

# El enaltecimiento del terrorismo

## ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido? \*

**Alfonso Galán Muñoz**

*Universidad Pablo de Olavide*

---

GALÁN MUÑOZ, ALFONSO. El enaltecimiento del terrorismo: ¿Un delito inconstitucional, incoherente e inútil, o simplemente incomprendido? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2022, núm. 24-32, pp. 1-51.

<http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-32.pdf>

RESUMEN: Este trabajo analiza si las muchas y muy feroces críticas que se han realizado al delito de enaltecimiento del terrorismo y que, a juicio de algunos, hacen necesaria su derogación, están realmente fundadas, o si, por el contrario, el referido delito es tan solo una figura incomprendida y mal aplicada por nuestros tribunales, que puede jugar un papel efectivo y constitucionalmente legítimo a la hora de prevenir los graves ataques que caracterizan al terrorismo como fenómeno criminal.

PALABRAS CLAVE: Terrorismo, enaltecimiento del terrorismo, humillación de las víctimas, libertad de expresión, delitos de clima.

TITLE: **The glorifying of terrorism: An unconstitutional, incoherent, and useless crime, or a crime simply misunderstood?**

ABSTRACT: This paper analyzes whether the many and very hard critics made against the current crime of terrorism glorification and that, in the opinion of some scholars, make necessary its repeal, are correct or if, actually, this crime is just a figure that was misunderstood and misapplied by our courts and can play an effective and constitutionally legitimate role in preventing the serious attacks that characterize terrorism as a criminal phenomenon.

KEYWORDS: Terrorism, glorification of terrorism, humiliation of victims, freedom of expression, climate crimes.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2022

Fecha de publicación en RECPC: 12 diciembre 2022

Contacto: [agalmun@upo.es](mailto:agalmun@upo.es)

---

*SUMARIO: 1. Un delito, varias interpretaciones. 2. Un delito, mil problemas. 3. La controvertida delimitación objetiva del delito de enaltecimiento como figura sancionadora de actos instigadores de conductas terroristas de terceros. 4. Intenciones y enaltecimiento del terrorismo. 5. La discutida utilidad y espacio sancionador del delito de enaltecimiento. 6. Conclusión: El enaltecimiento del terrorismo, un delito legítimo, coherente y aplicable, pero también incomprendido y claramente mejorable. Bibliografía.*

---

\* Trabajo resultado del proyecto “Análisis interdisciplinar de la represión penal del discurso terrorista” (AIRPENDIT), Ref. PGC2018-094602-B-100, financiado por Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación.

## 1. Un delito, varias interpretaciones

El enaltecimiento del terrorismo no es, pese a lo que se pudiera pensar, un delito de reciente creación o introducción en nuestro ordenamiento. Fue ya en el año 2000, cuando la Ley Orgánica 7/2000 introdujo dicha figura en nuestro Código penal, tras un prolongado periodo de ausencia de delitos específicamente sancionadores de actuaciones apologéticas de dicho fenómeno criminal. Una ausencia que muy posiblemente se derivó de sucesivas Sentencias emitidas por nuestro TC con respecto al delito de apología del terrorismo vigente con anterioridad a la aprobación del Código del 95 que restringieron su posible ámbito de aplicación de forma significativa<sup>1</sup>.

De hecho, también es más que probable que fuese este precedente jurisprudencial el que llevó a que el delito de enaltecimiento del terrorismo, aprobado en el año 2000, fuese, durante años, una figura que, pese a llevar bastante tiempo ya vigente, tuvo una escasa presencia en el día a día de nuestros tribunales.

Todo cambió, sin embargo, hace relativamente poco. De pronto, se empezó a producir una verdadera avalancha de procedimientos penales e incluso de sentencias condenatorias referidas a este delito. Se llegó incluso a afirmar que esta figura había pasado a vivir una especie de “edad de oro”, dada la profusa utilización que nuestros tribunales estaban realizando de la misma<sup>2</sup>. Muchos fueron los casos en los que se utilizó para perseguir e incluso para condenar penalmente desde a raperos, a twitteros hasta a simples titiriteros por difundir algunos mensajes, tal vez polémicos y no de muy buen gusto, pero que presentaban una lesividad, cuanto menos, cuestionable a

<sup>1</sup> Véase, en este sentido, la STC 159/1986, de 16 de septiembre, (ECLI:ES:TC:1986:159) referida al recurso de amparo planteado por el director del Diario EGIN tras su codena por haber reproducido unos comunicados de la organización terrorista ETA, en la que nuestro máximo interprete constitucional estimó que el derecho a la información obligaba a considerar como lícita dicha actividad reproductora y la STC 199/1987, de 16 de diciembre, (ECLI:ES:TC:1987:199) en la que se analizaron varios recursos de inconstitucionalidad planteados contra la Ley 9/1984, que extendía el régimen excepcional creado para el terrorismo al delito de apología, afirmando que dicha extensión resultaba inconstitucional, entre otras razones, porque “La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos.”

<sup>2</sup> GALÁN MUÑOZ, (2018), p. 262.

la hora de justificar que se les pudiese imponer la severa pena que el enaltecimiento preveía para sus autores.

Los ejemplos son numerosos y de sobra conocidos. Casandra Vera, el grupo teatral La Disidencia, Zapata, Cesar Strawberry, Valtonic o Pablo Hasel son solo algunos de los nombres que dieron lugar a resoluciones polémicas que fomentaron el debate doctrinal y social sobre los problemas que la aplicación de la figura de la que venimos hablando venía a plantear, sobre todo, como consecuencia de la aparición de aquella tendencia jurisprudencial que mantuvo, apoyándose en lo que el texto de la propia Exposición de motivos de Ley Orgánica que creó esta figura<sup>3</sup>, que era un delito que castigaría cualquiera de las manifestaciones de las que hablaba, (las enaltecedoras o justificadoras del terrorismo o de los terroristas y también las humillantes de sus víctimas o de sus familiares), por el mero hecho de que generaban un sentimiento de rechazo social generalizado y eran consideradas como inadmisibles para la mayor parte de la población<sup>4</sup>.

Evidentemente, así entendido, el delito de enaltecimiento gozaba de una extensión que le permitiría castigar, por ejemplo, a toda expresión glorificadora de los actos delictivos cometidos por cualquier manifestación terrorista o de sus autores, ya fuese dicho terrorismo un movimiento actual y vigente, como el yihadista, o uno que, por el contrario, hubiese desaparecido o dejado de actuar, como sucedía con ETA o incluso con el de los mucho más lejanos GRAPO y que los sancionaría con total independencia de quien fuera el que la emitiese y como lo hiciese. Cualquiera de estas expresiones se entendía generarían un sentimiento de rechazo y repudio por parte de la mayoría social y, por ello, podían y debían ser sancionadas penalmente.

¿Qué decir entonces del otro grupo de expresiones que también castigaba el delito de enaltecimiento del terrorismo, las tendentes a humillar a las víctimas? Si las justificadoras o glorificadoras del terrorismo y de los terroristas ya generaban un sentimiento generalizado de rechazo social, aún más lo harían aquellas expresiones que ahondaban en el dolor y padecimiento de quienes habían sufrido las consecuencias de tan execrable fenómeno delictivo, bien por haberlo padecido en sus propias carnes, bien por haberlo hecho en las de alguno de sus familiares. Las expresiones que humillaban a las víctimas del terrorismo o sus familiares, se decía, no solo generaban

<sup>3</sup> En este sentido, la exposición de la LO 7/2007 afirmaba que con la creación del delito de enaltecimiento “se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal”.

<sup>4</sup> Así, MIRA BENAVENT, señalaba que la amplitud del tipo del delito de enaltecimiento y la tendencia jurisprudencial a no interpretarlo de forma restrictiva fueron las que llevaron a que no se aplicase ya exclusivamente a los entornos de apoyo ideológico directo al terrorismo, sino también a personas que nada tenían que ver con dichos entornos ni con las organizaciones o grupos terroristas, lo que determinó que el número de procedimientos abiertos por este delito por la AN se llegasen a cuadruplicar en menos de un año (2016), p. 320.

un sentimiento de rechazo absoluto por parte de la mayoría social, lo que ya de por sí justificaría que se castigasen incluso sin tener que contar con la denuncia de los ofendidos o aunque éstos hubiesen perdonado a sus ofensores<sup>5</sup>, sino que, además, ponían en cuestión la propia dignidad de las personas contra las que se dirigían, con lo que se entendía que debían ser sancionadas con la pena que el delito de enaltecimiento preveía para quienes los emitieran sin tener siquiera que analizar si dichos sujetos actuaron con intención o finalidad de injuriar o afectar a dichas personas o si, por el contrario, lo habían hecho, por ejemplo, con un mero ánimo jocoso.

Ahora bien, la verdadera avalancha de casos polémicos y controvertidos perseguidos y, en ocasiones, condenados por nuestros tribunales siguiendo esta tendencia interpretativa, no puede hacernos olvidar que existía otra corriente jurisprudencial paralela y mucho más restrictiva en relación con el delito que venimos comentando. En concreto, aquella que mantenía que, para que esta figura no resultase contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión garantizado por nuestra constitución, solo podría castigar las manifestaciones de las que habla si, además de ser justificadoras o enaltecedoras del terrorismo o de los terroristas o de ser humillantes para las víctimas de sus actuaciones o sus familiares, se mostrasen también como aptas o idóneas para inducir a sus posibles receptores a cometer nuevos delitos terroristas, aunque lo hiciesen de forma meramente indirecta, esto es, no explícita; una interpretación que pareció encontrar el respaldo de nuestro Tribunal Constitucional en su ya celebre STC 112/2016, de 20 de junio<sup>6</sup>.

Esta sentencia partía de que el derecho a la libertad de expresión, contemplado en nuestra constitución, no solo ampara "...la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también (...) aquellas que contrarían, chocan o inquietan al estado o a una parte cualquiera de la población”, ya que en nuestro sistema “no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”. Se partía, por tanto, de que, en nuestro sistema constitucional, no es posible excluir del ámbito de protección del referido derecho fundamental y sancionar penalmente ciertas expresiones o mensajes por el mero hecho de que nos parezcan chocantes, resulten repudiables para la mayoría o incluso vayan contra el mantenimiento de nuestro sistema democrático, algo

<sup>5</sup> Precisamente por ello, este delito permitía castigar a sus responsables aun cuando hubiese una completa ausencia de interés de las víctimas o, incluso, cuando hubiesen aceptado y tolerado la expresión referida a ellas, como sucedió, por ejemplo, en el caso de Irene Villa que tomó con humor alguna “broma” realizada con respecto ella por el concejal de Podemos, Guillermo Zapata, quien publicó en Twitter un mensaje que decía “Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcacer para que no vaya Irene Villa a por repuestos”, a lo que la aludida respondió diciendo que incluso le hacían gracia alguno de los chiste que se hacían sobre ella, lo que no impidió que se juzgase a Zapata que fue absuelto finalmente por STAN 35/2016, de 15 de noviembre, (ECLI:ES:AN:2016:4038).

<sup>6</sup> (ECLI:ES:TC:2016:112).

que sí se puede hacer en otros ordenamientos jurídicos (p. ej. el alemán) y que también resulta sostenible atendiendo a lo establecido en algunos convenios internacionales (p. ej. la Convención europea de derechos humanos), que, a diferencia de nuestra Carta magna, contemplan determinadas cláusulas restrictivas de la libertad de expresión que excluyen expresamente de la protección de tal derecho fundamental a ciertas manifestaciones (p. ej. antidemocráticas o de odio) por considerarlas como usos abusivos de dicho derecho<sup>7</sup>, algo no se contempla, ni, por tanto, no resulta factible en nuestro Derecho<sup>8</sup>.

Ahora bien, este hecho, continuaba señalando nuestro TC, no suponía ni supone, evidentemente, que la libertad de expresión reconocida por nuestra Constitución goce de una protección desmedida y carezca de límite alguno. Dicha libertad, como todos los derechos fundamentales, puede restringirse por el legislador, incluso penalmente, pero solo puede serlo de forma legítima si ello se hace para evitar que se emitan expresiones o discursos que pongan en tela de juicio otros derechos o valores legítimos, cuya protección frente a tales discursos justifique y haga proporcionada la limitación de la libertad fundamental que su prohibición conllevaría.

Precisamente, partiendo de esta base y apoyándose en otra resolución anterior (la STC 235/2007<sup>9</sup>), que había analizado la compatibilidad de otro cuestionable delito de expresión (el de justificación o negación del genocidio) con el referido derecho fundamental, nuestro TC terminó por afirmar, en la referida STC 112/2016, que se podían prohibir y sancionar penalmente los discursos justificadores o enaltecedores del terrorismo y de los terroristas, cuando fuesen manifestaciones de lo que se denomina como discursos del odio. Esto es, de discursos que se caracterizan, conforme afirmó la citada STC de 2007, por entrar en “conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial transcendencia que hayan de protegerse penalmente”, lo que permitirá su posible prohibición y sanción penal y se dará, como afirmó la referida sentencia con respecto a la justificación del genocidio, “...cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración” y “...también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación».

Fue partiendo de estas premisas que nuestro máximo interprete constitucional se

<sup>7</sup> Sobre esta situación y su incidencia en la aparición de lo que se denominan democracias militantes o intolerantes, véase, por ejemplo, lo comentado por ALCACER GUIRAO, (2015) pp. 48 y ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, (2018), pp. 54 y ss o ESQUIVEL ALONSO, (2016), pp. 31 y ss.

<sup>8</sup> ALCACER GUIRAO, (2012), pp. 02:8 y ss.

<sup>9</sup> STC 235/2007, de 10 de diciembre, (ECLI:ES:TC:2007:235).

decantó por entender, con respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo, que, dado que " incitar supone siempre llevar a cabo una acción que ex ante implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta (...) acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmosfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo", que justifican y legitiman el castigo penal de su realización.

Parecía entonces que nuestro TC se decantaba por la segunda propuesta de interpretación que tanto algunos tribunales, como parte de la doctrina habían mantenido con respecto a dicha figura, mientras rechazaba, por contraria a nuestra carta magna, aquella otra que trataba de legitimar la prohibición y sanción penal de los discursos de los que este delito habla atendiendo simplemente al rechazo social o los sentimientos de repulsa que tales expresiones podrían generar, lo que, evidentemente, ampliaba de forma notable su posible ámbito de aplicación.

Podría pensarse que el respaldo que nuestro Tribunal constitucional dio a la comentada interpretación habría convertido, por fin, al delito del que venimos hablando en una figura segura y ajena a la polémica.

Sin embargo, nada hay más lejos de la realidad.

No es solo que el propio pronunciamiento del TC haya sido objeto de severas críticas e incluso haya dado lugar a una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (La STEDH de 22 de junio de 2021, relativa al caso Erkizia Almandoz c. España) que consideró su confirmación del fallo condenatorio del referido líder independentista como contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión garantizado por el art. 10 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al entender que no se había probado de forma suficiente que el mensaje emitido por dicho líder fuese realmente idóneo para instigar delitos<sup>10</sup>. Es que, además y por otra parte, la comentada resolución de nuestro máximo interprete constitucional mantuvo una fundamentación, con respecto al delito de enaltecimiento, para considerarlo acorde a nuestra carta Magna, que ha terminado llevando a que muchos hayan pasado a considerarlo como un ejemplo más de los denominados "delitos de clima", trasladando así a este delito todos aquellos problemas que tradicionalmente han acompañado a las figuras incardinadas en dicha categoría de delitos.

<sup>10</sup> En concreto, la referida Sentencia (ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD000586917) considera vulnerado el art. 10 del Convenio europeo de derecho humanos en este supuesto, porque "A la vista de cuanto antecede y, en particular, de que no se ha probado la existencia de una incitación directa o indirecta a la violencia terrorista y de que el discurso del demandante parecía más bien abogar por una vía democrática para alcanzar los objetivos políticos de la izquierda abertzale, la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión del demandante no puede calificarse de "necesaria en una sociedad democrática"".

## 2. Un delito, mil problemas

Los denominados delitos de clima, entre los que algunos han situado al de enaltecimiento del terrorismo, son figuras que se caracterizan por castigar conductas que crean o se consideran aptas para crear un clima social de hostilidad u odio hacia determinadas personas o colectivos que sería el que incentivaría la comisión de delitos contra ellos<sup>11</sup>. Su injusto típico se configura, por tanto, por estar referido y verse completado con la realización de actividades comunicativas que no solo se encuentran alejadas del comienzo de la efectiva ejecución de alguno de los delitos que el Derecho penal pretende evitar con su sanción (p. ej. de un ataque terrorista), sino también e incluso, por estarlo de la preparación propiamente dicha de alguno de estos ataques en concreto, algo que ha sido cuestionado tanto por quienes conciben el Derecho penal como mecanismo necesariamente protector de bienes jurídicos y que, por ello, ponen en tela de juicio la compatibilidad de la existencia de estos delitos con las exigencias básicas derivadas del principio de lesividad y de intervención mínima<sup>12</sup>, como incluso por algún autor que parte de fundamentaciones del Derecho penal y de las penas sustentadas en el mero quebranto y la reafirmación de las expectativas de conductas contenidas en las normas penales y que, pese a ello, ha criticado estos delitos por entender que, en realidad, son figuras que castigan la mera infracción de unas normas de franqueo de las verdaderas normas penales de conducta que configuran y deben configurar, conforme a su concepción, a los verdaderos delitos<sup>13</sup>.

Son figuras, por tanto, cuestionables y cuestionadas, entre otras cosas, porque dan lugar a un adelantamiento de la intervención penal tan enorme que no solo hace que el peligro instigador que supuestamente debe configurar sus injustos se aleje significativamente del comienzo de la ejecución o incluso de la propia preparación del delito o delitos que su prohibición pretende prevenir, sino que también lleva a que dicho peligro no tenga que estar ya referido a la posible instigación de uno o varios de

<sup>11</sup> Sobre este polémico el grupo de delitos, véase, lo comentado, por ejemplo, por JAKOBS, quien señala que la doctrina alemana los empleó para justificar la existencia de los delitos contra la paz pública y también para los que sanciona la instigación contra sectores de la población y la apología de la violencia, (1997), pp. 313 y ss

<sup>12</sup> Crítico se muestra, en este sentido y recientemente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien considera sorprendente que, en su empeño de castigar los denominados discurso de odio, ciertos sectores políticos y mediáticos hayan pasado por encima del peligro abstracto tratando de justiciar el posible castigo de los delitos de clima, pese a los problemas que ello genera desde el punto de vista del principio de lesividad u ofensividad, (2021), pp. 39 y 40.

<sup>13</sup> JAKOBS, quien considera que los delitos de clima se caracterizan por tener un injusto meramente parcial al no infringirse las normas principales “sino normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales”, dado que su infracción solo mermaría la confianza de la víctima en la vigencia de la norma (la seguridad cognitiva), pero no la norma en sí ni cuestionaría su vigencia, algo que le lleva poco después a señalar que, a su modo de ver, que los delitos productores de un clima no casan en el Derecho penal de un Estado de libertades, ya que, por más que la correspondiente conducta no “sea deseable o al menos socialmente neutral, (...) no tiene ningún efecto coactivo”, con lo que tampoco se debería reaccionar contra ella con la coacción del Derecho penal”, (2007) 313 y 322.

dichos delitos concretos (asesinatos, secuestros, lesiones, etc...), lo que desdibuja el referente del peligro instigador que configurará su injusto hasta tal punto que hace ciertamente difícil e insegura su concreta delimitación y apreciación<sup>14</sup>.

Precisamente este hecho es el que, a nuestro modo de ver, ha llevado a que la jurisprudencia posterior a la STC 112/2016, incluso de nuestro TS, no haya sido ni mucho menos uniforme a la hora de determinar cómo habría de influir la exigencia constitucional de la idoneidad incitadora de los mensajes contemplados en el delito del art. 578 CP sobre el concreto ámbito de aplicación de dicha figura<sup>15</sup>. No lo ha sido, ni ha podido serlo, porque la comentada resolución de nuestro TC no ha dejado nada claro cómo habría que definir y delimitar el peligro instigador que se tendría que constatar en el concreto acto comunicativo realizado para entender que el mismo podría ser legítimamente castigado mediante la aplicación del delito de enaltecimiento, algo que ha llevado a que dicho peligro se haya definido de muchas y muy diversas maneras.

Así, mientras algunas sentencias del nuestro TS han optado por entender que, en realidad, los discursos o mensajes prohibidos por este delito han de tener por referente directamente al clima hostil o de odio del que hablaba la citada STC y no a los delitos que dicho clima podría generar, otras han sostenido que para apreciar su realización bastará con que el mensaje difundido (enaltecedor, justificador, etc...) simplemente contribuya a crear o alimentar dicho clima, aunque no pueda crearlo por sí mismo<sup>16</sup>, habiendo también un significativo número de resoluciones que han afirmado que, en realidad, todos los mensajes de los que habla el tipo objetivo de este delito serían, siempre y en todo caso, idóneos o aptos para generar el clima al que estaría referido el peligro instigador configurador su injusto, con lo que cualquier publicación de los mismos tendría que ser considerada automáticamente como típica de dicha figura y habrá de ser castigada conforme a la misma<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Sobre este tema, véase, por ejemplo, FUENTES OSORIO, (2017), pp. 9 y ss.

<sup>15</sup> Respecto a las reiteradas contradicciones jurisprudenciales que generó la aplicación de la STC 112/2016 (ECLI:ES:TC:2016:112), véase, lo comentado por ROLLNERT LIERN, (2020), p. 205.

<sup>16</sup> En este sentido, la STS 59/2019, de 5 de febrero, (ECLI:ES:TS:2019:348) señala que “se castiga la contribución a generar o alimentar un determinado clima o atmósfera (delito de peligro abstracto); no un flujo en acciones terroristas concretas” (FD 2), mientras que la STS 646/2018, 14 de diciembre, (ECLI:ES:TS:2018:4133) llega a afirmar que “La tipicidad del art. 578 CP, aun requiriendo la generación de un riesgo, en esta tipicidad su exigencia tiene una menor intensidad, no es de incitación a la comisión, sino de aptitud del discurso para generar ese riesgo ‘aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el sistema de libertades’ (la negrita es nuestra); sentencia que deja muy claro el cambio de referente del riesgo fundamentador del injusto o de este delito, pasando a ser uno relativo a un clima que a su vez pueda generar delitos y no uno referido a estos, con lo que su injusto se pasa a sustentar en un verdadero peligro de un peligro.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, la STS 185/2019, de 2 de abril, (ECLI:ES:TS:2019:1070) pone de manifiesto que la “potencialidad de riesgo abstracto se desprende de los propios mensajes (...) sin que afecte a ello el hecho de que sea este retuiteado” (FD 3) ni que el número de seguidores sea escaso (250) y que los mismos no reaccionen al mensaje retuiteándolo o dándole likes. Comparte así la Sala el criterio de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional que afirma que “en cuanto al riesgo abstracto ínsito en el tipo, la literalidad, la reiteración y la claridad de las expresiones determina este alto grado de peligrosidad intrínseca a este tipo de mensajes, suponiendo una incitación indirecta a la comisión de hechos de naturaleza terrorista”.

Volveríamos así, como fácilmente se puede constatar, a la casilla de salida, ya que, por más que nuestro Tribunal Constitucional hubiese exigido la constatación de una idoneidad incitadora de las publicaciones de los mensajes contemplados en el delito del art. 578 CP para considerar que podían ser prohibidas y castigadas legítimamente por esta figura, al interpretarse y apreciarse de forma completamente amplia la presencia de dicha idoneidad incitadora en estas últimas sentencias, se habría terminado por entender que, en realidad, todas o la inmensa mayoría de las publicaciones que se hiciesen de alguno de dichos mensajes responderían a dicha exigencia constitucional, con lo que, podrían y habrían de ser castigadas conforme al referido delito.

Ahora bien, este tipo de planteamientos, como no podía ser de otra forma, ha sido severa y fundadamente criticado por parte de la doctrina. Entre otros, y de forma destacada, por ejemplos, por FUENTES OSORIO.

Señalaba este autor que, en realidad, muchas de las resoluciones comentadas parecen obviar no solo que, de hecho, resulta difícil que un único mensaje emitido por una sola persona pueda generar, por sí solo, uno de los climas colectivos y hostiles de los que venimos hablando, sino también que tampoco todos esos climas hostiles son, siempre y en todo caso, predelictivos, ya que no siempre dan lugar o inspiran la realización de delitos<sup>18</sup>. Esto resulta innegable y es lo que lleva a FUENTES OSORIO a afirmar que cuando las sentencias de las que venimos hablando afirman que todos los mensajes contemplados en el delito de enaltecimiento son siempre y en todo caso idóneos para instigar climas colectivos y que, además, todos estos climas son predelictivos, lo que realmente están haciendo es realizar una doble presunción. Una respecto a la idoneidad del mensaje para generar climas y otra en relación al carácter predelictivo de dichos climas<sup>19</sup>; presunciones ambas que, al darse de forma acumulada, neutralizarán cualquier posible efecto restrictivo que la exigencia de la idoneidad incitadora requerida por nuestro TC respecto hubiese podido tener sobre el concreto ámbito de aplicación de esta figura y permitirán que el mismo pueda continuar siendo aplicada sin mayores problemas a cualquier discurso formalmente subsumible entre aquellos de los que su tipo de injusto habla.

Dada la debilidad que la exigencia objetiva de la faceta incitadora que venimos comentando ha mostrado a la hora de restringir el ámbito típico del delito de enaltecimiento, no puede sorprender que apareciese otra corriente jurisprudencial y doctrinal que tratase de delimitar su cuestionablemente amplio ámbito de aplicación desde un punto de vista eminentemente subjetivo, exigiendo que, para que se pueda apreciar su realización, quien lo cometa haya de hacerlo con determinadas intenciones.

Para algunos, el propio significado de las conductas comisivas del delito de enaltecimiento es el que lleva a que se tenga que exigir que los actos de enaltecimiento

<sup>18</sup> FUENTES OSORIO, (2017), pp.12 y ss.

<sup>19</sup> FUENTES OSORIO, (2017), p. 10.

se tengan que realizar de forma intencional, ya que consideran que no enaltece el que no actúa con intención de glorificar o respaldar aquello de lo que habla, ni humilla el que no quiere ni pretende denigrar a aquel con respecto al que está referido el chiste que se mofa de él, interpretaciones que sacaría del ámbito típico de esta figura, por ejemplo, a las publicaciones de mensajes con dicha clase de contenidos que se llevasen a cabo con un mero animus *jocandi*<sup>20</sup> o con una finalidad meramente crítica o irónica y sin intención real de respaldar las actuaciones realizadas por los terroristas, a quienes las realizaron o de humillar a sus víctimas<sup>21</sup>.

Otros, por su parte, consideraban que solo podrá apreciarse este delito cuando las actuaciones de las que habla se realicen con la intención de incitar la comisión de delitos terroristas en general, lo que entienden se deduce del hecho de que la normativa inter- y supranacional referida a este tipo de conductas instigadoras exijan, para poder castigarlas, que se realicen de forma “intencional”<sup>22</sup>, mientras que tampoco faltan voces que mantienen que solo exigiendo la intención de instigar la comisión de uno o varios delitos concretos se podría considerar que el enaltecimiento venga, tal y como entienden recomienda el principio de intervención mínima, a castigar actos inductores de delitos terroristas que se muevan en el ámbito preparatorio, propiamente dicho, de alguno de dichos delitos<sup>23</sup>.

Ahora bien, la introducción de todas estas exigencias subjetivas también ha encontrado la frontal oposición de aquellos que las rechazan señalando, entre otras cosas, que, en realidad, en ningún lugar del tipo delictivo de enaltecimiento se contempla su exigencia o necesidad<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> En este sentido se manifiesta LASCURAIN SÁNCHEZ, (2021), pp. 27 y ss. Interesante resulta, en esta línea, la propuesta realizada por RAMOS VÁZQUEZ de considerar que las expresiones humorísticas están amparadas por la libertad artística y no por la libertad de expresión, lo que, a su juicio, convertiría en legítimas todas las manifestaciones humorísticas que se manifiesten como tales (2020), pp. 713 y ss.

<sup>21</sup> Así, señalaba PASQUAU LIAÑO, (2017) que, aun cuando el tipo delictivo de enaltecimiento no exija expresamente que se actúe con la intención de justificar el terrorismo, de enaltecer a sus autores o de humillar a sus víctimas, dichas intenciones son inherentes al propio significado de estas conductas típicas, ya que sin su concurrencia nunca se podría afirmar que se esté realmente justificando, ni que se esté enaltecido el terrorismo o a los terroristas, ni que se esté humillando a sus víctimas; postura que es compartida por GÓMEZ MARTÍN, y que le lleva a afirmar, en contra de lo sostenido por algunas sentencias del TS relativas a esta materia, que, en realidad, dichas finalidades no son ni pueden ser tenidos como verdaderos elementos subjetivos de estos delitos, sino que forman parte del dolo que configuran y delimitan su injusto ya que son referentes fundamentales las actuaciones sancionadas por este delito, haciendo que solo se pueda cometer con dolo directo. (2018), p. 439. En el mismo sentido, LEÓN ALAPONT, J. (2022), p. 61.

<sup>22</sup> ROLLNERT LIERN, (2020), p. 201.

<sup>23</sup> ALONSO RIMO, (2017), p. 40.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, la STS la STS 4/2017, de 18 de enero, (ECLI:ES:TS:2017:31) anuló la previa absolución de César Strawberry emitida por la AN, basada en que a no realizó las manifestaciones por las que se le juzgó con finalidad de enaltecer o justificar al terrorismo, por entender que “...la sentencia de instancia habrá confundido, en realidad, el dolo típico con un elemento subjetivo de tendencia interna que, en realidad, el delito de enaltecimiento del terrorismo no requeriría. Resultaría irrelevante conocer, en este sentido, cuál fue la intención de la autora de los mensajes, y si esta fue, en concreto, la de defender los postulados de una organización terrorista o la de humillar a las víctimas del terrorismo. Bastaría, por tanto, con una voluntad consciente de estar realizando actos objetivamente enaltecidos del terrorismo o humillantes o injuriosos para las víctimas del terrorismo.”

Se abrió así un nuevo debate tanto doctrinal, como jurisprudencial que, en realidad y por desgracia, no ha hecho sino acrecentar la inseguridad jurídica que preside la aplicación práctica de la figura analizada.

Sin embargo, no acaban aquí los problemas que afronta el referido delito. Otro aspecto del mismo que ha sido objeto de crítica y controversia es el relativo a la concreta configuración y coordinación de su tipo básico y alguno de sus modalidades cualificadas.

Así, por ejemplo, se ha criticado que el tipo básico de este delito solo pueda aplicarse a los mensajes que se difundan de forma pública, mientras el art. 578.2 CP sanciona como tipo cualificado que su comisión "...se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información", algo que, a juicio de algunos autores, al tenerse el uso de estos medios como el absolutamente dominante a día de hoy para distribuir de forma pública cualquier mensaje, llevará, de hecho, a convertir a este tipo cualificado en el verdadero tipo básico del delito analizado y a su tipo básico en un tipo completamente residual que solo se aplicaría a los muy limitados casos de difusión presencial y colectiva de los mensajes<sup>25</sup>.

Si a todo ello se le une que, a juicio de muchos, las conductas que castiga el delito de enaltecimiento y se consideran lo suficientemente graves como para poder ser legítimamente sancionadas por el Derecho penal deben considerarse perfectamente sancionables por otras figuras mucho menos cuestionadas y cuestionables que ésta (p. ej. las injurias con respecto a las humillaciones de las víctimas), que castigan, además, su realización con penas significativamente menores que las que el enaltecimiento prevé para sus responsables<sup>26</sup>, no puede sorprender que haya quien se haya mostrado partidario no solo de reformar el delito del que venimos hablando, sino de proceder a su directa derogación, por entender que es una figura además de tener una insegura delimitación, que restringe de forma, cuanto menos, cuestionable derechos tan fundamentales como el de la libertad de expresión de los ciudadanos, y de presentar una estructura de sus tipos cualificados que resultan incongruentes con su tipo básico, también es un delito que resulta absolutamente innecesario o inútil, a efectos prácticos, dado que su desaparición no llegaría a producir ninguna verdadera laguna de punibilidad con respecto a las conductas verdaderamente lesivas de las que habla<sup>27</sup>.

De hecho, esta postura ha quedado claramente reflejada, por ejemplo, en la no

<sup>25</sup> CORRECHER MIRA, (2019b), p. 329; TAPIA BALLESTEROS, (2019), p. 318 o MIRA BENAVENT, (2018), p. 312; PASTRANA SÁNCHEZ, (2020), p. 263.

<sup>26</sup> CANCIO/DÍAZ quienes entienden que la humillación de las víctimas del terrorismo que castiga dicho precepto poco o nada tiene que ver con sus otras dos modalidades comisivas, al ser una simple injuria gravísima, lo que les llevaba a considerar necesario sacar esta modalidad del dicho precepto de *lege ferenda*. (2019), pp.155 y ss. y 247.

<sup>27</sup> En esta línea, por ejemplo, LEÓN ALAPONT, (2022), p. 173.

demasiado lejana proposición de reforma del Código penal presentada por el Grupo parlamentario de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, según se dice, “para la protección de la libertad de expresión”. Una proposición que tilda al enaltecimiento, entre otras cosas, de ser un delito “nada definido” y “ambiguo” y que señala, además, que su desaparición no produciría laguna de punibilidad alguna por entender que mientras “...Nuestro ordenamiento jurídico ya dispone de otras figuras jurídicas, como la apología del delito, que castiga la provocación directa para la comisión de delitos terroristas, o lo indicado en el vigente artículo 170.2 del Código Penal, que castiga a los que reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones terroristas” que podrían sancionar la publicación de muchos de los mensajes instigadores de otros delitos que el enaltecimiento castiga, también tendría otras, como la de injurias, que serviría para proteger adecuadamente a las víctimas del terrorismo frente a posibles humillaciones que sanciona este controvertido delito<sup>28</sup>.

Pero ¿es todo esto realmente así? ¿El delito de enaltecimiento del terrorismo es realmente un delito inconstitucional, incongruente y, además, completamente innecesario, y, por tanto, inútil?

### **3. La controvertida delimitación objetiva del delito de enaltecimiento como figura sancionadora de actos instigadores de conductas terroristas de terceros**

Lo primero que hay que señalar con respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo es que, pese a la insistencia de algunos por seguir considerándolo como tal, no es un delito que sea *per se* inconstitucional<sup>29</sup>. Así, lo demuestra, a nuestro modo de ver, que la ya citada STC 112/2016 lo declarase acorde con nuestra constitución y, especialmente con el derecho fundamental a la libertad de expresión garantizado por la misma; postura que, además, se ha visto refrendada por otras resoluciones posteriores de nuestro máximo interprete constitucional que han persistido en mantener su compatibilidad con nuestra Carta Magna (p. ej. la STC 35/2020, referida al caso Strawberry) o, incluso, por la emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su ST de 22 de junio de 2021, cuyo fallo mayoritario admitió el recurso contra la STC 122/2016 sin cuestionar en ningún momento la legitimidad del delito que ésta aplicaba, viniendo solo a rechazar la concreta aplicación que del mismo había hecho nuestro TC en dicha sentencia, por considerar que este no había analizado y constatado de forma suficiente el carácter instigador de delitos terroristas de los mensajes

<sup>28</sup> Vd. Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión 122/000042 (BOCG nº 69-1, de 6 de marzo de 2021), donde también se propone también reformar la agravante del art. 22. 4ª CP para incluir entre los colectivos que vendría a proteger especialmente al conformado por dichos sujetos

<sup>29</sup> Lo consideran como tal, entre otros, por NÚÑEZ CASTAÑO, (2022), pp. 183 y ss; MIRA BENAVENT, (2016), pp. 104 y ss.

que dieron lugar a la condena que nuestro máximo interprete constitucional vino a ratificar. Todas estas resoluciones admiten la compatibilidad de la existencia de este delito con el derecho fundamental a la libertad de expresión, pero la condicionan, eso sí, siempre y en todo caso, al cumplimiento de un requisito fundamental. A que solo castigue aquellos mensajes publicados, de los que su tipo objetivo habla, que actúen como instrumentos incitadores indirectos, es decir, no explícitamente instigadores, de la comisión de los graves delitos que caracterizan al terrorismo como fenómeno criminal<sup>30</sup>.

El posible problema de constitucionalidad que afecta al enaltecimiento, por tanto, no se deriva de su mera existencia, sino del hecho que, si no se interpreta y emplea dentro de las fronteras que hacen su tipo acorde a las libertades de expresión o información garantizadas en nuestra Carta magna, su aplicación pasará a restringir desproporcionadamente tales derechos, con lo que resultará inconstitucional. La cuestión entonces pasa a estar centrada en cómo delimitar dichas fronteras. Esto es, en cómo definir con precisión cuándo nos encontraremos ante la publicación de uno de los mensajes de los que habla el delito ahora analizado que, al constituir una forma de inducción indirecta, presentará el contenido de antijuridicidad que legitimaría que su emisión se pueda castigar penalmente.

Lo primero que habrá que hacer para alcanzar dicho objetivo es, evidentemente, determinar el referente al que la idoneidad instigadora, configuradora y legitimadora del injusto de este delito, tiene que estar referida. Es decir, fijar cuál habría de ser resultado cuya pronosticable producción, a consecuencia de la emisión de un mensaje, legitimaría que el Derecho penal pueda prohibir y a sancionar su publicación como delito de enaltecimiento, precisamente, por considerarla como apta o idónea, desde un punto de vista *ex ante*, para ocasionarlo.

Como ya vimos, algunos interpretes judiciales han entendido que lo que se necesita para que estos delitos sean legítimos es que castiguen mensajes que resulten ap-

<sup>30</sup> Una aclaración conceptual. A lo largo de este trabajo se utiliza la expresión “directa” respecto a la instigación como sinónimo de explícita o manifiesta, en contraposición a aquella que se realiza de forma implícita o no expresa (la indirecta), lo que contrasta con aquella otra acepción que se ha dado a la distinción de incitación directa o indirecta, atendiendo a si la conducta instigadora estuviese dirigida o fuese idónea para producir la realización de delitos por parte de sus receptores (la directa) o lo fuese simplemente para generar una situación o atmosfera que podría terminar llevando a generar dichos delitos (la indirecta). En este último sentido, que, recordemos no es en el que se utiliza en este trabajo, la emplea, por ejemplo, ALCACER GUIRAO, al analizar las diferentes fórmulas que ha utilizado el TS norteamericano para legitimar la prohibición y castigo de los delitos de discursos de odio, señalando dicho autor que mientras el denominado *Brandenburg test* exige la constatación de la idoneidad de la conducta realizada para inducir actos violentos y graves con inmediatez, el mucho menos exigente *Bad tendency test*, seguido en los años veinte por el TS norteamericano, permitía castigar aquellos mensajes que se consideran que tienen una tendencia o deriva general a poder instigar actos violentos. Es decir, bastaría con que se presentase como un mensaje que fuese muestra de una tendencia que podría llevar a generar alteraciones sociales que desembocasen en actos violentos para poder castigarlo, propuesta esta última que, como bien señala el referido autor, recuerda mucho a aquella que ha tratado de sustentar la legitimidad del castigo de los discursos de odio en su idoneidad o mera “tendencia” a dar lugar a o apoyar la aparición de meros climas sociales hostiles. (2021), p. 58.

tos para generar los denominados climas de odio predelictivos o criminógenos, considerándose así a dichos climas en el verdadero referente último de la idoneidad instigadora que puede legitimar su existencia y posible aplicación.

Cuando hablamos de climas o atmósferas de odio lo hacemos sobre la existencia de una situación social en la que un determinado grupo o colectivo siente y comparte unas ideas de rechazo o incluso de abierta hostilidad hacia los integrantes de otro grupo.

Todos estos climas tienen, por tanto, una naturaleza eminentemente colectiva por más que puedan impulsar actos violentos individuales. Esto, a nuestro modo de ver, hace muy aconsejable, acudir a los trabajos que dedicó en su día el sociólogo noruego GALTUNG al estudio de la violencia como fenómeno no pura y exclusivamente individual, sino también, y esta es la parte que más nos interesa, de naturaleza eminentemente colectiva.

En concreto, y de forma muy resumida, el referido autor afirmaba que, junto a la violencia directa, esto es, a la que ejercen algunos sujetos individuales sobre otros (p. ej. agresiones, robos, homicidios, etc...), podrían existir otras formas de violencia que normalmente se generan tras largos procesos sociales y que tienen una naturaleza eminentemente colectiva que ha llevado a que pasen más desapercibidas y tengan una visibilidad mucho menor que la directa.

En este sentido, y según GALTUNG, podría existir, por una parte, una violencia estructural de naturaleza colectiva que, a veces, a través de reglas formales (p. ej. leyes discriminatorias directas), pero también, y en muchas ocasiones, mediante instituciones o convencionalismos sociales, provocaría que un determinado grupo social tuviese mucho más difícil que otro el acceso a aquellos medios que le permitirían cubrir sus principales necesidades (educativas, económicas, de desarrollo profesional, etc...). Se daría así lugar a una verdadera forma de violencia colectiva que, sin embargo, generalmente se califica de mera desigualdad social, empleando, al hacerlo, un eufemismo que, en realidad, resta visibilidad a esta forma de violencia y hace que no se combata, ni se busque a posibles responsables de su existencia, por más que resulte evidente que se deriva de unas conductas humanas que generaran unos efectos muy perjudiciales y perfectamente evitables para quienes la padecen, pudiendo incluso llegar a respaldar y fomentar que los integrantes del grupo contra el que la violencia estructural se dirige sufran también ataques de violencia directa por parte de quienes se integran en el grupo dominante para mantener y reafirmar su privilegiada posición.

Mientras tanto y, por otra parte, también podría existir otra forma de violencia colectiva, la que GALTUNG denomina como violencia cultural, que se caracterizaría por mantener y extender dentro de un grupo o colectivo social y a lo largo del tiempo toda una serie de discursos, ideas o doctrinas contrarias a otro u otros grupos y que pueden respaldar o incluso ayudar a que aparezcan y se mantengan manifestaciones

de violencia estructural o de violencia directa por parte de los integrantes del colectivo que sigue dichas ideas contra aquellos contra las que las mismas que se dirigen, algo, esto último, que la violencia cultural no siempre hace, pero que puede conseguir bien dando argumentos a sus seguidores que justifiquen el porqué los sujetos contra los que se dirige tienen que sufrir o incluso merecen padecer los tratos discriminatorios o lesivos que sufren, bien glorificando a quienes ejecutan tales ataques, lo que los sitúa como ejemplos a seguir o imitar, o bien humillando o deshumanizando a los que los padecen, algo, esto último que hace que quienes siguen dichos planteamientos dejen de sentir empatía hacia las posibles víctimas de sus ataques y, por ello, hace mucho más fácil que puedan atacarlos o discriminarlos<sup>31</sup>.

Resulta evidente que esta última forma de violencia colectiva de la que habla GALTUNG, presenta indudables similitudes con los “climas” o atmósferas hostiles de los que hablaba nuestro TC al delimitar los discursos que podrían castigar delitos como el de enaltecimiento del terrorismo. Tanto la violencia cultural como los referidos climas tienen un carácter y un origen colectivo y no individual. Los dos suelen aparecer como consecuencia del respaldo y de la difusión, acumulada y prolongada en el tiempo de unos mensajes o ideas por parte y entre un colectivo más o menos grande de sujetos contra los que integran uno diferente. Pero, además y lo que es más importante, para el caso que nos ocupa, tanto los climas hostiles o de odio de los que venimos hablando, como la violencia cultural, de la que habla GALTUNG, aluden a la existencia y mantenimiento de unas ideas y unos mensajes por parte de un colectivo, como los justificadores o glorificadores de la violencia o los de humillación de sus víctimas, que, pese a no incitar de forma clara y explícita a sus seguidores a realizar manifestaciones de otras formas de violencia, como la directa o individual, hacia aquellos sujetos contra quienes se dirige, pueden llegar a generarlas y respaldarlas de forma muy eficaz, siendo, de hecho, fundamentales para que puedan aparecer fenómenos de violencia directa ejecutados por unos colectivos contra otros, como los que definen terrorismo y a otras formas de criminalidad tan grave como podría ser la del genocidio.

Ahora bien, una vez que se reconoce que el terrorismo, como estas otras graves formas delictivas, solo se pueden entender atendiendo a la existencia de dichos climas o violencias culturales, la pregunta surge de forma casi inmediata. ¿Qué papel desempeñan entonces tales climas o violencias culturales en la delimitación de los discursos que el delito de enaltecimiento del terrorismo puede sancionar legítimamente?

Lo primero que hay que decir a este respecto es que, como bien señalaba GALTUNG, dichos climas suelen aparecer tras la acumulación y difusión colectiva y prolongada en el tiempo de ideas y mensajes que caracterizan a dicha forma de

<sup>31</sup> GALTUNG, J. (2016), pp. 156 y ss.

violencia, con lo que no suelen ser un “suceso”, sino que un “proceso”<sup>32</sup>, haciéndose así realmente difícil que se pueda responsabilizar de su aparición a la conducta realizada por un solo individuo o mediante un único mensaje<sup>33</sup>.

Bien es cierto, sin embargo, que lo anterior no quiere decir que no puede haber casos excepcionales en los que será factible que un único mensaje individual pueda ser idóneo por sí mismo para dar lugar a la aparición de un verdadero clima hostil contra terceros. Esto es, de una verdadera violencia cultural colectiva. Así, sucederá, por ejemplo, cuando quien emite de forma pública un mensaje justifique el ataque sufrido por un determinado colectivo (p. ej. sujetos que tienen una determinada nacionalidad, tendencia política, religiosa etc...), uno que glorifique a quienes lo realizaron o uno que deshumanice a los que lo padecieron sea un conocido político (p. ej. el presidente de un país) o un líder religioso (p. ej. el líder máximo de una determinada confesión o corriente religiosa) que tenga un amplio grupo de fieles seguidores o partidarios que le sigan casi ciegamente.

Cuando uno de estos líderes emite uno de estos mensajes realiza una actuación que es perfectamente idónea por sí misma para dar lugar a la instalación entre el grupo de sus múltiples seguidores de uno de los climas colectivos de rechazo y hostilidad a los integrantes del colectivo señalado que podría incluso llevar a alguno o a muchos de ellos a ejecutar nuevos ataques de violencia directa hacia los sujetos contra los que el mensaje se manifiesta.

Sin embargo, parece más que obvio que no son estos pocos los únicos mensajes que pretende castigar el tipo básico del delito de enaltecimiento. De hecho, si el tipo básico del enaltecimiento solo pretendiese castigar los mensajes que son aptos por sí solos para dar lugar a la aparición de estos climas carecería de cualquier sentido que, poco después, contemple un tipo cualificado, en el art. 578. 3 CP, que incrementará la pena que se habría de imponer a quien publique los mensajes de los que habla su tipo básico cuando “...a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella”, algo, esto último que, evidentemente, todo mensaje apto para producir la implantación de un clima hostil en un colectivo que podría llevar a sus integrantes a realizar delitos terroristas contra otros también será, ya que si es idóneo para dar lugar a dicha atmosfera colectiva, también lo será para generar un grave y justificado sentimiento de inseguridad entre los integrantes de aquel otro colectivo al que el mensaje en cuestión hubiese situado como diana<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> GALTUNG, J. (2016), p. 154.

<sup>33</sup> V. FUENTES OSORIO, (2016) p. 28, GALÁN MUÑOZ, A. (2020a), p. 47, ALCACER GUIRAO, (2021) p. 65.

<sup>34</sup> En este sentido, ya señalaba CORRECHER MIRA, que resultaba incongruente que el tipo cualificado se configure atendiendo a la afectación grave de la paz pública, ya que ello parece abocar a que se considere que el tipo básico de dicho delito solo representa una afectación leve de dicho valor, (2019a), p. 497; mientras que CANCIO/DÍAZ afirmaban con respecto al 578.1 CP que “Se mantiene la opción legislativa española de desvincular en este ámbito la descripción de la conducta con independencia de los efectos de la misma -como

Mucho más lógico parece entonces entender que, en realidad, el tipo básico del delito aquí analizado no restringe, ni pretende restringir su ámbito de aplicación exclusivamente a las publicaciones de discursos o mensajes capaces de generar climas colectivos predelictivos, sino que lo que castiga son las publicaciones de las que habla que simplemente sean aptas o idóneas, desde un punto de vista *ex ante*, para instigar aquel resultado mucho más concreto y asequible para las comunicaciones que pueden realizar la generalidad de las personas que nos vendrá dado por la posible generación de la decisión, en alguno o algunos de sus potenciales receptores, de cometer delitos terroristas, aun cuando todavía no fuese posible pronosticar cuál o cuántos serían los que podría decidir cometer.

De hecho, esta delimitación del referente definidor de la idoneidad instigadora propia de este delito no solo se corresponde con el hecho de que las anteriormente comentadas Sentencias de nuestro TC o del TEDH no hayan dejado de repetir que lo que permite la legítima sanción penal de los discursos enaltecedores del terrorismo es que los mismos se presenten como aptos para instigar la realización de nuevos ataques terroristas y no la de otros hechos, tal vez reprochables, pero que no tuviesen dicha naturaleza. Es que, además, también se corresponde con que la Directiva 2017/54/UE (DCT), que obliga a los Estados miembros de la UE a castigar todas las comunicaciones públicas que resulten idóneas para instigar la comisión de delitos terroristas (art. 5 DCCT), entre las que se incluyen expresamente a las enaltecedores, las justificadoras del terrorismo y a las ofensivas para sus víctimas (el considerando 10 DCT), lo haga exigiendo que tales publicaciones se castiguen penalmente aun cuando presenten una capacidad inductora que no esté referida o guarde relación con la posible instigación de la comisión de uno o de varios delitos terroristas en concreto (art. 13 DCT)<sup>35</sup> y con el hecho de que el vigente delito de enaltecimiento del art. 578 CP sancione a los responsables de su realización con una pena propia y completamente autónoma de la prevista para la del resto de delitos terroristas, clara muestra, a nuestro modo de ver, de que el delito enaltecimiento castiga actuaciones comunicativas cuya capacidad incitadora no está específicamente referida a la posible instigación en terceros de la decisión de cometer ninguno de ellos en concreto<sup>36</sup>.

demuestra el hecho que la existencia de una alteración grave de la paz pública o la génesis de inseguridad o temor sean elementos de la cualificación (art. 578.2 CP) del delito, no parte de sus elementos típicos-”, (2019), p. 169.

<sup>35</sup> No debe olvidarse que, mientras el art. 5 DCT obliga a castigar la difusión intencional de mensajes destinados a incitar la comisión de delitos terroristas, “siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas”, el considerando 10 de la DCT afirma que provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo del que habla su art. 5c “...comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, “...cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas”, viniendo su artículo 13 a establecer que para que los actos de provocación pública de los que habla el art. 5 sean sancionables no será necesario “...que se cometa efectivamente un delito de terrorismo, ni tampoco, en lo que respecta a los delitos enumerados en los artículos 5 a 10 y 12, *que guarden relación con otro delito específico* establecido en la presente Directiva”. (la cursiva es nuestra)

<sup>36</sup> De otra opinión, ALONSO RIMO, (2010), p. 65 o, el mismo (2017) p. 38.

Habrá que entender, por tanto, que el delito de enaltecimiento sanciona las publicaciones de los mensajes de los que habla solo si se manifiestan como idóneas para llevar a sus potenciales receptores a tomar la decisión genérica de cometer delitos terroristas o incorporarse a una organización de dicha naturaleza para cometerlos, pese a que no se pueda todavía saber ni predecir, en el momento de su emisión, cu ales o cuántos habrían de ser los delitos que la comunicación realizada finalmente podría inducir a cometer. Es decir, castiga la publicación de mensajes que resulten idóneas para poder producir la decisión genérica de cometer delitos terroristas en alguno de sus posibles receptores; decisión que, en el caso del terrorismo, no es extraño que se adopte con carácter previo a aquella otra que se daría cuando el sujeto en cuestión opte, posteriormente, por cometer uno u otro delito en concreto de dicha naturaleza (p. ej. un asesinato, un secuestro, etc...). Se debilita así en gran medida la accesoriedad del injusto propio del delito de enaltecimiento con respecto a aquellos que configurarían los concretos delitos que su realización podría llegar a instigar, convirtiéndose, de este modo, el delito del art. 578 CP en una figura autónoma del resto de delitos terroristas, que se ocupa y sanciona actuaciones que se mueven en el ámbito protopreparatorio y no en el preparatorio, propiamente dicho, de dichos delitos<sup>37</sup>.

Ahora bien, una vez determinado el referente del peligro instigador que necesariamente ha de caracterizar y definir las publicaciones de los mensajes de los que habla el art. 578 CP que pueden ser castigadas legítimamente por el delito que venimos analizado, se hace necesario determinar cuándo los mensajes de los que este delito habla presentarán dicha idoneidad, algo que, al tratarse, siempre y en todo caso, de mensajes que no instan directa y expresamente a cometer delitos terroristas, hace que los climas sociales hostiles de los que nuestros tribunales vienen hablando pasen a jugar un papel fundamental.

Resulta significativo, en tal sentido y en relación al terrorismo, que, como señalaba HORGAN, si bien no existe ningún estudio que realmente haya aportado pruebas de que existan semejanzas en los perfiles psicológico-individuales de los terroristas que los hagan especialmente proclives a convertirse en tales y les lleven a realizar los graves ataques que ejecutan, s  que hay varios factores grupales que se muestran como decisivos para que un sujeto se decida finalmente a hacerse terrorista y opte, en consecuencia, por cometer o ayudar a cometer los graves ataques que caracterizan dicha forma de delincuencia<sup>38</sup>.

El primero es el factor que podríamos denominar como “reconocimiento grupal”.

<sup>37</sup> De hecho, a nuestro modo de ver, al ser una figura que castiga la realización de actuaciones idóneas para generar la idea de cometer delitos terroristas en general y no la de cometer uno o varios de ellos en concreto, nos encontramos ante un delito que no tiene ya como bien jurídico protegido a aquel contra el que atacaría el concreto delito que pudiese llegar a inspirar, sino al valor que nos vendría dado por la suma de todos aquellos intereses difusos que se podrían ver afectados por los delitos que el potencial instigado podría cometer. En contra de esta interpretación, ALONSO RIMO, (2017). p. 40

<sup>38</sup> HORGAN, (2009), p. 313.

El sujeto que decide cometer un ataque terrorista o simplemente opta por ayudar a otros u otros a que lo cometan, no solo no recibe el rechazo del grupo que respalda el movimiento en el que dichos actos se enmarcan, sino que tanto él, como, en muchas ocasiones, el resto de los integrantes de su familia reciben la solidaridad, el apoyo e incluso el elogio del grupo o colectivo en que se encuentran inferidos. De hecho, el terrorista pasa a ser considerado y tratado por dichos sujetos como un referente, como un verdadero héroe al que seguir e imitar, lo que determina que la opción de cometer delitos pase a generar unas expectativas de ventajas y recompensas sociales, en términos de estatus, prestigio y sentimiento de pertenencia y solidaridad que harán, sin duda, que dicha opción pase a presentarse como algo realmente atractivo<sup>39</sup>.

Mientras tanto, y por otra parte, el respaldo grupal también puede favorecer y puede impulsar a los integrantes del grupo a realizar actuaciones terroristas al hacer que dichos sujetos puedan difuminar o diluir toda o gran parte de su responsabilidad individual por los hechos que vayan a cometer siguiendo los postulados del grupo, dando lugar así a lo que podríamos denominar como un efecto de “difuminación grupal de la responsabilidad”.

En concreto, el grupo hace que el individuo difumine su responsabilidad por los ataques que se decida a realizar siguiendo sus ideas, en primer lugar, porque, al ir a efectuarlos en *pro* del movimiento, pasará a considerar que él y su conducta serían tan solo piezas o eslabones de una obra o lucha mucho mayor (la del grupo), con lo que entendería que no sería ya él, realmente, ni el único ni el principal responsable de los daños que su conducta llegaría a generar. Pero además, y por otra parte, el influjo grupal también le permitirá difuminar su responsabilidad por los ataques que realice porque, al pasar el sujeto en cuestión a ver a las posibles víctimas de los actos violentos que realiza, pero que el colectivo apoya, como meros objetos, instrumentos o incluso simples obstáculos carentes de cualquier valor que deben ser eliminados para la consecución de los objetivos del colectivo, empezará a deshumanizarlas y a reducir la empatía y la responsabilidad que podría sentir frente a ellas, facilitándose así que pueda mostrarse más dispuesto o menos reacio a decidirse a dañarlas<sup>40</sup>.

La influencia de estos factores grupales en la aparición de los ataques terroristas y de otros fenómenos delictivos violentos de marcado carácter colectivo no es en modo alguno menor. De hecho, como bien señala HORGAN, aludiendo a algunas de las conclusiones que alcanzaron los estudios que se realizaron sobre las causas que permitieron y llevaron a que se pudiese realizar el más conocido ejemplo de delito de violencia ejercida por un colectivo contra otro, precisamente, sobre la base del previo respaldo de un clima hostil, el del holocausto judío efectuado durante la dictadura nazi, para entender cómo se llegan a producir este tipo de fenómenos violentos

<sup>39</sup> HORGAN, (2009), p. 683.

<sup>40</sup> HORGAN, (2009), p. 948.

grupales muy posiblemente no haya “...que fijarse tanto en los presuntos factores que intensifican el impulso hacia la violencia como en los que restan poder a las fuerzas que restringen la violencia”<sup>41</sup>.

De modo similar a lo que sucedió en este caso, la violencia terrorista no se puede entender ni explicar sin tener en cuenta y atender a la existencia de estos factores grupales. A la existencia de los climas de odio que respaldan e impulsan su realización.

Ahora bien, lo anterior no puede llevarnos a considerar, como vimos hicieron algunas resoluciones jurisprudenciales, que todos los mensajes enaltecedores, glorificadores o humillantes de los que dicho precepto habla que apoyen y/o se apoyen en la existencia de dichos climas deban ser considerados como penalmente relevantes.

Es verdad que cuando uno de esos mensajes se apoya en la previa existencia de uno de estos climas, que no lo olvidemos, no tienen por qué poder llegar a crear, es bastante probable que pueda llevar a alguno de sus potenciales receptores a asumir y a sentir el odio y la hostilidad que el mensaje transmitía, pero este resultado, que puede parecerse rechazable o repudiable, no permite, en modo alguno, considerar las conductas idóneas para generarlo como penalmente relevantes, ya que si odiar o sentir hostilidad, como acto interno que es, no solo no es, ni puede ser delito en nuestro ordenamiento, sino que está completamente permitido mientras no se pase a la acción, incitar simplemente a odiar a terceros tampoco puede castigarse penalmente<sup>42</sup>.

En realidad, para que se pueda penar legítimamente la difusión de este tipo de mensajes es necesario, como hemos visto, que se pueda afirmar que su realización resulta apta, desde un punto de vista *ex ante*, para llegar a generar la idea de cometer delitos terroristas en sus potenciales receptores y esto no puede afirmarse con respecto a todas las publicaciones realizadas por cualquier persona de un mensaje de odio, ya que, entre otras cosas, muchos de estos mensajes se apoyarán y serán muestras de formas violencia cultural (de climas colectivos hostiles o de odio) que, como bien puso de manifiesto GALTUNG, pese a dar respaldo o apoyar el mantenimiento de prejuicios o incluso situaciones estructurales de discriminación social, no generan la realización de actos de verdadera violencia directa, con lo que cuando se emiten resulta imposible pronosticar que puedan llevar por sí solos a alguno o algunos de sus posibles receptores a decidirse a realizar alguna clase de ataque violento.

Realmente, para que podamos afirmar que los mensajes, como los que castiga el vigente art. 578.1 CP, que, repetimos, no incitan a cometer delitos terroristas de forma expresa o directa, sino que lo hacen de forma indirecta y no se emiten por

<sup>41</sup> HORGAN, (2009), p. 960.

<sup>42</sup> Así lo entiende, GALÁN MUÑOZ, (2020 a), p. 46. Sin embargo, admite el posible castigo de este tipo de inducciones GÓMEZ MARTÍN, (2016), pp. 10 y 11.

personas con previsible capacidad para mover o inspirar a las masas, resultan idóneos, desde un punto de vista *ex ante*, para instigar la decisión de ejecutar dichas conductas entre sus posibles receptores, no bastará con que constituyan manifestaciones de cualquier forma de violencia cultural o de climas de odio, por rechazable que nos pueda aparecer, sino que resulta absolutamente necesario que se pueda predecir que existen sujetos entre quienes siguen y respaldan dichos climas, que previsiblemente podrían decidirse a ejecutarlos al recibir tales mensajes. Es más, y en el caso que nos ocupa para ejecutar delitos terroristas y no otros de naturaleza diversa a estos, algo que, en realidad, solo podrá pronosticarse y ser considerado como realmente previsible, desde un punto de vista *ex ante*, cuando el mensaje en cuestión sea precisamente uno de aquellos que configuran aquella violencia cultural que había limitado las barreras inhibitorias de la violencia entre los seguidores de dichos discursos y, de hecho, estaba ya apoyando e impulsando la efectiva y actual realización de dicha clase de ataques por parte de sus seguidores.

Piénsese entonces, por ejemplo y llevando al extremo, en la posible realización de actos enaltecedores de alguno de los delitos realizados por el terrorismo anarquista de finales del siglo XIX<sup>43</sup>. Pero también y trayendo los ejemplos a tiempos mucho más recientes y controvertidos en los que aún hoy glorifican a los miembros de una organización terrorista desaparecida hace años como los GRAPO o en los que “bromean” o directamente menosprecian a alguna de las víctimas de los ataques realizados en su día por la afortunadamente ya desaparecida ETA. Decir que dicha clase de mensajes, sin duda manifestaciones de discursos o climas de odio que incluso persisten entre determinados colectivos en la actualidad, son idóneos, desde un punto de vista *ex ante* y por sí solos, para dar lugar a la decisión de realizar nuevos actos terroristas por parte de alguno de sus posibles receptores, por ser manifestaciones de aquellos discursos de odio que en su día respaldaron los actos realizados por tales organizaciones o movimientos, es simplemente irreal, ya que, una vez que los movimientos que dichos mensajes respaldaban y los grupos que los siguen o seguían ya no emplean la violencia para perseguir sus fines, difícilmente se va a poder considerar como previsible que el mensaje en cuestión pueda llevar a alguno de tales sujetos a retomar la lucha armada y a cometer nuevos delitos.

Evidentemente, siempre es posible que alguno de quienes continúen siguiendo los

<sup>43</sup> Con ironía, señala CARBONELL MATEU que ignorar la distancia temporal que existe entre el momento en que se realizan las manifestaciones enaltecedoras de atentados realizados en tiempos pasados como, por ejemplo, señala que hay que hacer la STS 4/2017, (ECLI:ES:TS:2017:31) podría llevar a que se considerase como delito del art. 578 CP un acto justificador del asesinato del general Prim o, incluso, ¿por qué no?, el que lo haga con respecto a la muerte de Viriato, (2018) p. 351, aunque claro está, en este último caso, habría que ver si el célebre pastor Lusitano debería ser considerado como la víctima del terrorismo romano o, por el contrario, como el terrorista neutralizado por el que finalmente fue el régimen dominante durante siglos en la península, algo que llevó a CANCIO MELIÁ a cuestionarse también hasta qué punto podría considerarse como enaltecimiento terrorista la justificación del atentado realizado contra Carrero Blanco, el representante ejecutivo de la dictadura militar franquista, o el que justificó el intento acabar con Hitler realizado en 1939, (2020), nota al pie 16, p. 1506.

postulados de dichos climas pueda ser el primero en decidirse a retomar la lucha armada y a realizar algún ataque de violencia directa como consecuencia de haber recibido el concreto mensaje difundido, pero dicho resultado es algo que, pese a ser posible, no resultará en modo alguno predecible, ni pronosticable desde un punto de vista *ex ante* y analizando las concretas circunstancias que concurrían en el momento en que el mensaje en cuestión se emitió, con lo que hablar en estos casos de la emisión o publicación de mensajes idóneos para incitar la realización de delitos es simplemente inviable.

En realidad, para que se pueda afirmar que los mensajes de los que habla el enaltecimiento son previsiblemente aptos o idóneos para poder instigar la decisión de cometer nuevos delitos terroristas en alguno de sus receptores, se necesitará que exista un movimiento terrorista activo y que éste esté apoyado en un clima hostil verdaderamente predelictivo, en términos usados por FUENTES OSORIO, ya que solo entonces se podrá predecir que existirán sujetos entre sus posibles receptores que pronosticablemente podrían decidirse a cometer nuevos delitos terroristas cuando reciban alguno de dichos mensajes, lo que, como no nos cansamos de repetir, resulta absolutamente necesario para legitimar el posible castigo de su emisión.

Ahora bien, pese a que, como acabamos de ver, los mensajes de los que hablamos solo van a poder ser considerados generalmente como aptos para determinar a alguno de sus receptores a decidirse a efectuar delitos terroristas, cuando se apoyen en aquellas ideas o doctrinas que, precisamente, están llevando a quienes las defienden y mantienen a ejecutarlos, ello tampoco debe llevarnos automáticamente a considerar que toda emisión de alguno de estos mensajes concurriendo alguno de dichos climas sea ya de por sí apta para generar tal resultado.

Lo cierto y verdad es que si se difunde públicamente uno de estos mensajes, muestra de una violencia cultural realmente predelictiva y que se apoya en la misma, pero se hace ante un auditorio exclusivamente compuesto por personas que no solo no se puede pronosticar que puedan decidirse a emplear o a apoyar de forma efectiva, los medios violentos del movimiento terrorista en cuestión, sino que incluso resulta absolutamente previsible que los rechazarán de forma tajante (por ejemplo, se comunica un mensaje justificador de un ataque terroristas yihadista ante un auditorio de policías especializados y dedicados a la lucha antiterrorista o se exhibe uno glorificador ante un auditorio de antiguas víctimas), no quedará más remedio que entender que la difusión realizada carecerá de cualquier idoneidad incitadora *ex ante* con respecto a la posible comisión por parte de sus destinatarios de nuevos delitos terroristas. Sin embargo, y en clara contra posición con lo anterior, si en el supuesto en cuestión, ese mismo mensaje se divulga ante un grupo de sujetos que siguen los postulados del clima hostil en el que se apoya y defienden los métodos empleados por sus seguidores o por un medio que haga previsible o pronosticable o incluso garantice que pueda llegar a alguno de dichos sujetos (p. ej. el publicado en abierto en una red

social)<sup>44</sup>, resultará perfectamente posible considerar que la difusión o comunicación públicas realizadas serán adecuadas, por sí mismas, para producir el referido resultado instigador, por más que, finalmente y por las causas que fueran, no lo llegasen a hacer.

Para valorar la idoneidad incitadora del mensaje en cuestión y de su publicación habrá que tener en cuenta, por tanto, no solo su contenido, el contexto social o histórico en que se divulga de forma pública o el clima social en que se apoya, sino también, y entre otras cosas, las cualidades que tenga quien lo haga, el medio que se utilice para hacerlo o los caracteres que tendrían sus posibles receptores, algo que, de hecho, ha sido reconocido por las normas internacionales que han tratado de definir cómo se deben enjuiciar la idoneidad instigadora de los mensajes castigados por este delito y por otras figuras del discurso del odio<sup>45</sup>, pero que, además y por otra parte, resulta fundamental para poder dotar de sentido y poder interpretar de forma coherente los tipos cualificados de este delito que se han utilizado para poner en cuestión la configuración técnica de su propio tipo básico.

Así, por ejemplo, y como vimos, las características del emisor (p. ej. un líder político o religioso) resultarán fundamentales a la hora de distinguir las publicaciones que tendrían que ser castigadas por el tipo básico del enaltecimiento y las que tendrían que serlo por su tipo cualificado contemplado en el art. 578.3 CP que, como ya vimos castiga con mayor pena la realización de este delito cuando se efectúa publicando mensajes que resultan idóneos por sí mismos para crear un grave sentimiento de inseguridad en la sociedad o en una parte de ella, lo que las diferencia de aquellas otras, mucho más comunes que sanciona el art. 578.1 CP. Mientras tanto, el medio utilizado resultará, por su parte y a nuestro modo de ver, esencial a la hora de resolver los problemas que algunos autores han visto a la hora de delimitar las conductas comunicativas que tendrían que ser castigadas por

<sup>44</sup> Sobre cómo influye el uso de estos medios en la recepción de los mensajes de los que estamos hablando por sujetos especialmente proclives a verse motivados por ellos, véase GALÁN MUÑOZ, (2022), pp. 261 y ss.

<sup>45</sup> Así, como bien señala, la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, para valorar la peligrosidad incitadora del mensaje provocador que su art. 5 obliga a castigar cuando sea tal, esto es incitador de la comisión de delitos terroristas en general, se tendrán que "...tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional" (Considerando 10 de Directiva); expresión normativa que, curiosamente, alude a parámetros muy similares, aunque no idénticos, a los que del denominado test de Rabat estableció a la hora de definir cuando nos encontraremos ante un mensaje indirectamente instigador de actos delictivos y, por tanto al fijar el umbral que permitiría prohibir los discursos de incitación al odio de los que habla el art. 20 PIDCP respetando el derecho fundamental a la libertad de expresión. En concreto, dicho test sugiere que para que dichos discursos puedan ser considerados como delitos haya de valorarse el contexto en el que se emite, el orador que lo hace, *la intención* con que lo hace, descartando el posible castigo de la efectuada de forma imprudente, el contenido y la forma del mensaje en cuestión, la extensión del discurso, valorando, por ejemplo, el medio empleado para difundirlo y la probabilidad de la efectiva incitación. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Opinion/Articles19-20/ThresholdTestTranslations/Rabat\\_threshold\\_test\\_Spanish.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Opinion/Articles19-20/ThresholdTestTranslations/Rabat_threshold_test_Spanish.pdf) (últ. vis. 2-3-2022).

el tipo básico de este delito y las que tendrían que serlo por el tipo cualificado del art. 578.2 CP.

Este último precepto, recordémoslo, incrementa la pena de esta figura cuando las conductas castigadas por su tipo básico "...se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información", lo que, como vimos, llevó a algunos autores a entender que, dado que la mayoría de las comunicaciones públicas se realizan actualmente utilizando dicha clase de medios, terminaría convirtiendo este tipo agravado en el más frecuentemente utilizado y haría que el tipo básico del enaltecimiento desempeñase un papel sancionador puramente residual.

Esta postura, a nuestro modo de ver, no solo olvida, como demuestran nuestros tribunales (p. ej. caso Tasio Erkizia o el de los titiriteros de del grupo teatral La disidencia, entre otros), que son muchos los actos de difusión pública de los mensajes de los que venimos hablando que se realizan o se pueden realizar, a día de hoy, utilizando medios no tecnológicos (mítines, obras de teatro, conciertos, etc...), sino también que el incremento de pena establecido por este tipo cualificado no se fundamenta simplemente, y tal y como algunos mantienen, en que los medios de los que habla permitan la difusión de lo publicado de forma amplia, permanente y prolongada en el tiempo<sup>46</sup>, ya que esto, evidentemente, también se puede dar y, de hecho, se dará con el uso de otros medios puramente analógicos que pueden incluso tener un potencial difusor infinitamente más amplio y efectivo que algunos modernos medios tecnológicos, sin dar lugar a la apreciación de dicho tipo cualificado (piénsese, por ejemplo, en la difusión y permanencia que podrá alcanzar el contenido difundido a través de un periódico físico de gran tirada frente a aquel que podría alcanzar el que se distribuya. por ejemplo, de forma efímera en una videoconferencia seguida por un número cerrado y limitado de destinatarios).

En realidad, y si prestamos un poco de atención a la descripción legal de este tipo cualificado, rápidamente nos daremos cuenta de que lo que define las publicaciones de las que ocupa no es solo que se hayan realizado utilizando medios tecnológicos, sino también, y no debe olvidarse, que éstos dejen "accesibles al público" los contenidos o servicios difundidos empleándolos. Esta expresión, que parece haber sido relegada a un completo segundo plano o directamente al olvido por la doctrina, obliga, a nuestro modo de ver, a entender que el comentado tipo cualificado solo podrá apreciarse cuando el medio empleado en la publicación de mensajes de la que habla su tipo básico, además de ser tecnológico, ponga los referidos mensajes a disposición del público en general difundiéndolos, por tanto, en abierto y no solo al de

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, afirma la STS 65/2019, de 7 de febrero, (ECLI:ES:TS:2019:345) que "la utilización de las redes sociales como instrumento de difusión de sus mensajes, posibilita un esparcimiento generalizado y permanente del ideario captatorio y, con ello, una mayor exposición colectiva al riesgo que el tipo penal trata de evitar".

un grupo más o menos amplio de posibles receptores y lo haga, además, de una forma que permita a dichos sujetos acceder a los mismos en momentos posteriores a su inicial emisión, algo que solo se dará cuando se difundan utilizando un medio que los ponga a disposición de dicho público de una forma estable y permanente.

Estos factores resultan fundamentales a la hora de definir el campo de aplicación del tipo cualificado del art. 578.2 CP y también a la de justificar su mayor castigo, ya que no solo hará que las actuaciones realizadas utilizando los medios de los que este tipo habla tengan una difusión potencial amplia o generalizada, algo que, como hemos visto, también pueden tener otros medios no digitales, sino que, por la propia forma de funcionar que tiene Internet donde los contenidos publicados en abierto y con carácter permanente se reproducen y almacenan incluso de forma automatizada en multitud de servidores para facilitar el rápido acceso los mismos mediante los servicios de *Caching*, también llevará a que los mensajes que se publiquen empleando los comentados servicios resulten mucho más difíciles de eliminar o controlar que los que se distribuyan utilizando otros medios, electrónicos o no, con lo que el uso de dichos mecanismos dotará a la publicación realizada empleándolos de una potencialidad instigadora mucho mayor y mucho más difícil de controlar que las realizadas por otras vías.

Habrá que partir, por tanto, de que lo que define las tecnologías cuyo uso cualificará el delito de enaltecimiento es el hecho de que su empleo ampliará y hará perdurar la capacidad instigadora de la publicación realizada mucho más que si la misma se hubiese realizado utilizando otros medios, incluso digitales, que no hacen accesible y ponen a disposición del público en general, con carácter duradero, los contenidos que ayudan a difundir, lo que nos llevará, entre otras cosas, a excluir del ámbito de aplicación de este tipo cualificado, por ejemplo, a todas aquellas publicaciones efectuadas empleando medios digitales que pongan a disposición de un grupo más o menos amplio de sujetos el mensaje en cuestión, pero no lo hagan respecto al público en general, por no difundirlos en abierto (p. ej. un foro o un blog con contenidos permanentes pero de acceso restringido) y también a las que transmitan el mensaje en abierto, pero lo hagan con carácter efímero como sucederá con la difusión pública y en *streaming* de un discurso enaltecedor del terrorismo, publicación ambas que bajo ningún concepto podrán ser castigadas por el tipo cualificado del que venimos hablando, por más que se hubiesen llevado a cabo empleando medios eminentemente digitales.

Quedaría así definido el delito de enaltecimiento del terrorismo como un delito cuyo tipo básico solo castigaría aquellos actos comunicativos cuya publicación presente un verdadero peligro hipotético respecto a la posible generación en sus receptores de la decisión genérica de cometer delitos terroristas y que podrá, además, castigar algunas de las conductas comunicativas de las que habla aunque se realicen utilizando modernas tecnologías de la comunicación, resolviéndose así la crítica que algunos hicieron a su concreta configuración actual.

Ahora bien, todo lo anterior no puede hacernos olvidar que la delimitación de este delito todavía se enfrenta a otro problema de configuración con una enorme relevancia práctica. En concreto, al referido a la concreta delimitación de su tipo subjetivo.

#### 4. Intenciones y enaltecimiento del terrorismo

Para algunos, y como varias resoluciones judiciales también han mantenido, el enaltecimiento del terrorismo es una figura eminentemente dolosa que se considerará cometida tan pronto el sujeto que difunda públicamente el mensaje o discurso prohibido lo haga conociendo su contenido<sup>47</sup>. Otros, sin embargo, y como también otras sentencias han sostenido<sup>48</sup>, entienden que el tipo subjetivo de este delito requiere que el autor de las publicaciones de las que habla su tipo objetivo actúe no solo con dolo, sino con la intención, esto es con dolo directo, de enaltecer, justificar al terrorismo o a los terroristas o de humillar a sus víctimas<sup>49</sup>. Tampoco faltan voces que, atendiendo a la normativa internacional referida a la materia, exigen que quien realice dichas publicaciones deba hacerlo con la finalidad o intención de conseguir la incitación de delitos terrorista en general<sup>50</sup> o que, al entender que esta figura ha de castigar actos realmente preparatorios de delitos concretos, exigen incluso que quien publique los referidos mensajes tenga que hacerlo con dolo directo de instigar algún delito terrorista en concreto<sup>51</sup>.

Lo primero que hay que señalar en relación con todas estas propuestas es que, una vez que hemos descartado que sea constitucional considerar que el tipo objetivo propio de este delito pueda quedar configurado simplemente por la mera emisión de cualquier discurso enaltecedor, justificador o humillante de las víctimas del terrorismo, se excluye completamente que se pueda mantener, como hacían los defensores de la primera de las comentadas propuestas, que su dolo pueda quedar también limitado al mero conocimiento del contenido del mensaje emitido. El tipo objetivo de injusto del delito de enaltecimiento, como hemos visto, delimita y ha de delimitar su conducta típica exigiendo que la misma presente un peligro hipotético con respecto a la posible generación de la idea de cometer delitos terroristas, mientras en su aspecto subjetivo prevé su comisión dolosa, factores ambos que nos llevan a entender que solo podrá apreciarse su realización cuando el sujeto que difunda públicamente los mensajes idóneamente incitadores de los que su tipo objetivo habla lo haga, cuanto menos, habiendo conocido su idoneidad instigadora y habiéndose decidido, pese a conocerla, a difundirlos.

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, la STS 4/2017, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2017:31), donde se afirmaba que para apreciar el tipo subjetivo de este delito “Bastaría, por tanto, con una voluntad consciente de estar realizando actos objetivamente enaltecedores del terrorismo o humillantes o injuriosos para las víctimas del terrorismo.”

<sup>48</sup> SAN 20/2016, de 19 de julio, (ECLI:ES:AN:2016:2767).

<sup>49</sup> PASQUAU LIAÑO, (2017); GÓMEZ MARTÍN, (2018) p. 439 o LEÓN ALAPONT, (2022), p. 61.

<sup>50</sup> ROLLNERT LIERN, (2020), p. 201.

<sup>51</sup> ALONSO RIMO, (2020), p. 40.

Tampoco parece, por otra parte, que, una vez que hemos delimitado el tipo objetivo de este delito exigiendo la presencia en las publicaciones de las que habla de una idoneidad incitadora general y, por tanto, sin requerir, para su apreciación, que la comunicación realizada presente una idoneidad instigadora específicamente referida a un concreto delito resulte posible considerar, como también se ha mantenido que el dolo de este delito requiera, para ser apreciado, que el sujeto que publica dichos peligrosos mensajes tenga que hacerlo, no solo sabiendo que su conducta era idónea para instigar delitos terroristas en general, sino también teniendo el dolo directo de incitar de forma efectiva a la comisión de alguno o algunos de ellos en concreto.

Esto último, a nuestro modo de ver, no se corresponde, en modo alguno, con la naturaleza netamente protopreparatoria de delitos terroristas en general que tiene el delito de enaltecimiento y no realmente preparatorio de delitos concretos; naturaleza que, como ya vimos, no solo se desprende de la descripción típica de este delito o de la interpretación integradora que se debe realizar de su tipo atendiendo a lo exigido por la normativa europea, sino que también lo hace de que estemos ante un delito que castiga a su autor con una pena completamente independiente de la que podría corresponder al delito o a los concretos delitos terroristas cuya incitación, según la teoría ahora comentada y rechazada, debería perseguir el autor de estas conductas para que se le pueda tener como tal.

Habrà que entender, en consecuencia, que no existe ningún argumento que respalde la exigencia de que el autor de la publicación de los peligrosos mensajes que delimitan el tipo objetivo del delito de enaltecimiento deba actuar con la finalidad o intención de conseguir que los mismos lleguen efectivamente incitar la comisión de uno o de varios delitos terroristas concretos y determinados por parte de sus receptores para poder castigarle por este delito.

Tampoco parece que deban correr mejor suerte aquellas propuestas que han considerado que esta figura solo podrá apreciarse cuando quien la cometa lo haga con la intención de justificar, enaltecer al terrorismo o a los terroristas o de humillar a sus víctimas, algo que poco o nada tiene que ver con el hecho de que lo que dote de relevancia penal a los mensajes de los que este delito habla sea su idoneidad instigadora y no solo la naturaleza de su contenido, pero que, además y a nuestro modo de ver, en modo alguno se desprende, tal y como pretenden quienes propugnan la necesidad de dichas intenciones, de la propia descripción típica de sus conductas, por cuando, al afirmar el propio artículo 578 CP que castigará “los actos que entrañen descrédito” de las víctimas, deja completamente claro que esta figura pretende castigar los comportamientos que sean objetivamente injuriosos o humillantes para dichos sujetos, con total independencia de si se emitieron con intención de ofenderlos o no.

Finalmente, solo resta por señalar que, a nuestro modo de ver, tampoco existe argumento alguno que obligue a entender, como algunos han propuesto, que dicha

figura requiera que quien cometa el peligroso acto comunicativo contemplado en su tipo objetivo, deba haberlo hecho, además de conociendo su idoneidad instigadora general, con la intención de llegar a incitar efectivamente la comisión de delitos terroristas en general y no de uno o varios de ellos en concreto, algo que quienes defienden la necesidad de la constatación de dicha intención han tratado de sustentar en el hecho de que la normativa supranacional que exige el castigo de las conductas de enaltecimiento, como la DCT anteriormente citada, o las internacionales que definen cuando se pueden castigar legítimamente otros mensajes del discurso odio, como el denominado Test de Rabat predicable con respeto a estas figuras, lo hacen siempre exigiendo que dichas actuaciones se tengan que efectuar de forma intencional.

Frente a ello, hay que señalar que, en realidad, cuando la DCT obliga a castigar las difusiones de los mensajes indirectamente instigadores de ciertas conductas terroristas de las que habla su art. 5, cuando se realicen de forma “intencional”, lo que realmente pretende es dejar completamente claro que no existe mandato incriminador europeo alguno de castigarlas si se efectúa de forma meramente imprudente, mientras que cuando otros referentes internacionales, como el citado Test de Rabat, establecen que a la hora de poder prohibir y castigar, de forma legítima y como delitos de discurso del odio, la difusión de determinados mensajes se tiene que tener en cuenta la intención con que actuó quien los difundió, no están tratando limitar el posible castigo de las actuaciones de las que hablan a aquellos casos en que se realicen con intención de incitar, sino que lo que pretenden es poner manifiesto que el castigo de la difusión de discursos del odio meramente imprudente debe rechazarse, ya que resulta absolutamente incompatible con el debido respeto a la libertad de expresión<sup>52</sup>.

No existe, por tanto, mandato internacional alguno de limitar el castigo de los discursos de odio a aquellos que se realicen con una intención instigadora general, algo que, de hecho y a nuestro modo de ver, ha quedado reflejado en la concreta configuración típica que alguno de los delitos que nuestra normativa nacional estableció, precisamente, para responder al mandato incriminador europeo de la difusión de mensajes provocadores, esto es, indirectamente instigadores de delitos terroristas,

<sup>52</sup> En este sentido, y en relación con la posible creación general de delitos del discurso del odio establece el test de Rabat que para considerar que uno de estos delitos límite de forma admisible la libertad de expresión, conforme a lo establecido en el art 20, párrafo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR por sus siglas en inglés), que recordémoslo indica que “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”, el mensaje en cuestión tendrá que superar el umbral protegido por dicho derecho fundamental; umbral que tendrá que tener en cuenta determinados factores y circunstancias relativas al mensaje entre los que se tendrá que valorar la intención de su emisor, ya que, como expresamente afirma dicho test “La negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto constituya delito según el artículo 20 del ICCPR, ya que éste incluye disposiciones sobre la “apología” e “incitación” en lugar de la sola distribución o circulación de material”, con lo que se deja claro que lo que pretende la exigencia de la valoración de la intención del emisor es excluir la viabilidad de la difusión meramente imprudente de tales mensajes.

contemplado ya en la normativa europea precedente a la DCT<sup>53</sup>. En concreto, lo hace, por ejemplo, en la figura de colaboración terrorista del art. 577.2 CP vigente desde la reforma realizada por la LO 2/2015.

Este precepto, como es sabido, castiga las comunicaciones, públicas o no, de los mensajes captadores o adoctrinadores de los que habla tanto si están “dirigidas” o “tienen por finalidad” incitar a otros a cometer delitos terroristas, como si, simplemente, resultan por su contenido idóneas para alcanzar dicho efecto; expresiones ambas que, una vez que se parte, como aquí se hace y exige expresamente la normativa europea de que los mensajes que puede castigar esta figura se tienen que caracterizar por ser aptos para alcanzar tal resultado<sup>54</sup>, lo que pretenden es dejar claro que este delito sancionará tanto las actividades comunicativas de las que habla que realicen quienes las efectúen con finalidad de inducir (los “dirigidos”), como las que lleven a cabo aquellos otros que las hubiesen realizado simplemente conociendo su capacidad instigadora, pero sin buscar alcanzar tal resultado o incluso pensando o queriendo que no se llegará a producir. Esto es, tanto los que los transmiten con intención de incitar, como los que los comunican con un mero dolo de peligro hipotético con respecto a tal pronosticable resultado de instigación.

Así pues, habrá que entender que no existe razón alguna que obligue a limitar el ámbito de aplicación del art. 578 CP a las conductas realizadas con alguna intención especial, bastando para apreciar su comisión con que quien publique los peligrosos mensajes de los que dicha figura habla lo haga teniendo un verdadero dolo de peligro. Es decir, bastando con que sepa que el mensaje que difundía públicamente era uno de los que habla el referido delito y que, al publicarlo en el tiempo y de la forma en que lo hacía, era un mensaje apto o idóneo, desde un punto de vista *ex ante*, para llevar a alguno de dichos sujetos a cometer delitos terroristas que todavía estarían por determinar.

Quedaría así, por fin, completamente delimitado el injusto propio del delito de enaltecimiento y lo estaría de una forma clara, coherente, acorde a nuestra constitución y también con las exigencias incriminadoras europeas.

Sin embargo, este hecho tampoco nos debería hacer olvidar que todavía queda por determinar si podrían tener razón aquellos que propugnan la derogación de este delito, no tanto por considerarlo un precepto demasiado amplio, técnicamente incorrecto o incluso inconstitucional, como por entender que, en realidad, es una figura redundante e inútil que debería, por serlo, desaparecer de nuestro ordenamiento.

<sup>53</sup> Así, el art. 3.1. a) de la Decisión Marco 2002/475/JAI, tras su reforma efectuada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, afirmaba que se debía entender como “provocación a la comisión de un delito de terrorismo la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos”, viniendo el apartado 2.º de dicha DM a obligar a los Estados miembros a castigar la comisión dolosa de dicha conducta como delito.

<sup>54</sup> Compartimos lo manifestado por CUERDA/FERNÁNDEZ (2019), pp. 212, 242 y 262.

## 5. La discutida utilidad y espacio sancionador del delito de enaltecimiento

La delimitación del delito de enaltecimiento del terrorismo que hemos realizado en los apartados anteriores nos ha permitido concertar los aspectos objetivos y subjetivos que definen a el tipo básico de esta figura de una forma coherente con sus tipos cualificados, respetuosa con las exigencias derivadas de los principios de lesividad y culpabilidad, lo que es más importante, acorde con el derecho fundamental a la libertad de expresión garantizado por nuestra constitución.

Ahora bien, y como ya hemos señalado, lo anterior no debe hacernos olvidar que quienes proponen la derogación del delito de enaltecimiento, en muchas ocasiones, lo hacen no solo por considerarla una figura delictiva inconstitucional o dotada de una defectuosa configuración, sino también y, sobre todo, por entender que su existencia no resulta necesaria, ya que mientras castiga algunas actuaciones que no tienen la suficiente lesividad como para poder ser penalmente relevantes, también lo hace con otras (como las de humillación a las víctimas) que sí que la tendrían, pero que se entiende que pueden ser perfectamente sancionadas utilizando otros delitos, mucho menos cuestionables que el de enaltecimiento y que, de hecho, sancionarán la realización de tales actuaciones con unas penas mucho menos graves, con lo que su aplicación se considera mucho más acorde a su verdadera lesividad<sup>55</sup>.

Precisamente en esta línea, resulta conveniente recordar, que, como ya vimos, la Exposición de motivos de proposición de reforma del Código penal presentada, en su día, por el grupo parlamentario condefederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, propugnaba la derogación de este delito, entre otras razones, por considerar que “Nuestro ordenamiento jurídico ya dispone de otras figuras jurídicas, como la apología del delito, que castiga la provocación directa para la comisión de delitos terroristas, o lo indicado en el vigente artículo 170.2 del Código Penal, que castiga a los que reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones terroristas”, mientras señalaba que por lo que “...respecta a la cuestión de las acciones tipificables como humillación a las víctimas del terrorismo, la derogación del artículo 578 del Código Penal no supone ningún tipo de desprotección respecto de este colectivo en lo concerniente a las conductas tendentes a vejear o menoscabar su dignidad. Por un lado, en esta ley se reforma el agravante 4ª del artículo 22 al introducir entre los colectivos protegidos en este punto al de víctimas del terrorismo, y por otro lado ante cualquier conducta vejatoria o humillante a las víctimas existe para su protección el delito de injurias”.

En definitiva, proponía su derogación por considerarla una figura no solo cuestionable, sino también redundante e inútil y, por tanto, carente de sentido.

Ahora bien, como ya hemos visto, una vez delimitado el referido delito de forma

<sup>55</sup> CANCIO/DÍAZ (2019), p. 246.

adecuada rápidamente nos percataremos no solo de que, en realidad, todas sus posibles modalidades comisivas (y no solo algunas) presentan una antijuridicidad suficiente para poder ser sancionadas penalmente, sino también de que, por ejemplo, las humillaciones a las víctimas que esta figura castiga presentan un contenido de injusto que no resulta plenamente coincidente con el que contempla y sanciona el delito de injurias, ni tampoco con las que podrían ser subsumidas y castigadas en el tipo delictivo del atentado grave a la integridad moral del art. 197.1 CP. En concreto, las expresiones humillantes de las que habla el delito de enaltecimiento, además de afectar al honor o a la integridad moral de los sujetos a los que alude (las víctimas del terrorismo y sus familiares), tendrán necesariamente que presentar una idoneidad incitadora indirecta respecto a la posible ejecución de futuros delitos terroristas para poder ser castigadas por dicho delito. Serán humillaciones, entonces, que presentarán una lesividad mayor y parciamente diferente a la que configura los tradicionales delitos contra el honor o la integridad moral. Una que, además, de convertirlas en unas humillaciones más graves que las que castigan estos últimos delitos, también hará que su emisión alcance una trascendencia pública (la derivada de su idoneidad instigadora de delitos terroristas) que no se da en dichos delitos, haciendo así perfectamente comprensible no solo que el art. 578 CP castigue la difusión pública de las humillaciones de las que se ocupa con mayor pena que el delito de injurias a las suyas, sino también que lo haga sin dejar su posible persecución y sanción penal en manos de los concretos sujetos a los que dichas expresiones estarían referidas, como sí sucederá, por ejemplo, con las injurias que, como es sabido, solo pueden perseguirse a instancia de sus ofendidos<sup>56</sup>. Ambas decisiones legislativas se explican porque las humillaciones que castiga el delito de enaltecimiento del terrorismo presentan una faceta supraindividual que se añade y trasciende los intereses puramente personales que afectan las castigadas por los referidos delitos contra el honor, haciendo que sean más graves que el resto de humillaciones y que no se pueda dejar su persecución en manos de aquellos concretos individuos a los que su comisión inicialmente había ofendido.

Más controvertido puede parecer, sin embargo, fundamentar la necesidad de que el delito de enaltecimiento castigue las expresiones enaltecedoras o justificadoras del terrorismo, cuando existe una amplia gama de delitos e instituciones delictivas que sancionan determinadas actuaciones, precisamente, por ser incitadoras de la comisión de delitos terroristas.

Así, por ejemplo, no es solo que, conforme a lo establecido en los art. 18 y 579 de nuestro Código penal, se pueda castigar como provocación de un delito terrorista cualquier acto de apología que incite pública y directamente a su realización<sup>57</sup> o que

<sup>56</sup> GALÁN MUÑOZ, (2020), p. 63.

<sup>57</sup> En esta línea se manifiestan NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2022), p. 219 o PASTRANA SÁNCHEZ, (2020), p. 274. Sobre esta cuestión, véase lo comentado por ALONSO RIMO, (2010), p. 20 y ss.

el art. 170.2 CP permita sancionar como amenaza a los que, con finalidad de atemorizar a un grupo o colectivo, reclamen públicamente la comisión de hechos delictivos. Es que, tras la reforma realizada sobre nuestro Código penal por la LO 2/2015, existe en el mismo una amplia batería de figuras delictivas que están dirigidas o pueden servir para castigar la emisión de determinados mensajes incitadores de la posible comisión de delitos terroristas.

En efecto, la referida reforma no solo contempló la posibilidad de castigar penalmente las formas tradicionales de participación intentada y, entre ellas, las de apología como modalidad de provocación a la posible comisión de un delito terrorista. Además, también sancionó, por ejemplo, en el vigente art. 579.1 CP el hecho de difundir públicamente, por cualquier medio “mensajes o consignas que tengan por finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este capítulo” y en el art. 577.2 CP como acto de colaboración terrorista, el llevar a cabo cualquier actividad de captación o incluso de mero adoctrinamiento que “...esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos contenidos en este capítulo”.

Si a este impresionante arsenal punitivo se le une que se continúa pudiendo castigar la integración tanto pasiva, como activa en organización terrorista (art. 572. 2 CP), algo, esto último, que parece permitirá sancionar las actuaciones indirectamente instigadoras de delitos que realicen por sus miembros, y que el art. 575. 2 CP también sanciona el mero hecho de autoadoctrinarse o dejarse adoctrinar para “capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo”, lo que, a juicio de algunos, podría abrir las puertas a que esta figura pueda castigar al que se adoctrina o se hace adoctrinar para cometer posteriores delitos de enaltecimiento que instiguen indirectamente a terceros a realizar delitos terroristas incluso antes de que lo hagan<sup>58</sup>, podríamos llegar a pensar que nuestro ordenamiento ya cuenta con un arsenal de instrumentos punitivos anticipados los suficientemente amplio y variado

<sup>58</sup> Admiten dicha posibilidad CUERDA/FERNÁNDEZ, aunque señalando que dará lugar a disparatados resultados punitivos, ya que llevará a que se castigue con mayor pena al que se adoctrina o adiestra para enaltecer que al que realiza esta última conducta de forma efectiva, si bien posteriormente consideran que no siempre se dará una relación de consunción entre el delito de enaltecimiento y la del 577 CP pudiendo entrar ambos en concurso real. (2019), p. 223 y 299. Lo niega, sin embargo, GONZÁLEZ VAZ, por considerar que el delito de enaltecimiento es una figura de opinión y dado que “no se puede aprender una opinión, o se tiene o no se tiene”, resulta “especialmente complejo hacer encajar en este patrón mental un proceso de aprendizaje, de formación técnica,,”, (2021), p. 272; postura que olvida, a nuestro entender, dos hechos fundamentales. El primero que el enaltecimiento no castiga opiniones o ideas, sino la dolosa exteriorización de mensajes peligrosos, con lo que no castiga meros procesos internos, pudiendo ser cometido incluso por personas que no compartan o sigan tales ideas. Pero el segundo y fundamental es que es perfectamente posible que quienes difunden este tipo de mensajes, busquen previamente en las redes formas de dar mayor eco a sus manifestaciones, para hacerlas más efectivas al captar combatientes para su causa, con lo que no parece que haya demasiado problema conceptual para poder concebir conductas de autocapacitación que se puedan cometer, precisamente, con la intención realizar posteriores actos de enaltecimiento idóneos para instigar nuevos delitos terroristas como exige el art. 578 CP.

como para que la desaparición del delito de enaltecimiento no llegue a ocasionar ninguna laguna punitiva.

Así, aun cuando quien enaltezca o justifique el terrorismo no pudiese ser castigado por la apología de estos delitos o como autor del delito de amenazas del art. 170.2 CP por reclamar pública y directamente a alguna organización o grupo terrorista que los cometa, todavía podría serlo por el delito del art. 572.2 CP, si difundiese dicha clase de mensajes estando integrado en una organización terrorista, y, si no lo estuviese, por el art. 579.1 CP si la difusión que efectuase fuese idónea para poder instigar la posible realización de delitos terroristas, por el delito del art. 577.2 CP, siempre y cuando se pudiese entender que con sus mensajes había realizado una actuación de captación o adoctrinamiento activo de terceros que buscaría o, cuando menos, resultaría idónea para incitarlos a ejecutar dichos delitos o, incluso, por el art. 575.1 CP si, antes de enviar los peligrosos mensajes delictivos, se hubiese autoadoctrinado o hubiese recibido adoctrinamiento para capacitarse para poder hacerlo.

La batería de figuras que, cuanto menos aparentemente, resultan aplicable a las conductas inductoras del terrorismo que sanciona el actual art. 578 CP es enorme y hace que parezca razonable pensar que no sea necesario mantener como figura autónoma a este último delito<sup>59</sup>.

Sin embargo, cuando uno analiza con mayor detenimiento el concreto ámbito de aplicación de todas estas figuras y estudia también como interactúan las unas con las otras, rápidamente se da cuenta de que, en realidad, muy pocas de ellas puede llegar a sancionar algunas de las peligrosas actuaciones comunicativas que el delito de enaltecimiento del terrorismo castiga a día de hoy y de que, de hecho, las que lo hacen, lo consiguen de una forma muy parcial o incluso de una que resulta hartamente cuestionable.

Así, por ejemplo, debe destacarse, frente a lo que mantiene la anteriormente citada propuesta de derogación de este último delito, que, dado que el delito del art. 170.2 CP solo permite sancionar penalmente la publicación de mensajes que directamente, luego de forma explícita, "...reclamen públicamente la comisión de acciones violentas a organizaciones o grupos terroristas" para atemorizar a los integrantes de un colectivo o grupo de personas y lo haga de forma lo suficientemente grave como para

<sup>59</sup> En este sentido, resulta llamativo que, tras la proliferación de figuras a que dio lugar la reforma de la LO 2/2015, afirmase BERNAL DEL CASTILLO, que "...el problema del art. 578 en relación al enaltecimiento de la yihad islámica radica más bien en el hecho de que puede preverse una escasa aplicación del mismo, debido a que normalmente los actos de apología del terrorismo islamista y de sus autores no se limitan a la simple divulgación general del mensaje del odio, sino que están mezclados o forman parte de un modus operandi más complejo, en cuanto el enaltecimiento se dirige, por ejemplo, a fines más amplios de captación, adoctrinamiento o reclutamiento, o cuando esas alabanzas de doctrinas violentas constituyen verdaderas formas de participación en grupos u organizaciones, o bien porque constituyen actos provocación directa o indirecta a la comisión de actos terroristas. Las últimas reformas del Código Penal han buscado una prevención del terrorismo islamista tan extensa que apenas quedan conductas que no estén tipificadas como delitos concretos de colaboración, adoctrinamiento, etc., figuras que serán de aplicación preferente sobre el enaltecimiento, en virtud del principio de especialidad", (2016), p. 39.

poder conseguirlo<sup>60</sup>, nos encontramos ante una figura que no solo no podría llegar a sancionar todas o la mayor parte las conductas comunicativas e instigadoras que sanciona a día de hoy el delito de enaltecimiento, sino que, en realidad, no podría hacerlo con ninguna de ellas.

Como hemos visto, si algo caracteriza a los mensajes castigados por el delito de enaltecimiento del terrorismo es que no instan, ni reclaman, de forma explícita o directa, la comisión de delitos terroristas a sus posibles receptores, sino que lo que hacen, -bien justificando o glorificando su ejecución o a los que los realizaron con anterioridad, bien cosificando a sus víctimas-, es hacer pronosticable, desde un punto de vista *ex ante*, que alguno de dichos sujetos podrían decidirse a realizarlos. Teniendo esto en cuenta, resulta evidente que la existencia de figuras como la del artículo 170.2 CP no solo no servirán para sancionar todas las conductas comunicativas que dejarían de estar castigadas penalmente en caso de que se derogase el delito de enaltecimiento, sino que, de hecho, no podría hacerlo con ninguna de ellas, ya que, en ninguna, por definición, se reclama directamente la comisión de delitos. Si a ello se le añade que el comentado delito solo podrá apreciarse cuando la petición de realización de acciones violentas de las que habla se dirija a organizaciones o grupos terroristas, algo que, en modo alguno, requieren los mensajes castigados por el de enaltecimiento, lo que permite que este cuestionado delito castigue la publicación de mensajes que podrían inducir a efectuarlos a algún “lobo solitario” no integrado en una organización o grupo de dicha naturaleza, pero que sí siga las ideas que sustentan el movimiento terrorista de que se trate, y que, además y por otra parte, el art. 170.2 CP solo castiga la petición pública de delitos de la que habla cuando se efectúe con la intención y de forma adecuada para atemorizar a los grupos puestos como diana de tales ataques, algo esto último que, si bien puede darse también con algunas de las publicaciones que castiga el art. 578 CP, no se requiere para apreciar la ejecución de su tipo básico, sino la de su tipo cualificado del art. 578.3 CP, no quedará más remedio que entender que, en realidad, el delito del art. 170.2 CP en modo alguno puede cubrir la laguna punitiva que la derogación del delito de enaltecimiento del terrorismo vendría de dejar.

Tampoco parece, por otra parte, que otras figuras, como la de apología que castiga el art. 579.3 CP como forma de provocación y que, por serlo, solo sanciona actos comunicativos apologéticos que sean expresamente inductores de concretos delitos terroristas<sup>61</sup> o, como la del art. 579.1 CP que, si bien permite castigar la difusión pública de mensajes meramente aptos o idóneos para inducir la comisión de delitos

<sup>60</sup> MUÑOZ CONDE, (2021), pp. 156 y 167. Este delito, como señala acertadamente, ALONSO RIMO, es un delito que “...a pesar de que integra una incitación a la comisión de acciones violentas se sanciona con la base de la incidencia en la libertad o en el sentimiento de tranquilidad del grupo de personas afectadas y no en el peligro de promoción de acciones terroristas”, (2017). p. 37.

<sup>61</sup> ALONSO RIMO, (2010) p. 22; CUERDA/FERNÁNDEZ (2019). pp. 252 y 274; GALÁN MUÑOZ, (2016), pp. 116 y ss.,

terroristas, con lo que podrá sancionar actos de instigación delictiva no expresa, pero lo hace exigiendo que tales mensajes sean aptos para instigar la realización de delitos concretos y determinables que fijen la pena desde la que se determinará la aplicable a aquellos sujetos que sean castigados conforme a esta figura, puedan servir para sancionar el amplio conjunto de publicaciones que a día de hoy pune el delito de enaltecimiento y que, como vimos, se caracterizan y delimitan, precisamente, por ser idóneas o aptas, desde un punto de vista *ex ante*, para poder instigar la comisión de delitos terroristas que no están determinados en el propio mensaje, ni puedan ser determinados o determinables, en el momento en que se difunde, atendiendo a su contenido y a las circunstancias que rodearon su emisión.

De hecho, esta diferente delimitación de los mensajes que castiga una y otra figura delictivas debería llevar, a nuestro entender, a que si se difunde un mensaje de forma pública que, pese a no instar de forma directa a cometer uno o varios delitos terroristas concretos, sí que permitía determinar, de una forma *ex ante*, los concretos delitos terroristas podría incitar a cometer a sus receptores (p. ej. el secuestro de un determinado político, el asesinato de un juez, ect...) se tenga que castigar al autor de su difusión aplicándole la figura y la pena del art. 579.1 CP; mientras que si, por el contrario, la publicación efectuada fuese adecuada para poder inspirar la decisión de cometer delitos terroristas en general, pero no se pudiese pronosticar cuál o cuáles podrían ser dichos delitos, no se le pueda castigar aplicándole el delito anterior, por más que sí que se le podría sancionar atendiendo a lo dispuesto en el delito del art. 578 CP, eso sí, siempre y cuando se diesen, evidentemente, el resto de circunstancias exigidas por dicho tipo delictivo (p. ej. que fuese un mensaje justificador de ataques previos, humillante para las víctimas, etc...) <sup>62</sup>.

Estaremos entonces ante figuras que castigan la publicación de mensajes completamente diferentes y excluyentes entre sí, poniéndose así de manifiesto que nunca se podrá entender que el delito del art. 579.1 CP pueda cubrir la laguna de punición que provocaría la hipotética derogación del de enaltecimiento del art. 578 CP, pero también que cuando nos encontremos ante un caso en el que se pueda constatar la acumulada o sucesiva difusión de mensajes de una y otra clase se tendría que apreciar el correspondiente concurso de real delitos y no de leyes entre las figuras de las que venimos hablando, ya que la apreciación de una sola de ellas nunca podría llegar a valorar y a sancionar, por sí sola, el completo injusto generado con la sucesiva y acumulada emisión de las peligrosas publicaciones realizadas <sup>63</sup>.

<sup>62</sup> A una solución parecida, pero por vías bien diferentes a las aquí seguidas, ha llegado, por ejemplo, la STS 646/2018, 14 de diciembre, (ECLI:ES:TS:2018:4133) que afirma que "...si existe una incitación a la comisión de hechos delictivos, a través de consignas y mensajes, la subsunción es la del art. 579 CP. Si la potencialidad de riesgo es de aptitud, no requiriendo la incitación a la comisión de actos terroristas, la subsunción es en el art. 578 CP", con lo que el Alto tribunal se decanta, por entender que será la diferente idoneidad incitadora que define a las figuras de los art. 578 y 579 CP la que habrá de determinar que un mensaje pueda y deba ser castigado por uno u otro delito.

<sup>63</sup> En efecto, dado que, mientras la exclusiva apreciación de enaltecimiento no valoraría ni sancionaría el

Algo diferente sucede, sin embargo, con aquellas figuras realmente protopreparatorias que, por serlo y en clara contraposición con las anteriormente comentadas, sí que castigan actuaciones dirigidas o que son simplemente idóneas para facilitar o favorecer la realización de delitos terroristas en general y no la de uno o varios de dichos delitos en concreto.

Este es el caso, por ejemplo, del delito de integración activa en una organización terrorista. Es evidente que quienes se convierten en miembros de una organización terrorista y participan de forma activa en sus actividades podrán realizar desde ella, entre otras conductas, actos públicos enaltecedores o justificadores de los delitos cometidos por la misma y/o de quienes los ejecuten que podrían ser idóneos para inspirar su repetición por parte de terceros. Ahora bien, de este hecho en modo alguno puede deducirse que el referido delito sea capaz de cubrir el amplio abanico de conductas comunicativas que sanciona el enaltecimiento terrorista. No puede hacerlo por cuanto resulta evidente que los actos comunicativos que sanciona el enaltecimiento pueden ser realizados por sujetos que no estén integrados en ninguna organización de dicha naturaleza, pudiendo llevarlos a cabo tanto meros colaboradores o simples simpatizantes de la misma<sup>64</sup>, como quienes, sin tener relación alguna con una organización de dicha naturaleza e incluso sin seguir realmente las ideas que sustentan el movimiento terrorista en que se enmarcan, difundirían el mensaje en cuestión voluntariamente y siendo plenamente consciente de su peligrosidad<sup>65</sup>. Pero es que, además, y lo que es más importante, no puede hacerlo porque, si bien resulta innegable

peligro de incitación del concreto o de los concretos delitos que castigaría el art. 579.1 CP, la simple aplicación de esta última figura dejaría sin valorar ni castigar el hecho de que los mensajes transmitidos, además de poder inducir el o los concretos delitos previsiblemente instigados, también podrían haber dado lugar a la ejecución de otros muchos delitos terroristas, no definidos, ni concretables, desde un punto de vista *ex ante*, pero de pronosticable realización, con lo que el peligro relativo a su efectiva instigación sería tan amplio que nunca podría verse completamente absorbido por la simple apreciación de la particular figura preparatoria que castiga el referido art. 579.1 de nuestro Código penal. Así sucederá, por ejemplo, cuando un sujeto difunda mensajes enaltecedores en un contexto y con unos destinatarios que podrían motivarse por los mismos a cometer delitos terroristas todavía no definidos ni delimitables, pero de previsible realización y, además, difunda paralela o posteriormente otros que, si bien no insten expresamente a cometer ningún delito en concreto, sí que permita considerar cuál podría ser el que podrían instar a realizar (p. ej. el que, en un momento de gran conflictividad, pese a no instar expresamente a que se mate a un determinado cargo político o judicial, sí que lo identifica como responsable de una decisión que quienes respaldan el movimiento terrorista en cuestión repudian, situándolo así como posible objetivo de un previsible homicidio terrorista). En este tipo de casos, la existencia del peligro instigador genérico propio del enaltecimiento y del más delimitado y específico que sanciona el art. 579.1 CP solo puede ser completamente valorado y sancionado aplicando los dos delitos muestra evidente de que ambos en modo alguno se vendrían a solapar. De otra opinión, CUERDA/FERNÁNDEZ que aprecian un concurso de leyes entre estas figuras, estando en una relación de especialidad con respecto a este último precepto, dado que, al castigar expresamente la justificación o el enaltecimiento del terrorismo, deberá aplicarse preferentemente, (2019), p. 307.

<sup>64</sup> MIRA BENAVENT, J. (2018). p. 320

<sup>65</sup> Un caso interesante, en este sentido, fue el analizado por la STAN 4/2020, de 2 de marzo, (ECLI:ES:AN:2020:795) en la que se ratificó la condena de un sujeto que realizó reiterados comentarios de apoyo y justificación de los atentados y actividades de DAESH y Al Qaeda, como si fuese partidario de dichas organizaciones, pese a que no solo no era seguidor de dichas organizaciones, sino que ni era musulmán.

que las conductas enaltecedoras se pueden cometer por los integrantes de dichas organizaciones, lo cierto y verdad es que son conductas que no pueden ser consideradas como realmente propias, consustanciales e inherentes a la condición de integrante activo de una de dichas organizaciones y de las contribuciones que como tales suelen realizar a las mismas (p. ej. tareas no directivas de apoyo administrativo, de gestión u organizativas)<sup>66</sup>, lo que, a nuestro juicio, debe llevar a que se tenga que entender que, en realidad, cuando el adscrito a una de estas agrupaciones realice alguna actividad enaltecedora penalmente relevante, efectuará una conducta que trascenderá el injusto que castiga el delito de integración activa en dichas organizaciones que, consecuentemente, solo podrá ser castigada mediante la apreciación del correspondiente concurso de delitos entre esta figura y la de enaltecimiento del terrorismo.

Algo similar, aunque con algunos matices, sucede con el delito de adoctrinamiento pasivo del art. 575 CP.

Dejando ahora a un lado, por motivos de espacio, la más que cuestionable definición legal que nuestro Código da a este delito y a algunas de sus modalidades comisivas, entre las que incluso se encuentra la de mera posesión de documentos que resulten idóneos para que quienes los tengan pueda adoctrinarse<sup>67</sup>, resulta evidente que para que cualquiera de ellas pueda ser típica de esta figura habrá de realizarse

<sup>66</sup> De otra opinión, FARALDO CABANA, quien entiende que mientras la mera integración en este tipo de organizaciones requiere de la realización de actos objetivos de aporte a la organización para la consecución de sus fines y la adhesión ideológica, la integración activa necesita que el sujeto en cuestión realice actos de participación en la preparación o ejecución de los delitos propios de dichas organizaciones (2012), pp. 271, 279. Esta postura llevaría a que se tuviese que entender que, el injusto propio del delito de integración activa en organización terrorista sí que castigaría los actos de enaltecimiento que realizasen aquellos que realizasen los actos comunicativos de los que venimos hablando estando integrados en dicha clase de organizaciones, algo que no podemos compartir, entre otras razones, porque daría lugar a que el delito analizado terminase castigando con la misma pena abstracta a quien realiza, por ejemplo, una tarea organizativa que favorece los fines y la subsistencia de la organización terrorista, que aquel otro que pasa a realizar actuaciones ya ejecutivas, ya preparatorias de los graves delitos que definen al terrorismo. Mucho más adecuado nos parece entender que el delito del art. 572.2 CP castiga como integrantes no activos a los sujetos que se integran en la organización criminal y, por tanto, se ponen a disposición de las actividades criminales que se vayan a realizar desde la misma y sanciona como activos a los que, de forma permanente y estando también a disposición de la organización, realizan actividades organizativas y de gestión de la organización, sin ser uno de sus dirigentes ni haber participado en la ejecución, ni en la preparación de ningún delito específico, haciendo así que tanto los unos como los otros si ejecutan o preparan otras conductas delictivas (enaltecimiento, financiación etc...), tengan que responder por el delito de integración en organización y del concreto delito que viniese a castigar dichos hechos efectivamente realizados. En similares términos a la postura aquí sostenida se manifiestan las STS 1346/2001, de 28 de junio (ECLI:ES:TS:2001:5581), y STS 1127/2002, de 17 de junio, (ECLI:ES:TS:2002:4428), en las que se afirma que, en principio, la pertenencia supone, por sí misma, una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, sin que sea exigible la actuación directa en acciones de armas, sino que basta la disponibilidad para tales acciones, o la realización de otros servicios a favor del éxito de tales acciones, a cualquier nivel) (vid. la STS 503/2008, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4587). Esta postura, que nos parece la más acorde con la redacción vigente del delito, lleva, sin embargo, a que esta figura deba ser objeto de severas críticas, no solo por la severidad con la que castiga este tipo de actuaciones tan alejadas de la efectiva realización o incluso el efectivo comienzo de los graves delitos propios del terrorismo, sino también porque hacen que se presente como un delito que presenta caracteres muy cercanos al, a todas luces rechazable, Derecho penal del enemigo.

<sup>67</sup> Vid. CUERDA/FERNÁNDEZ (2019) p. 208; GONZÁLEZ, VAZ, (2021), pp. 105 y ss o MUÑOZ CONDE, quien califica esta modalidad como de verdadero delito de sospecha, (2021), p. 865.

“con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo”. Es decir, con la intención de realizar algún delito terrorista, por más que el sujeto que así actúe aún no hubiese decidido cuál o cuáles de dichos delitos, en concreto, serían los que finalmente iría a realizar<sup>68</sup>; elemento subjetivo este que resulta fundamental para definir esta figura, ya que, en caso de no concurrir, haría que las conductas objetivas de las que su tipo objetivo habla, como, por ejemplo, la de aprender y seguir determinadas doctrinas, la de poseer determinados documentos o la de simplemente acceder a ellos en Internet, tuviesen que ser consideradas como completamente lícitas y permitidas en un Estado como el nuestro, que, al ser una democracia no militante o tolerante, debe permitir su realización por ser legítimas manifestaciones externas de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, ideológica o religiosa en tanto en cuanto no se efectúen, cuanto menos, con finalidad de realizar una actividad delictiva posterior<sup>69</sup>.

Precisamente, la cuestionable amplitud típica de esta figura, tanto objetiva (basta, por ejemplo, con el mero hecho de poseer ciertos documentos), como subjetiva (será suficiente con que se haga dolosamente y estando resuelto a cometer delitos terroristas, aunque no se haya todavía decidido cuál o cuántos), junto al hecho de que no sea en modo alguno infrecuente que su realización preceda a la realización de los actos de enaltecimiento, ya que no es inhabitual que aquel que difunde mensajes enaltecedores lo haga tras haber sido o haberse previamente adoctrinado, podrían llevarnos a pensar que nos encontraríamos ante un delito que podría castigar todas las actuaciones comunicativas de las que habla el art. 578 CP incluso antes de que se realicen.

Sin embargo, esta posición resulta, a nuestro modo de ver, manifiestamente

<sup>68</sup> Señalar que, como bien apuntan, CUERDA/FERNÁNDEZ, para apreciar la presencia de esta intención será necesario que el sujeto se haya decidido a “pasar a la acción”, lo que supone que se tenga que constatar que “...quede acreditada la resolución delictiva, porque la mera inclinación a cometer delitos de terrorismo (...) no es suficiente para integrar el tipo”, (2019), p. 221. Ahora bien, también resulta necesario reseñar que, a nuestro modo de ver, dado que el art. 575 CP habla de tener la finalidad de capacitarse para cometer “cualquiera de los delitos de este capítulo” y no de “alguno” como establecen otros preceptos, (p. ej. 579 CP), y asigna a sus responsables una pena propia y completamente independiente de la que pudiera tener el delito o los delitos que pretendiesen cometer, debe considerarse que no nos encontremos realmente ante una figura que venga simplemente a castigar un mero acto preparatorio punible de uno o de varios delitos terroristas concretos, sino ante una nueva figura protopreparatoria que permite castigar a quien está decidido a cometer de delitos terroristas, aunque todavía no esté decidido ni sepa cuáles, ni cuántos llegarían a de ser. Esto, evidentemente, permite adelantar la intervención penal a momentos previos a la decisión del sujeto que concrete los delitos que iba a cometer, lo que incide en la configuración del dolo que habrá de tener el autor de esta figura para poder ser considerada como tal (no necesitaría tener un dolo referido a uno o varios delitos concretos, como requieren los actos preparatorios propiamente dichos, sino uno mucho más general) y, además, también permite que el art. 575 CP, que también castiga el adiestramiento pasivo, pueda responder a lo exigido por los art. 8 y 13 de la Directiva 2017/541/UE, que obliga a castigar tales comportamientos cuando se realicen para cometer o contribuir a la comisión de delitos terroristas y aunque su ejecuciones no “guarden relación con otro delito específico establecido en la presente Directiva”.

<sup>69</sup> Habrá que entender, por tanto, como bien señalan CUERDA/FERNÁNDEZ que la ausencia del referido elemento subjetivo en dichas conductas comportaría su ilicitud, “...pues el dato subjetivo es el único modo en que pueden configurarse tales conductas como una preparación delictiva”, (2019) p. 219.

errada. Lo es, en primer lugar, porque es obvio que resulta perfectamente posible que quien difunde públicamente uno de los mensajes sancionados por el enaltecimiento lo pueda haber hecho sin haberse adoctrinado, ni haber recibido adoctrinamiento, pudiendo ejecutarla, incluso y como hemos visto, sin seguir, ni compartir las doctrinas en cuestión<sup>70</sup>. Pero, además y por otra parte, también lo es porque, incluso cuando el sujeto que difunda tales mensajes hubiese recibido adoctrinamiento o se hubiese autoadoctrinado, resulta perfectamente posible y, de hecho, no es nada infrecuente, que lo hubiese hecho sin tener todavía intención alguna de cometer un delito de enaltecimiento, ni estar aún decidido a efectuar delitos terroristas en general, lo que evidentemente impediría que se le pudiese castigar como autor del delito de adoctrinamiento pasivo del art. 575 CP, por más que su comportamiento posterior sí que supusiese la realización del de enaltecimiento.

Así pues, no todas las conductas que sanciona el vigente delito de enaltecimiento terrorista podrán ser castigadas, incluso con carácter previo, por el, por otra parte, más grave, delito contemplado en el art. 575 CP, poniéndose así de manifiesto que la existencia de este último delito no hace que el enaltecimiento pueda ser considerado como una figura redundante e inútil, cuya derogación no supondría la destipificación de ninguna de las conductas que actualmente sanciona.

Ahora bien, todavía queda un delito que parece que podría cubrir el espacio protector que la derogación del enaltecimiento vendría a dejar y que las figuras anteriormente comentadas no llegarían a cubrir. Se trata del ya citado delito de colaboración terrorista del art. 577 CP; un delito que, tras la reforma realizada sobre el mismo por la LO 2/2015, castiga, entre otras cosas, tanto el adoctrinamiento activo, como la mera captación terrorista y que parece incluso permitir, en el apartado 3 de dicho precepto, que dichas actuaciones se puedan castigar cuando se realicen de forma meramente imprudente.

La verdad es que, entre los muchos tipos delictivos cuestionables creados con relación al terrorismo, éste ocupa, a nuestro modo de ver, un puesto especialmente destacado. Castiga, como hemos dicho, entre otras conductas, la captación y el adoctrinamiento activo, actuación ésta última que básicamente consiste en transmitir o comunicar doctrinas, esto es, ideas que se incluyen y son ejemplos de aquellas que son sustentadas por un grupo, ya sea de forma puramente individual o de forma pública, siempre y cuando, eso sí y por expresa exigencia legal, ello se haga de forma que dicha comunicación esté dirigida a incitar la comisión genérica de delitos terroristas o, cuanto menos, resulte idónea, por su contenido, para poder hacerlo.

La enorme amplitud de la delimitación de las conductas comunicativas y de los mensajes que podrían ser subsumibles en esta figura hace que parezca que nos encontramos, por fin, ante un delito perfectamente adecuado para castigar no solo todas las comunicaciones que sanciona el enaltecimiento (justificadoras, enaltecedoras,

<sup>70</sup> Vid. la ya comentada SAN 4/2020, de 2 de marzo (ECLI:ES:AN:2020:795).

etc...), sino también muchas otras imaginables que se caracterizarían simplemente por ser idóneas, atendiendo a las circunstancias que rodean su emisión, para generar la idea en sus receptores de cometer delitos terroristas en general, con lo que sería un delito que podría cubrir, sin mayor problema, cualquier posible laguna que la derogación del enaltecimiento pudiese llegar a producir y, además lo haría aplicando a tales actuaciones una pena notablemente superior a la que le impone el enaltecimiento, convirtiendo así a esta última figura en un instrumento jurídico completamente inoperante e inútil que podría derogarse sin más.

Sin embargo, fue precisamente la enorme amplitud típica del delito de colaboración terrorista actualmente vigente y, especialmente, la de su modalidad comisiva referida al adoctrinamiento activo, conducta cuyo castigo, curiosamente, no aparece exigido en ninguno de los muy variados y amplios instrumentos inter- y supranacionales referido a esta materia<sup>71</sup>, la que, hace tiempo, llevó a que se cuestionase el posible acomodo de esta figura con lo establecido en nuestra constitución y en concreto, su posible compatibilidad con el debido respeto a las libertades de expresión, ideológica y religiosa que tutela nuestra constitución<sup>72</sup>; problema que fue precisamente abordado por nuestro Tribunal Supremo en su no demasiado lejana STS 466/2019, de 14 de octubre.

Partía esta sentencia de entender que lo que el adoctrinamiento activo del art. 577.2 CP castiga no puede ser ni "...es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte"; aportaciones que, como la comentada sentencia afirma a continuación, consistirán precisamente en captar nuevos combatientes para su causa mediante la transmisión continuada y constante de ideas o doctrinas que estén dirigidas o que resulten adecuadas para conseguir tal objetivo.

Así entendido, el adoctrinamiento activo solo podría castigarse, como señala dicha sentencia, cuando constituya "...una modalidad de captación de nuevos miembros para la organización terrorista", con lo que la expresa tipificación del adoctrinamiento solo vendría a castigar una modalidad de tentativa, evidentemente, dolosa, de la conducta de captación<sup>73</sup>. Pero, además y por lo que ahora nos interesa, se pondría de manifiesto que esta última conducta, la captación, sería la modalidad comisiva del

<sup>71</sup> Así lo señala, de forma reiterada, precisamente la STS 466/2019, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3189).

<sup>72</sup> GALÁN MUÑOZ, (2016), pp. 129 y ss.

<sup>73</sup> GALÁN MUÑOZ, (2020b), p. 387, interpretación plenamente acorde con el hecho de que el art. 14.3 de la DCT exija a los legisladores de los Estados miembros que castiguen la mera tentativa del delito de captación de su art. 6, algo que, cuando nos encontramos ante un delito de mera actividad, como es el allí establecido, parece obligar a sancionar aquellos actos ejecutivos, como los adoctrinadores, que si bien no "instan" a cometer delitos, sí que van abonando el camino para que ello se haga y, además, se haga de forma adecuada para tener éxito en la instigación.

delito de colaboración terrorista que habría que tener en cuenta a la hora de analizar si esta figura podría realmente llegar a sancionar o no todas las conductas que a día de hoy sanciona el de enaltecimiento en caso de que esta figura desapareciese.

En concreto, captar es, conforme establece el art. 6 de la DCT, instar intencionalmente "...a otra persona a que cometa o contribuya a la comisión" de algunos delitos terroristas que la Directiva delimita, sin que sea necesario, para apreciar la realización de esta actuación, que llegue a conseguir que el tercero lo haga, ni que esté definido todavía cuál o cuáles podrían ser los concretos delitos que la realización de dicha actividad podría llegar a incitar (art. 13 DCT). Sin embargo, y como ya vimos, en nuestro ordenamiento, por obra y gracia de nuestro legislador y atendiendo a lo establecido en el art. 577 de nuestro código penal, la captación no solo castigará aquellas conductas comunicativas que instan o están dirigidas directamente a incitar a otra persona a cometer delitos terroristas en general, sino también aquellas otras que simplemente resulten, por su contenido, idóneas "para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo", algo que, claramente, no exigía la citada normativa europea que se viniese a castigar<sup>74</sup> pero que será, precisamente, lo que, a nuestro modo de ver, permitirá subsumir en el tipo de injusto de este delito a cualquier actuación comunicativa meramente idónea para instigar delitos terroristas en general; conductas entre las que, evidentemente, se podrían encontrar las publicaciones indirectamente instigadoras que, a día de hoy, castiga el delito de enaltecimiento del art. 578 CP.

Habría que entender, por tanto, que la amplia y cuestionable redacción dada por nuestro legislador a la captación terrorista castigada por el art. 577 CP hará que este delito sí que pueda servir para cubrir cualquier posible laguna de punición de las conductas indirectamente incitadoras de delitos en general que dejase tras de sí la desaparición del delito de enaltecimiento.

Ahora bien, la derogación de este último delito y la subsunción y castigo de sus conductas típicas por el de colaboración terrorista daría lugar a efectos que deben ser tenidos muy en cuenta.

En concreto, y en primer lugar, el referido cambio llevaría a que el art. 577 CP sancionase los mensajes de los que habla el actual delito de enaltecimiento con una pena significativamente mayor que la que les otorga actualmente el enaltecimiento. Pero, además y lo que es más importante, también determinaría que la comunicación de dichos mensajes se pudiese sancionar sin necesidad de hubiesen de ser difundidos de forma pública, dado que el delito de colaboración permite castigar la transmisión de los mensajes captadores o adoctrinadores de los que habla tanto si se realizan de

<sup>74</sup> GALÁN MUÑOZ, (2020b) p. 373. No le faltaba razón, entonces, a GÓRRIZ ROYO cuando afirmaba que la aprobación de la Directiva 2017/541/UE no generó una nueva reforma de nuestros delitos terroristas, porque nuestro ordenamiento contaba, desde mucho antes de su aprobación, con delitos que superaban con creces lo que la normativa europea reclamó para luchar contra los discursos terroristas, (2020), p. 28.

dicha forma, como si lo hacen de forma privada<sup>75</sup> e, incluso puede llegar a sancionarlos cuando se hubiesen realizado de forma meramente imprudente (art. 578.3 CP).

Se produciría así, no solo una importante intensificación de la intervención penal existente frente a estos discursos, sino también y lo que es más grave, una enorme ampliación del número y de la variedad de las emisiones de mensajes enaltecidos que podrían llegar a tener relevancia penal. Una ampliación que, al permitir castigar la comunicación incluso individual de unos mensajes que solo se definen por su idoneidad instigadora indirecta de delitos terroristas en general, algo que, como hemos visto, depende de múltiples y muy variados factores y, además hacerlo, incluso, cuando se transmitan de forma imprudente, hará que, este delito pueda llegar a castigar al sujeto que transmita los mensajes que actualmente castiga el art. 578 CP, aun cuando los mismos hubieran sido comunicados por alguien que no hubiera sido consciente de su peligrosidad o que ni tan si quiera se la hubiera planteado, con lo que los habría transmitido con una mera imprudencia inconsciente respecto.

Precisamente esto, el posible castigo de conductas de discurso de odio meramente imprudentes era, como ya vimos, lo que trataban de evitar las normas inter- y supranacionales al establecer que las transmisiones de esta clase de mensajes solo deberían y podrían ser castigadas penalmente cuando se realizasen de forma intencional. Y lo hacían, en concreto, porque partían, acertadamente a nuestro modo de ver, de que prever el castigo de las comunicaciones de estos discursos efectuadas por mera imprudencia, previsiblemente, llevaría a los ciudadanos no solo a no difundir los mensajes enaltecidos que considerasen aptos o idóneos para instigar la posible realización de futuros delitos terroristas, sino también a no hacerlo con aquellos otros que no tuviesen por peligrosos y que puede que incluso no lo fuesen, pero que se abstendrían de transmitir ante temor de poder equivocarse en su valoración y que ello les pudiese generar alguna responsabilidad penal. Se provocaría así un inadmisibles efecto de desaliento que llevaría a que los ciudadanos dejaran de realizar muchos ejercicios perfectamente legítimos del derecho a la libertad de expresión, lo que daría lugar a una restricción absolutamente desproporcionada de dicho derecho fundamental y haría que la norma que la produjese, en este caso la que castigase la mera transmisión imprudente de estos mensajes, hubiese de ser considerada como incompatible con el referido derecho y, por tanto, como manifiestamente inconstitucional<sup>76</sup>.

Siendo esto así, habrá que admitir que, si bien no les falta razón a aquellos que señalan que la derogación del delito de enaltecimiento del terrorismo no vendría a generar ninguna verdadera laguna de punición, ya que todas sus conductas podrían pasar a ser castigadas por el delito de colaboración terrorista vigente en nuestro Có-

<sup>75</sup> En este sentido, señalan CUERDA/FERNÁNDEZ que el delito se podrá apreciar cuando haya un único sujeto adoctrinado, sin que el adoctrinamiento de varios incremente el número de delitos cometidos, (2019), pp. 242 y 243.

<sup>76</sup> V. GALÁN MUÑOZ, A. (2016), pp. 129 y ss.

digo, quienes así se manifiestan parecen olvidar que ello tendría como coste el derivado de que los irresolubles problemas de constitucionalidad que plantea el vigente delito de colaboración terrorista del art. 577 CP se extiendan al tratamiento penal que se habría de otorgar a las conductas que, a día de hoy, sanciona el muy criticado, pero, curiosamente, mucho más preciso, delimitado y constitucionalmente admisible delito de enaltecimiento del terrorismo establecido en el artículo 578 de nuestro Código penal. Un indeseable efecto que, de hecho, se ha conseguido evitar hasta el momento, y esto hay que remarcarlo, precisamente, porque, al haber entendido nuestros tribunales que, al ser el delito del art. 577 CP un delito de tracto sucesivo y notablemente más grave que el de enaltecimiento, era un delito que solo debería aplicarse a aquellos casos en los que se constatare que los mensajes enaltecedores, justificadores o humillantes e idóneamente incitadores, de los que habla el vigente art. 578 CP, se habían transmitido o comunicado de forma reiterada, sucesiva y acumulada, quedando así las transmisiones meramente puntuales de tales contenidos y, por tanto, menos graves, en el ámbito de aplicación del mucho menos severo, amplio y controvertido delito de enaltecimiento que, entre otras cosas y como hemos puesto de manifiesto, solo las castigará cuando se realicen de forma pública y dolosa, manteniendo así en el ámbito de la absoluta irrelevancia penal a sus transmisiones puntuales realizadas de forma individual e/o imprudente<sup>77</sup>.

Habrá que entender, por tanto, que la cacareada propuesta de derogación del delito de enaltecimiento sustentada en la inutilidad de esta figura y supuestamente impulsada para favorecer y garantizar un más seguro, amplio y libre ejercicio de la libertad de expresión no solo no daría lugar a que las actuaciones actualmente sancionadas por dicho delito dejaran de ser castigadas penalmente, sino que llevaría a que lo fuesen más severa y ampliamente a como lo están siendo en la actualidad, dándose así la verdadera paradoja de que esta reforma, lejos de salvaguardar en mayor medida la libertad de expresión, llevase a que nuestro ordenamiento jurídico terminase por saltar de la caliente sartén en la que la deficiente, pero subsanable, interpretación y aplicación práctica de del enaltecimiento del terrorismo ha puesto a dicho derecho fundamental, a las ardientes brasas en que el de colaboración terrorista directa e irremediablemente lo carboniza, algo que, evidentemente y a nuestro modesto entender, hay que evitar a toda costa.

<sup>77</sup> Véase, en este sentido, lo afirmado por la SAN 30/2019, de 30 de diciembre, (ECLI:ES:AN:2019:5286) referida a un supuesto de comunicación reiterada y acumulada, tanto pública como particular, de contenidos indirectamente incitadores de la comisión de delitos terroristas, donde precisamente se afirmó que, mientras la reiteración de estos mensajes realizada al margen de una organización o grupo terrorista, permitían aplicar el delito de colaboración terrorista, la apreciación de este delito impedía apreciar la simultánea y acumulada del delito de enaltecimiento terrorista, al verse absorbido su injusto por el de la figura del art. 577 CP o lo comentado por GALÁN MUÑOZ, (2020b) p. 387.

## **6. Conclusión: El enaltecimiento del terrorismo, un delito legítimo, coherente y aplicable, pero también incomprendido y claramente mejorable**

Como hemos podido comprobar, el delito de enaltecimiento del terrorismo enfrenta multitud de problemas prácticos y críticas que han llevado a que se haya colocado en el ojo de huracán no solo jurídico, sino también político en que, por múltiples motivos, vivimos en los últimos tiempos. De hecho, ha sido objeto, como era esperable, dada la polarización existente, de grandes alabanzas y de intentos de aplicación desmedida por parte de algunos y de críticas despiadadas y exigencias de derogación por parte de otros<sup>78</sup>.

Sin embargo, a lo largo de las páginas precedentes hemos podido comprobar como la comentada figura puede cumplir una función real y legítima a la hora de prevenir y reprimir un fenómeno criminal tan grave y tan desgraciadamente real, como es el del terrorismo.

Ahora bien, dicho hecho no supone ni quiere decir que consideramos que este delito tenga obligatoriamente que existir, ni, menos aún, que tenga que estar contemplado en nuestro ordenamiento tal y como lo está actualmente. Lo que aquí se afirma es que es una figura que, además, de poder cumplir un relevante papel en la prevención de los graves ataques que caracterizan al terrorismo como fenómeno criminal<sup>79</sup> y de responder a algunas de las exigencias incriminadoras de la Unión europea referidas a los discursos indirectamente instigadores de acciones terroristas, es perfectamente compatible con el debido respeto a la libertad de expresión que exige y garantiza nuestra constitución.

Cosa bien distinta de la anterior, es que el actual delito de enaltecimiento cumpla con la función que dota de legitimidad a su existencia de una forma plenamente adecuada.

Los problemas que su actual configuración presenta, como hemos podido comprobar, son múltiples y variados, como lo demuestra, de hecho, la ciertamente errática y cuestionable interpretación y aplicación práctica que de este delito realizan nuestros tribunales.

Para evitar este tipo de problemas interpretativos y aplicativos sería muy conveniente que la descripción típica del delito de enaltecimiento dejase clara y expresamente establecido que esta figura solo puede aplicarse a la publicación de los mensajes enaltecedores, justificadores o humillantes de los que habla, cuando éstos

<sup>78</sup> No le falta razón a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, cuando señala que existe un manifiesto sectarismo en el apoyo o el rechazo a los diferentes delitos de odio según quien sea el protagonista y la víctima del delito del que se trate, (2021) pp. 39 y 40.

<sup>79</sup> En este sentido, compartimos las palabras de IGLESIAS VILA, cuando afirma que la “estrecha relación entre el grupo y los actos de sus miembros torna insuficiente adoptar una dimensión estrictamente individual en el análisis y valoración de un resultado lesivo. En suma, las actitudes y razones, cuando son compartidas dentro de un grupo, tienen una trascendencia práctica difícil de negar”, por lo que “Tomar en serio este punto exige replantear la cuestión de la responsabilidad por los daños. (2003) p. 10.

resulten idóneos, desde un punto de vista *ex ante*, para incitar a terceros a decidirse a cometer delitos terroristas en general<sup>80</sup>. Pero, además y por otra parte, también resulta absolutamente necesario que el hecho de que el comentado delito persiga manifestaciones propias de los climas hostiles o violencias culturales que caracterizan a los denominados discursos del odio no pueda ser, ni sea utilizado, como lo ha sido en muchas ocasiones por nuestro tribunales, para presumir que toda difusión pública de cualquiera de los mensajes de los que habla presente la idoneidad instigadora que exigirá y legitimará su sanción penal por dicha figura delictiva.

Para conseguir que esto no se vuelva a producir resulta fundamental, a nuestro modo de ver, que se rechacen aquellas interpretaciones que muchos tribunales están haciendo del delito de enaltecimiento como una simple “figura de clima”, cuya exigida idoneidad instigadora de delitos se apreciará siempre que el mensaje emitido sea manifestación y/o venga a apoyar cualquier atmósfera colectiva hostil referida a algún grupo o colectivo social.

En realidad, y como hemos visto, los climas predelictivos a los que aluden muchas resoluciones judiciales e incluso también lo hacen, de forma expresa, alguno de los tipos referidos a discursos de odio actualmente vigentes (p. ej. art. 510 CP) no son los referentes de la idoneidad instigadora que dota de la lesividad y que permite legitimar la existencia del enaltecimiento del terrorismo, sino que actúan, en muchas ocasiones, como presupuestos imprescindibles para que las expresiones, no directa y expresamente instigadoras de la comisión de delitos concretos, de las que esta figura habla puedan llegar a ser consideradas como realmente idóneas, desde un punto de vista *ex ante*, para incitar a sus pronosticables receptores a tomar la decisión de cometer nuevos delitos terroristas, aunque aún no sepan, ni se pueda predecir cuales serían los que querrían realizar, algo que, por otra parte, dependerá, en muchos casos, de otros muchos factores como quiénes podrían ser dichos receptores, quienes los difunden, el concreto momento temporal en que lo haga, el medio

<sup>80</sup> En este sentido, resulta interesante recordar que el Juez Lemmens, en su voto concordante, con respecto a la STEDH de 22 de junio de 2021, referida al caso Erkizia, (ECLI:CE:ECHR:2021:0622JUD000586917), señalaba con respecto al tenor literal del vigente art. 578 del Código penal español que “...Es comprensible el sufrimiento de quienes, directa o indirectamente, han sido víctimas de atentados terroristas. El terrorismo no puede justificarse jamás. Sin embargo, la disposición mencionada es demasiado amplia en términos del artículo 10 del Convenio. *Tipifica como delito el enaltecimiento o la justificación del terrorismo, sin exigir que la opinión expresada pueda considerarse incitación a la violencia o discurso de odio.* No obstante, esta consideración es un “elemento esencial” de la justificación de la injerencia basada en la exaltación del terrorismo (véase el apartado 5 anterior). De hecho, la ley española ha sido duramente criticada por esta misma razón, incluso por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, que se refirió a una posición anterior de cinco relatores especiales de la ONU sobre la modificación de las disposiciones del Código Penal español en materia de terrorismo”, lo que le lleva a concluir “Hubiera preferido que el Tribunal afirmara explícitamente que el problema de la injerencia desproporcionada tiene su origen en la propia ley. En cualquier caso, las autoridades competentes del Estado demandado deberán extraer todas las consecuencias de la condena formulada por el Tribunal en esta sentencia.” (la cursiva es nuestra)

utilizado para hacerlo, etc...; aspectos todos ellos que, como señalan los textos internacionales en la materia, jugarán un papel fundamental la hora de afirmar o negar dicha idoneidad<sup>81</sup>.

Esto debe quedar completamente claro y para lograrlo hay que evitar que estas cuestionables interpretaciones se vuelvan a dar, objetivo que no se podrá alcanzar mientras no se precisen de forma adecuada los referentes de la idoneidad instigadora que debe definir el contenido de antijuridicidad del enaltecimiento del terrorismo, pero también el del resto de delitos de los discursos del odio, para poder considerarlos como verdaderamente constitucionales y legítimos.

Así debería hacerse, por ejemplo con el delito del art. 510 CP, figura que castiga, a día de hoy y entre otras cosas, la justificación o la mera negación del delito de genocidio cuando tal tipo de mensajes "...promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra" los integrantes de determinados colectivos, con lo que parece castigar la emisión de mensajes que simplemente apoyen la posible aparición o la existencia de un clima colectivo hostil contra dichos sujetos, a pesar de que, como hemos tenido ocasión de comprobar, resulta evidente que el hecho de que un mensaje apoye un clima colectivo hostil en modo alguno supone que cree, ni sea realmente idóneo para dar lugar a la aparición de verdaderos climas hostiles predelictivos, ni tampoco que haya de ser considerado como necesariamente apto para dar lugar a la generación en sus receptores de la idea de cometer delitos tan graves, como los de genocidio, que este tipo de figuras pretenden prevenir. Mantener, entonces, una redacción típica como la establecida actualmente en el delito del art. 510 CP genera el evidente peligro de que las inadmisibles interpretaciones de las que venimos hablando se sigan manteniendo y se extiendan a figuras como la de enaltecimiento del terrorismo, algo que se podría y que, de hecho, se debería evitar definiendo un claro y único referente fundamentador y delimitador de la idoneidad instigadora legitimadora del castigo de todos los delitos del discurso del odio. En concreto, el referido a la posible y pronosticable instigación, aunque sea indirecta, de la decisión de cometer delitos graves, violentos y de naturaleza colectiva, como los terroristas o los de genocidio, por parte de sus potenciales receptores, dado que solo cuando se den estos factores (que el mensaje sea idóneo para incitar la realización de delitos y que estos sean graves, violentos y consecuencia y reflejo de fenómenos sociales de carácter colectivo) sería proporcional y se legitimará que el legislador pueda dar lugar a la significativa restricción de la libertad de expresión que provoca la creación de cualquier delito del discurso del odio que prohíba y sancione penalmente la mera difusión de unos mensajes, como los mencionados en el delito de enaltecimiento, que no incitan directamente a cometer delitos y que, además, se encuentran tan alejados de la posible realización de aquellos cuya ejecución pretende

<sup>81</sup> Vid. nota 43.

impedir que solo pueden considerarse como actuaciones puramente protopreparatorias de su posible realización .

Ahora bien, todavía quedaría un debate abierto respecto a cómo se debería delimitar la conducta típica el delito de enaltecimiento del terrorismo del que nos venimos ocupando. El referido a si dicho delito debería exigir, para poder ser apreciado, que las publicaciones de los mensajes de los que habla se tuviesen que realizar con un dolo directamente referido y dirigido a conseguir incitar a sus posibles receptores a cometer delitos terroristas, con uno orientado a enaltecer o justificar a los verdugos y sus acciones o a humillar a sus víctimas, o si, por el contrario, se debería seguir exigiendo, como hemos mantenido hace el tipo actualmente vigente, simplemente que se publiquen sabiendo que dicha conducta era apta y adecuada para producir dicho resultado.

Es evidente, en este sentido que, pese a que no exista la obligación inter- ni supranacional de introducir este tipo de exigencias subjetivas en el vigente delito de enaltecimiento y que el legislador español no las haya introducido e incluso haya delimitado algunos tipos delictivos sancionadores de discursos indirectamente incitadores de delitos terroristas de forma que excluyen su exigencia, ello no implica que no esté en su mano decidirse a hacerlo en una futura reforma. De hecho, resulta indudable que la introducción de esta clase de exigencias subjetivas podría servir para restringir el ámbito de aplicación de esta figura.

Sin embargo, y a nuestro modo de ver, esta aparente ventaja esconde también un evidente peligro. En concreto, el de que el delito de enaltecimiento pueda terminar aplicándose tan solo a aquellos sujetos que, por exteriorizar su apoyo o seguimiento de los postulados de los terroristas, -lo que, no lo olvidemos, está completamente permitido-, hacen más factible, no solo que se pueda afirmar que los divulgaron con dolo directo de justificar o glorificar el terrorismo o a los terroristas, sino también que lo hicieron, precisamente, con la intención de conseguir incitar indirectamente a terceros a cometer delitos de dicha naturaleza, mientras que mantendría, sin embargo, al margen de tipo de injusto de esta figura las actuaciones efectuadas por quienes, al no presentar indicios claros de radicalización o de afinidad con los postulados terroristas, muy posiblemente terminarían siendo absueltos por entenderse que no actuaron con tales intenciones, por más que lo hubiesen hecho de forma incluso objetivamente más idóneamente incitadora y peligrosa que los anteriores sujetos y siendo plenamente conscientes de la peligrosidad de su actuación.

Esto abriría las puertas a que el delito de enaltecimiento pudiese terminar castigando a los que difunden los mensajes de los que venimos hablando no tanto por la peligrosidad de la actuación comunicativa que realizaron, como por lo que eran o pensaban cuando las efectuaron y adentraría, consecuentemente, a esta figura en los cenagosos territorios del Derecho penal de autor.

Mucho más adecuado y efectivo nos parece, entonces, entender que, dado que nos

encontramos ante una figura que sanciona actuaciones realmente alejadas incluso de la propia preparación de un delito terrorista<sup>82</sup> y que, además, presenta una amplitud típica que le permitirá castigar las publicaciones de mensajes que, de haberse realizado de otra forma o por otros medios a como se difundieron, dejarían de ser instigadoras de delitos terroristas y deberían ser, por tanto, consideradas como manifestaciones amparadas por un derecho tan fundamental como es la libertad de expresión, se pasase a castigar su realización con una pena de reducida gravedad (p. ej. un mera multa), algo que, sin duda, minimizaría el riesgo de que su existencia pudiese motivar la no realización de algunos ejercicios legítimos de dicho derecho fundamental, pero que, además, evitará los problemas que puede producir la restricción de esta figura mediante la exigencia de que se aplique exclusivamente a difusiones realizadas con determinadas finalidades de carácter netamente subjetivo.

Todas estas posibles reformas mejorarían, indudablemente, la aplicación práctica y la propia configuración técnica de este delito que, mucho nos tememos, anda realmente lejos de estar moribundo, como algunos sostienen, ya que, su existencia y configuración no solo responde a algunas exigencias incriminadoras europeas, como algún autor ha señalado<sup>83</sup>, sino que, además y como hemos podido comprobar, ni resulta incongruente, ni es inútil y redundante, ni, por más que algunos y algunas se empeñen, es inconstitucional.

De hecho, a nuestro entender, si lo que realmente se pretende es garantizar y proteger la libertad de expresión de los ciudadanos, mucho más urgente y necesario que “enterrar” el delito de enaltecimiento resulta realizar una reforma en profundidad de otros delitos, como el del citado art. 510 CP o, especialmente, el de adoctrinamiento activo y captación terrorista del art. 577.2 CP; figura, esta última, que, de hecho, si permanece “vívita y coleando”, mientras se “mata” sin compasión, ni posibilidad de redención el, tal vez, políticocriminalmente cuestionable, sin duda, mejorable, pero también indudablemente constitucional y legítimo delito de enaltecimiento del terrorismo actualmente vigente, expandirá su campo de aplicación provocando una restricción de nuestra libertad de expresión mucho mayor que la que el enaltecimiento ocasiona a día de hoy y lo que es peor, una que sí que resultará completamente desproporcionada y absolutamente incompatible con el debido respeto a dicho derecho fundamental.

En una situación así, solo nos queda esperar y desear que nuestro legislador no se

<sup>82</sup> Este hecho, el estar referida a la generación en sus potenciales receptores de la decisión general de cometer delitos terroristas, previa y, por tanto, menos grave a la de realizar uno o varios delitos concretos de dicha naturaleza y no otro es el que, a nuestro modo de ver, debería llevar a que se considere la inducción indirecta a cometer delitos del art. 578 CP como una forma menos grave que las incitaciones explícitas o las implícitas de cometer delitos concretos que se contempla en el art. 579 CP, lo que debería verse reflejado también en su menor pena. No, por tanto, como mantiene ALONSO RIMO, que las incitaciones indirectas del enaltecimiento tengan una capacidad incitadora menor que las explícitas, (2010) p. 65.

<sup>83</sup> Considera la normativa europea una excusa perfecta para su no destipificación LEÓN ALAPONT,(2022), pp. 178 y 179.

deje arrastrar por el ruido que generan quienes claman contra el enaltecimiento del terrorismo, porque se ha aplicado, bien es cierto que en muchas ocasiones de forma incorrecta, a algunos sujetos que les resultan ideológicamente cercanos, mientras defienden la actual configuración de otros delitos del discurso de odio mucho más cuestionables, como el del art. 510 CP y reclaman su ampliación o incluso llegan a promover la creación de nuevas figuras tan controvertidas y, lo que es incluso peor, tan absolutamente inútiles e innecesarias como la de apología y enaltecimiento del franquismo<sup>84</sup>, y haga una reforma meditada y coordinada de todos estos delitos que les permita cumplir con la finalidad preventiva que están llamados a desempeñar en nuestra sociedad sin que limiten de forma desproporcionada e inconstitucional una libertad tan básica, para cualquier democracia que realmente quiera ser tenida como tal, como es la de la libertad de expresión.

## Bibliografía

- ALCACER GUIRAO, R. (2012) “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en RECPC 14-02 en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 17-3-2022), pp. 01-32
- ALCACER GUIRAO, R. (2015) “Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE.UU. y Europa”, en Revista Española de Derecho constitucional, nº 103, pp.45-86.
- ALCACER GUIRAO, R. (2021). “Ideas execrables”, en Queralt Jiménez; Cardenal Montraveta (coord.): *Derecho penal y libertad de expresión*, Barcelona, pp. 55-77
- ALONSO RIMO, A. (2010) “Apología, enaltecimiento del delito y principios penales”, en RDPC n.º 4, pp- 13-80.
- ALONSO RIMO, A. (2017) “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en InDret 4/2017. en <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/332592/423371> (últ. vis. 2-6-2022), pp. 1-78.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. (2016) “El enaltecimiento del enaltecimiento y la humillación a las víctimas como formas del discurso del odio”, RDPC, n 16, pp.13-44
- CANCIO MELIA, M. (2020) “¿Strawberry o Cassandra? Sobre la imposible convivencia de dos visiones antagónicas del arr. 578 CP en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en de Vicente Remesal; Díaz y García Conlledo; Paredes Castañón; Olaizola Nogales; Trapero Barreales (dir.): *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70ª aniversario*, Vol. II, Madrid, pp. 1497-1506.
- CANCIO MELIÁ, M./ DÍAZ LÓPEZ, J. A. (2019) *Discurso del odio y/o discurso terrorista. Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*. Cizur Menor.
- CARBONELL MATEU, J. C. (2018) “Crítica a los sentimientos como bien jurídico”, en Alonso Rimo; Cuerda Arnau; Fernández Hernández (dir.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, pp.331-258.
- CORRECHER MIRA, J. (2019a), “¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad”, en Alonso Rimo (Dir): *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Cizur Menor, pp. 481-509

<sup>84</sup> Sobre las diversas propuestas legislativas planteadas en esta línea y sus problemas, véase, LEÓN ALAPONT, (2020) o NÚÑEZ CASTAÑO, (2022), pp. 247 y ss.

- CORRECHER MIRA, J. (2019b) “Límites penales a la libertad de expresión: sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales” Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 39, pp-322-339.
- CUERDA ARNAU, M.L./ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (2019) *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Cizur Menor,
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018) *El discurso del odio. Análisis del art. 510 del Código penal*. Valencia.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2021) “Aproximación a los límites de la libertad de expresión desde la teoría general de la antijuridicidad penal. Los delitos “de odio” y los ultrajes a España”, en Queralt Jiménez; Cardenal Montraveta (coord.): *Derecho penal y libertad de expresión*, Barcelona, pp. 37-51.
- ESQUIVEL ALONSO, Y. (2016) “El discurso del odio en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”, Cuestiones constitucionales. Revista mejicana de Derecho constitucional, nº 35, pp-3-44.
- FARALDO CABANA, P. (2012) *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Valencia, 2012,
- FUENTES OSORIO, J. L. (2017) “El odio como delito”, en RECPC 19.27 (2017) en <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf> (últ. vis. 10-3-2022), pp. 1-52.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2016) “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas?: Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015”. RDPC, 15, pp.95-138.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2018) “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVIII (2018). <http://dx.doi.org/10.15304/epc.38.5127>. (últ. vis. 12-7-2022), pp. 245-304.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2020a) “Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿Hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, RP nº46, pp. 41-66.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2020b) “Unión europea y represión penal del discurso terrorista. ¿Origen, excusa o posible referente restrictivo?”, en González Cussac (Dir.): *Estudios Jurídicos en Homenaje a la profa. Dra. Elena Górriz Royo*, Valencia, pp.351-388.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2022) “Redes sociales, discurso terrorista y derecho penal: Entre la prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, en Galán Muñoz; Gómez Rivero (Dir.): *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, pp. 255-309.
- GALTUNG, J. (2016) “La violencia: cultural, estructural y directa” Cuadernos de estrategia, nº. 183, pp.146-168.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2018), “Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre ciberterrorismo y ciberodio”, RDPC, 20, pp. 411-449.
- GONZÁLEZ VAZ, C. (2021) *El delito de autocalificación terrorista*, Barcelona,
- GÓRRIZ ROYO, E. (2020) “Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de LO 1/2019 de 20 de febrero y la directiva 2017/541/EU: ¿europeización del Derecho penal del enemigo”, en RECPC 22-01 (2020) en <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-01.pdf> (últ. vis. 23-3-2021), pp.1-55.
- HORGAN, J. (2009) “Psicología del terrorismo”, Barcelona, (Ebook).
- IGLESIAS VILA, M. L. (2003) “Violencia ambiental y responsabilidad”, en Yale Law School Legal Repository, en <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/17516/SELA03IglesiasDCSp20101029.pdf?sequence=2> (últ. vis. 12-6-2022), pp.1-17
- JAKOBS, G. (1997) “Criminalización en el estadio previa la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, pp. 293-324.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. (2021) “Cinco tesis sobre los límites de la libertad de expre-

- sión” Queralt Jiménez; Cardenal Montraveta (coord.): *Derecho penal y libertad de expresión*, Barcelona, pp. 15-28.
- LEÓN ALAPONT, J. (2020) “Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos”, en Diario La Ley, nº 9572, 2020, en <https://diariolaley.laleynext.es>
- LEÓN ALAPONT, J. (2022) *Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas*, Valencia,
- MIRA BENAVENT, J. (2016) “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, en Portilla Contreras; Pérez Cepeda (dirs.) *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*. Salamanca, pp. 103-114.
- MIRA BENAVENT, J. (2018) “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional” en Alonso Rimo; Cuerda Arnau; Fernández Hernández (dir.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, pp. 299-330.
- MUÑOZ CONDE, F. (2021) *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2022) *Libertad de expresión y Derecho penal: La criminalización de los discursos extremos*, Cizur Menor.
- PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Madrid, 2020,
- PASQUAU LIAÑO, M. (2017) “La intención en lo que se dice (a propósito de Strawberry y una barra de mortadela)”, en CTXT, nº 100, 2017, <https://ctxt.es/es/20170118/Firmas/10689/Cesar-Strawberry-sentencia-Tribunal-Supremo-enaltecimiento-del-terrorismo-humillacion-victimas-intencionalidad-libertad-de-expresion.htm> (últ. vis. 3-5-2022)
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2020) “Una aproximación a los límites penales del humor (si es que los tiene)” en en González Cussac (Dir.): *Estudios Jurídicos en Homenaje a la profa. Dra. Elena Górriz Royo*, Valencia,, pp. 701-720.
- 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* N.º 109, septiembre-diciembre 2020, pp. 191-227.
- TAPIA BALLESTEROS, P. (2019) “Transposición de la directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, al ordenamiento español”, *Revista de Estudios Europeos*, nº extra 1, 2019, pp.305-322.