

La libertad de expresión y el enaltecimiento al terrorismo: el asunto Erkizia Almandoz c. España

Freedom of expression and glorification of terrorism: the case Erkizia Almandoz vs. Spain

ANDRÉS IVÁN DUEÑAS CASTRILLO

Universidad de Valladolid

andresivan.duenas@uva.es

ORCID: 0000-0001-8571-0922

Cómo citar: Dueñas Castrillo, Andrés Iván, “La libertad de expresión y el enaltecimiento al terrorismo: el asunto Erkizia Almandoz c. España”, *Revista de Estudios Europeos* 82 (2023): 328-338.



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.82.2023.328-338>

INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión ha sido tratada por la jurisprudencia constitucional y europea como uno de los derechos fundamentales sin los cuales no se podría afirmar que estamos realmente ante una sociedad democrática.

Sin embargo, en los últimos años la doctrina y asociaciones defensoras de los derechos humanos han llamado la atención acerca de que España está limitando en exceso esta libertad en relación con conductas que, en algunos casos, se han interpretado que cumplen con el tipo de enaltecimiento del terrorismo establecido en el artículo 578 del Código Penal (en adelante, CP).

La sentencia que se analiza a continuación, que resuelve el caso Erkeiza Almandoz c. España, trata sobre este extremo. Se pretende, por tanto, explicar cuáles son los hechos y la resolución jurídica del supuesto, para terminar con una reflexión crítica acerca de la relación entre el delito de enaltecimiento al terrorismo y la libertad de expresión.

1. CONTEXTO DE LOS HECHOS

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resuelve el caso Erkizia Almandoz c. España, de 22 de junio de 2021, resuelve un caso en el que el demandante fue condenado por enaltecimiento del terrorismo tras haber participado en un acto como orador principal en el que se rendía homenaje a un antiguo miembro de la organización terrorista ETA, José Miguel Beñaran Ordenaña, alias “Argala”.

Tal acto tuvo lugar el 21 de diciembre de 2008, con el lema *Independenzia eta sozialismoa* (“Independencia y socialismo”). Argala había fallecido 30 años antes, asesinado por la organización terrorista de extrema derecha Batallón Vasco Español. Estaba organizado por la propia familia del exetarra en el pueblo de Arrigorriaga (Vizcaya).

Tal y como recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), este evento se desarrolló “en un contexto de reflexión de la organización independentista ETA para poner fin al conflicto armado” (párrafo 7). Lo que se discute en este supuesto es si el discurso pronunciado por el demandante tenía como propósito enaltecer el terrorismo o, en cambio, entra dentro de los límites de la libertad de expresión. La sentencia, en su párrafo 8, transcribe en su totalidad el discurso, entre las que se encontraban las siguientes afirmaciones:

“Es momento de reflexión, de seguir trabajando con confianza, pero al mismo tiempo de reflexión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático”.

“Es el momento de reflexionar y plantearse cómo elegir el camino más adecuado, que es nuestra gran apuesta”.

“(L)a propuesta de la izquierda independentista es una propuesta estrictamente democrática, como se demostró en Loyola, por medios democráticos”.

“(L)a izquierda independentista debe demostrar muy claramente que es capaz de llevar a este pueblo hasta el final”.

El discurso finalizó así:

“¡VIVA EL PAÍS VASCO LIBRE!
¡VIVA EL PAÍS VASCO VASCOPARLANTE!
¡VIVA ARGALA!”

El demandante había sido condenado el 3 de mayo de 2011 por la Audiencia Nacional por un delito de apología del terrorismo, tipificado en el artículo 578 CP, dado que, entiende la Audiencia, Erkizia había

justificado y excusado las acciones del terrorista fallecido y el discurso apoyaba acciones terroristas. Y es que, tal y como reproduce la sentencia objeto de estudio, “(e)n opinión de la Audiencia, el demandante participó voluntariamente en el evento como orador principal y, a su juicio, no se había limitado a hacer un discurso estrictamente político a favor de la independencia del País Vasco y del socialismo, lo que no habría sido jurídicamente reprobable, sino que había hecho deliberadamente su discurso de forma ambigua (...) y había gritado *Gora Argala* (“Viva Argala”) al final de su discurso, alabando a Argala como terrorista” (párrafo 10).

El demandante recurrió en casación la decisión de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo, que dictó sentencia el 14 de marzo de 2012. El Alto Tribunal inadmitió el recurso, con argumentos muy similares a los de la Audiencia Nacional. En este caso, el Tribunal Supremo defendió que el contenido del discurso no era como tal lo condenable, sino el pronunciamiento al final a favor de Argala, así como los actos realizados en su honor. Además, señaló que el discurso se había realizado en un lugar público ante más de 250 personas, con una importante repercusión pública, ya que habían sido difundidos en prensa. En esta resolución, se emitió un voto particular en el que se defendía que en el discurso del condenado no había ninguna expresión de alabanza al terrorismo, más bien al contrario, que estuvo dirigido a la importancia de buscar medios pacíficos para lograr los objetivos políticos del independentismo vasco, por lo que los elementos fácticos no permitían concluir que el demandante “tuviera la intención de exaltar más allá de toda duda razonable” (párrafo 11).

Por último, el demandante agotó la vía interna acudiendo en amparo al Tribunal Constitucional, que resolvió en su sentencia 112/2016, de 20 de junio. Se invocó violación de los derechos a la libertad ideológica y libertad de expresión, además del de participación política. Se alegó que “(l)a expresión *Gora Argala* (...) no implicaba en absoluto un elogio a los actos terroristas o a Argala como terrorista, sino un homenaje a un amigo que había sido asesinado por una organización terrorista de extrema derecha (...)”, además de que “(l)as diversas muestras de veneración y respeto que tuvieron lugar durante el acto (incluyendo actuaciones de música, poesía y danza) eran actividades habituales en los funerales del País Vasco”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, además de entender que la conducta de Erkizia entraba dentro del delito de enaltecimiento del

terrorismo del artículo 578 CP, argumentó –a mi juicio, de manera sorprendente, como explicaré en el último epígrafe- que el discurso podía calificarse como “discurso de odio”, “por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”. En esta sentencia, el magistrado Xiol Ríos emitió un voto particular en el que defendió que se había producido una lesión del derecho del demandante a la libertad de expresión, dado que, explícitamente, en el discurso se había pedido que se consiguieran los objetivos políticos del independentismo de manera pacífica y democrática”.

2. RESOLUCIÓN DEL CASO

Ante el TEDH el demandante, de nuevo, alegó que el objetivo de su discurso no era otro que defender que la consecución de los objetivos políticos del independentismo vasco se debía realizar a través de medios democráticos y pacíficos y, en ningún caso, alentar a la comisión de actos violentos. Por su parte, el Gobierno mantuvo que “en su discurso el demandante se había referido a la necesidad de continuar la lucha armada mientras se llevaban a cabo las negociaciones con las autoridades nacionales (...), además de que “ETA había seguido el camino defendido por el demandante y, por esa razón, se habían producido nuevos atentados durante 2008” (párrafo 32). El Gobierno no aporta, sin embargo, nada que pruebe tal causalidad.

El TEDH comienza su valoración recordando la importancia que tiene la libertad de expresión en una sociedad democrática, como condición esencial para que exista tal y aplicándose también a ideas que pueden herir, ofender o molestar. Pero la libertad de expresión tiene límites, entre los que se encuentra la dignidad humana, por lo que puede considerarse necesario sancionar y/o impedir formas de expresión que promuevan el odio. Por esto, en este caso en concreto, “debe examinarse la injerencia en cuestión considerando el asunto en su conjunto para determinar si fue proporcionada al objetivo legítimo perseguido y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla parecen pertinentes y suficientes” (párrafo 35).

En cuanto a si en las palabras de Erkizia hubo discurso de odio o no, el Tribunal enumera una serie de factores para que se dé, que son: (i) si las declaraciones se realizaron en un contexto político o social tenso, (ii) que el discurso pueda considerarse un llamamiento directo o indirecto

a la violencia o una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia y (iii) la forma en que se hicieron las declaraciones y su capacidad para causar daño (párrafo 37). En aplicación al caso concreto, se explica que, en primer lugar, el demandante era una persona de relevancia política en el País Vasco, pero que en el momento de realizar los hechos no se encontraba en calidad de político. El Tribunal sí que entiende que se cumplió el primero de los requisitos para que pueda haber discurso de odio, esto es, que se realizara en un clima político y social tenso. Sin embargo, no encuentra ningún óbice para afirmar que se incitase a utilizar la violencia, ni directa ni indirectamente, ni que de las declaraciones se desprenda una intención de causar daño. Afirma el Tribunal que “(a)unque algunas de las expresiones utilizadas por el demandante podrían considerarse ambiguas (véase el apartado 10 supra), no puede concluirse que tuviera la intención de incitar a utilizar la violencia mientras justificaba y alababa la violencia terrorista” (párrafo 44). Por todo lo anterior, entiende el Tribunal que en ningún caso el discurso del demandante se puede caracterizar como discurso de odio. Y es que afirma el Tribunal que “(a)unque el discurso se pronunció en el marco de un acto de homenaje a un miembro de la organización terrorista ETA, el Tribunal no puede concluir que el demandante tratara de justificar actos terroristas o de enaltecer el terrorismo. Por el contrario, de las palabras del demandante se desprende que abogaba por la reflexión para emprender una nueva vía democrática” (párrafo 47).

Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que la injerencia de las autoridades españolas no era necesaria en una sociedad democrática y se ha violado por España el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Es interesante señalar que hay dos votos particulares, uno concurrente y otro discrepante. El primero, formulado por el juez Lemmes, argumenta que está de acuerdo con la conclusión del Tribunal, pero que el problema no es tanto la resolución de los Tribunales nacionales, sino la base legal de la condena, esto es, el delito de enaltecimiento al terrorismo tipificado en el artículo 578 CP. Esto también lo ha señalado parte de la doctrina española, a lo que me referiré en el siguiente epígrafe. Por su parte, el juez Dedov mantiene que no hubo vulneración del artículo 10 del Convenio y que la injerencia en la libertad de expresión del demandante estaba justificada.

3. COMENTARIO CRÍTICO

En primer lugar, llama la atención la ligereza con la que el Tribunal Constitucional utiliza aquí el concepto “discurso de odio”. Ya se ha explicado en el anterior apartado qué elementos, a juicio del TEDH, tienen que concurrir para que exista tal. La doctrina ha explicado que el elemento definidor del discurso del odio “sería manifestar intolerancia y odio, discriminación u hostilidad, por cualquier tipo de motivación discriminatoria”, entendiéndose por tales discursos “aquellos que menosprecian, humillan, promueven odio, desacreditan a una persona o grupo (...) siempre y cuando se advirtiera en los mismos un componente ofensivo”¹. También se ha señalado que en este tipo de discursos su peligro latente es que pueden detonar la violencia². Tal intención de incitar a la violencia, según la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, existe cuando “de forma inequívoca³, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador”⁴. Por eso, como ha señalado la Fiscalía General del Estado, “es importante no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con los que han sido utilizadas”⁵.

Si aplicamos todo lo anterior a este caso concreto, es difícil concluir que haya habido tal discurso de odio, como así defiende el Tribunal Constitucional. Para empezar, porque el propio juez español, en sus diferentes pronunciamientos de los diversos Tribunales, admite que en ocasiones el discurso de Erkeiza fue *ambiguo*, por lo que no se puede concluir, además sin demostrarlo de manera suficiente e inequívoca, que hubiera una intencionalidad de provocar violencia. Cuestión que tampoco

¹ Teruel Lozano, G. (2017), “El discurso de odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27, pp. 4 y 6.

² Esquivel Alonso, Y. (2016), “El discurso de odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuestiones Constitucionales*, 35, p. 7.

³ La negrita es mía.

⁴ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia-Consejo de Europa (2015), Recomendación de política general nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo, p. 15.

⁵ Fiscalía General del Estado (2019), Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal, p. 5563.

se denota del propio tenor literal del discurso, como afirma el TEDH. Por eso, al menos en este caso concreto, el máximo intérprete de la Constitución utilizó de una manera un tanto banal este concepto, sobre todo si lo comparamos con otros casos, como el de De Juana Chaos. Aquí el condenado lo fue por verter afirmaciones en el diario Gara de un tono muy diferente al del caso que se está estudiando ahora, tales como:

Hace años escuché o un muy apreciado compañero chillar con fuerza: Sacad vuestras sucias manos de Euskal Herria. ¡Sí, sacadlas, porque otro camino solo implica más sufrimientos! Del futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas⁶.

En relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo, tipificado en el artículo 578 CP, es cierto que, para que se cometa, el discurso realizado no ha de contener expresamente un contenido dirigido a incitar a otros a cometer un delito. Basta simplemente con que el discurso se emita públicamente y que “elogie o alabe actos terroristas previamente cometidos o a quienes los cometieron o uno que humille o menosprecie a sus víctimas, aun cuando éste último no se hubiese difundido públicamente”⁷. Pero la STC 112/2016, a juicio de algún autor, parecía considerar que “toda incitación a la violencia, *per se*, lleva implícito el riesgo necesario para legitimar constitucionalmente la sanción penal”⁸. Sin embargo, como luego ha afirmado el TEDH, en este caso ni siquiera había tal elemento, motivo por el cual se condenó a España.

El problema, a mi juicio, es que actualmente los Tribunales españoles están aplicando de una manera superficial el tipo enaltecimiento del terrorismo, constriñendo así el derecho fundamental a la libertad de expresión. En efecto, han llamado sobre ello la atención, no

⁶ Sacado de Gama Blanco, J. C. (2018), “El discurso del odio: la libertad de expresión *versus* el enaltecimiento del terrorismo”. *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía*, 146, p. 28. Es necesario indicar que en este artículo también se habla del caso que ahora se está analizando y se cometen imprecisiones tendenciosas impropias de un artículo científico, al afirmar que el discurso que pronunció Erkizia terminó con gritos de “Gora ETA”.

⁷ Boza Morengo, E. (2021), “El delito de enaltecimiento terrorista como límite a la libertad de expresión”. *Revista General de Derecho Penal*, 36, p. 17.

⁸ Rollnert Liern, G. (2020), “El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Político*, 109, p. 200.

sólo la doctrina, sino también organismos internacionales defensores de los derechos humanos, como Amnistía Internacional, que en un informe de 2017 destacó que durante el año 2011, en el que aún estaba activa la banda terrorista ETA, tan sólo hubo una condena por enaltecimiento al terrorismo, mientras que en 2017 hubo hasta 75⁹.

En este mismo sentido, algunos autores defienden que los Tribunales españoles han abrazado la teoría del *bad tendency test*, un criterio que surgió en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos para combatir la disidencia política comunista y que establece que “para justificar la restricción de la libertad de expresión era suficiente que pudiera argumentarse que en la conducta expresiva anidaba una *tendencia general* a la incitación de actos violentos o ilegales o, más en general, a la alteración de la estabilidad social”¹⁰. Una tendencia hacia delimitar o, si se prefiere, constreñir el contenido de la libertad de expresión constitucionalmente protegido que se ha advertido desde la academia desde hace ya bastante tiempo, en concreto desde el caso De Juana Chaos¹¹.

El caso objeto de estudio demuestra que los Tribunales españoles deberían preguntarse acerca de si se está realizando una limitación excesiva de la libertad de expresión. Y no sólo debido a este caso, recientemente otros, relacionados con canciones o tweets, han tenido notoriedad pública y se ha criticado la falta de garantías en la protección de la libertad de expresión. Estoy de acuerdo con autores como Cabellos Espiérrez, que ha señalado que “se corre el riesgo de que los límites a la libertad de expresión sean, cada vez más, trazados de un modo tal que el ámbito penalmente relevante se vaya extendiendo como una mancha de aceite dentro de la cual quedan incluidos comentarios, realizados al amparo de la inmediatez y la concisión propios de esas redes sociales”¹².

⁹ Información sacada de Ridao Martín, J. (2018), “Malos tiempos para la libertad de expresión: una revisión de la praxis judicial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e incitación al odio”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 75, p. 10.

¹⁰ Alcácer Guirao, R. (2022), “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión”. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 32, p. 47.

¹¹ Arias Castaño, A. (2007), “Amenazas, enaltecimiento del terrorismo y libertad de expresión: el caso De Juana Chaos”. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 4, pp. 26-27.

¹² Cabellos Espiérrez, M. A. (2018), “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, p. 50.

Ello puede provocar un efecto desaliento, de tal forma que no nos sintamos seguros, como ciudadanos, de ejercer nuestros derechos porque no sabemos hasta dónde puede llegar el límite de su ejercicio y tememos ser castigados por ello, como ha afirmado Serrano Maíllo¹³, algo que no es muestra de una buena salud democrática. Y es que “(a)ceptar estas restricciones o limitaciones entraña un elevado riesgo de relativización de los derechos fundamentales, al pretender que el contenido de los mismos quede reducido a aquellas formas de ejercicio que carezcan de ofensividad o sean inocuas para otros bienes o derechos”¹⁴.

Volviendo al caso que nos ocupa, siguiendo la resolución del TEDH, el problema parece estribar en cómo el juez español está aplicando el delito tipificado en el artículo 578 CP. Parece que se debiera probar que en las conductas enaltecidas del terrorismo hubiera un móvil dirigido a crear de manera clara y directa una afección a la seguridad de los individuos o colectivos hacia los que se dirige¹⁵ o que en ella resida una alta potencialidad lesiva¹⁶. Estoy de acuerdo, sin embargo, con el juez Lemmes. Discuto la existencia del delito de enaltecimiento al terrorismo y pienso que con él se está viendo afectado el núcleo esencial de la libertad de expresión. Concuero con quienes defienden que la decisión más respetuosa con este derecho sería derogar el actual artículo 578 CP¹⁷ que, por otro lado, no existía cuando se aprobó el Código Penal en 1995.

BIBLIOGRAFÍA

Alcácer Guirao, R. (2022), “Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión”. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 32.

¹³ Serrano Maíllo, I. (2021). “¿Es el terrorismo de palabra un límite excesivo y desproporcionado al derecho fundamental a la libertad de expresión? El caso español. *Estudios Constitucionales*, 1, p. 255.

¹⁴ Núñez Castaño, E. (2022), “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de enaltecimiento al terrorismo”, en Galán Muñoz, A. y Gómez Rivero, C. (dirs.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 493.

¹⁵ Ídem, p. 490.

¹⁶ Alcácer Guirao, R., op. cit., p. 60.

¹⁷ Por todos, Alcácer Guirao, R. op. cit., p. 61; o Cabellos Espiérrez, M. A., op. cit., p. 61.

- Arias Castaño, A. (2007), “Amenazas, enaltecimiento del terrorismo y libertad de expresión: el caso De Juana Chaos”. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 4.
- Boza Morengo, E. (2021), “El delito de enaltecimiento terrorista como límite a la libertad de expresión”. *Revista General de Derecho Penal*, 36.
- Cabellos Espiérrez, M. A. (2018), “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia-Consejo de Europa (2015), Recomendación de política general nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo.
- Esquivel Alonso, Y. (2016), “El discurso de odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuestiones Constitucionales*, 35.
- Fiscalía General del Estado (2019), Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.
- Gama Blanco, J. C. (2018), “El discurso del odio: la libertad de expresión versus el enaltecimiento del terrorismo”. *Ciencia policial: revista del Instituto de Estudios de Policía*, 146.
- Núñez Castaño, E. (2022), “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de enaltecimiento al terrorismo”, en Galán Muñoz, A. y Gómez Rivero, C. (dirs.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Ridao Martín, J. (2018), “Malos tiempos para la libertad de expresión: una revisión de la praxis judicial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e incitación al odio”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 75.

- Rollnert Liern, G. (2020), “El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Político*, 109.
- Serrano Maíllo, I. (2021). “¿Es el terrorismo de palabra un límite excesivo y desproporcionado al derecho fundamental a la libertad de expresión? El caso español. *Estudios Constitucionales*, 1.
- Teruel Lozano, G. (2017), “El discurso de odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27.