la Corte Ibáñez, L. (2006) “Caldos de cultivo y detonantes sociales del terrorismo”, *La lógica del terrorismo*, Editorial: Alianza, Disponible en: <http://bv.unir.net:2365/lib/univunirsp/detail.action?docID=4909453>.
- [CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL: REVISTA DE SEGURIDAD PÚBLICA Nº53]: Aparicio-Ordás González-García L., (2016) “*La primera legislación antiterrorista en España. La respuesta del estado español frente al terrorismo anarquista*”, 5-20. Disponible on line: <https://biblioteca.guardiacivil.es/>
- [DIARIO LA LEY]: De Vega Ruiz, J. A., (1988), “Libertad de Expresión”, *Las Libertades Públicas y sus Limitaciones en Casos y Circunstancias Especiales*, pp 1036, tomo 1. Disponible on line: <https://diariolaley.laleynext.es>