

El delito de enaltecimiento terrorista: un análisis desde la protección del derecho a la libertad de expresión

ELENA BOZA MORENO

*Profesora de Derecho Penal y Criminología
Centro Universitario San Isidoro, adscrito a la Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARTÍCULO 578 DEL CÓDIGO PENAL Y SU DUALIDAD PUNITIVA. III. POSIBLES PROBLEMAS SISTEMÁTICOS Y MATERIALES QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 578. IV. EL ARTÍCULO 578 A DEBATE. DISTINTAS INTERPRETACIONES DE SU REGULACIÓN. 1. *El discurso del odio como ofensa a la moral colectiva*. 2. *El discurso del odio como incitación a la comisión de delitos*. V. RESPUESTAS ANTE LA INCITACIÓN TERRORISTA. LA FALTA DE ARMONIZACIÓN SUPRANACIONAL. VI. ¿ENTRE LA PROTECCIÓN FRENTE EL DISCURSO DEL ODIO O LA DESPROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN? VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: Partiendo de la imperiosa necesidad de combatir una lacra mundial como es el terrorismo, pretendemos mostrar como en esa incesante lucha, no solo contra este fenómeno sino contra el llamado discurso del odio, se han desplegados mecanismos sancionadores que implican un adelantamiento de las barreras punitivas del Derecho Penal y que según pretendemos analizar a supuesto por tanto, o ha tenido como consecuencia la aparición de figuras delictivas que, como el enaltecimiento del terrorismo, no están totalmente delimitadas. Y, en consecuencia, como tendremos ocasión de analizar, se ha suscitado numerosa jurisprudencia contradictoria. Análisis que busca establecer la posible compatibilidad entre la persecución y castigo de tales conductas y la garantía y necesario respeto a un derecho fundamental como es la libertad de expresión. Derecho de obligada protección en cualquier Estado que se haga llamar democrático y de Derecho.

Palabras claves: apología, enaltecimiento terrorista, discurso del odio, libertad de expresión.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de terrorismo, hacemos referencia a un fenómeno, que desgraciadamente, es conocido por todos, y del que incluso, muchos han sido y son víctimas directas o indirectas. Este fenómeno ha llegado a convertirse en uno de los mayores problemas que amenaza a las sociedades occidentales, buscando el desequilibrio e incluso la destrucción de un modelo de Estado garantista y estable, haciendo uso de la violencia.

Sin embargo, pese a no ser un problema reciente y desconocido, es cierto que en los últimos tiempos se ha visto una cierta evolución en cuanto a los nuevos mecanismos utilizados para perpetuar este tipo de conductas y conseguir un mayor alcance en sus objetivos. En este sentido, tal y como señala Teruel Lozano, las actividades terroristas encuentran en Internet un nuevo espacio para desarrollarse y cultivarse. Algo que, presenta nuevos desafíos.¹

Precisamente es en la lucha contra estos actos terroristas que conmocionan nuestras sociedades donde, al mismo tiempo, éstas deben confirmar el compromiso con sus ideales democráticos. La necesidad forzosa de enfrentarse a tan grandes riesgos, someten a una notable tensión a nuestros valores y principios fundamentales, especialmente aquellos sobre los que se ha construido un Derecho penal garantista². Frente al mismo, el Derecho penal del enemigo encuentra en el terrorista su paradigma: ya no son ciudadanos, han abandonado permanentemente a la sociedad y ahora la atacan³.

Este se define por ser un Derecho de especial protección ante sujetos que se considera que ponen en grave peligro bienes jurídicos protegidos de especial valor, ya sea mediante el adelanto de la punibilidad, el incremento de las penas y/o restringiendo derechos y garantías procesales, desembocando su sistema en un derecho penal de autor, opuesto al derecho penal de hecho, el cual es

1. TERUEL LOZANO, G.M. "Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2018, p. 2.
2. LOOF, "Restricting free speech in times of terror: an ECHR perspective", en ELLIAN/MOLIER (ed.), *Freedom of speech under attack*, 2015, p. 185.
3. La formulación original es de Jakobs (cfr. JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2006, pp. 36-37, 63-64), donde se pregunta sobre los terroristas como personas en Derecho. Entre otros, sobre la introducción del concepto de enemigo en el Derecho penal, puede verse: ZAFFARONI, R., *El enemigo en el Derecho penal*, Ed. Dykinson, 2006, p. 18; GRACIA MARTÍN, L., "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ, M/GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. 1, 2006, pp. 1051-1080; y, en la misma obra, su t.2; SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae", en CANCIO MELIÁ, M/GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. 2, 2006, pp. 985-1100.

mucho más acorde con el que debe ser empleado en un Estado Democrático de Derecho, que busca perseguir conductas criminales en lugar de sujetos⁴.

En concreto, esta corriente legislativa etiqueta a los individuos que se comportan de forma anti-normativa como “enemigos” de la vigencia de las leyes, porque no ofrecen garantía de que vayan a cumplir las normas, y que, por ello, al señalarlos como enemigos, conduce inexorablemente a su despersonalización, considerando entonces que no existe necesidad de que posean derechos. Así, la pena no funciona como un sistema de protección o prevención general, sino como una forma de inocuizar a los enemigos de la sociedad, como máximo exponente de la prevención especial negativa⁵. Y como ya apuntábamos, dentro de los varios sujetos que esta doctrina considera que han abandonado claramente el derecho, se encuentra sin lugar a duda los terroristas.

Es en este contexto, en el que se pretende neutralizar al enemigo, en el que podemos observar una justificación del debilitamiento de garantías, de igual modo que se justifica quebrar la proporcionalidad y se reclama adelantar la intervención penal a estadios anteriores a la comisión efectiva del acto terrorista⁶.

Aparecen así nuevas figuras delictivas como la provocación e incitación al terrorismo, pero también enaltecimiento y apología, proselitismo y captación, adiestramiento y viajes con fines terroristas o ayuda a los mismos. En este sentido, tal y como señala Galán Muñoz, “han venido a castigar como delitos autónomos y consumados la ejecución de muchas conductas que se cometían dentro o como apoyo a las peligrosas organizaciones terroristas, pero que estaban todavía muy alejadas del comienzo real de la ejecución o incluso de la mera preparación real de los concretos atentados que las caracterizaban”⁷.

En este trabajo pretendemos poner de manifiesto como la intención de afrontar el reto preventivo que supone el terrorismo a través de la prohibición y castigo del discurso del odio que utiliza, ha supuesto la incorporación por parte del legislador de delitos que castigan no solo la provocación directa a delitos de terrorismo, sino también algunas figuras delictivas que resultan

4. CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho Penal del enemigo*, 2006, *op. cit.*, p. 17.

5. Trad: CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho Penal del Enemigo?”, en JAKOBS, G, *Derecho Penal del enemigo*, 2.^a edición, Navarra, Civitas, 2006.

6. En sentido crítico pueden verse MUÑOZ CONDE, F., “El nuevo Derecho penal autoritario”, en EL MISMO/LOSANO (Coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 2004, pp. 161-184; o SILVA SÁNCHEZ, L., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001.

7. GALÁN MUÑOZ, A. “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?”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, n.º 1, 2019, p. 87.

controvertidas, como son el enaltecimiento y la apología de los mismos. Incorporaciones legislativas que nos llevan a cuestionarnos si nuestro sistema penal asegura el necesario respeto y garantía de los derechos a la libertad ideológica y libertad de expresión propios de un Estado democrático.

II. EL ARTÍCULO 578 DEL CÓDIGO PENAL Y SU DUALIDAD PUNITIVA

El terrorismo sabemos que provoca varios elementos disfuncionales como el retraimiento social, discusiones políticas más emocionales y polarización social. Según Benegas Haddad, “consigue quebrar la ética social, las apelaciones culturales y las manifestaciones políticas”⁸.

Por ello, para combatir esta intencionalidad desestabilizadora de los grupos terroristas, se han implantado nuevos mecanismos y reformas, que suelen materializarse en modo de restricción o limitación de derechos fundamentales.⁹

Con anterioridad a la reforma penal de la Ley Orgánica 7/2000, los actos de justificación, así como de enaltecimiento del terrorismo, solo eran sancionados cuando implicaban un acto de apología del artículo 18 del CP. Es decir, cuando los actos enaltecedores o justificadores estuviesen expresa y directamente dirigidos a promover la comisión de un concreto y determinado delito terrorista.¹⁰

No obstante, tras la entrada en vigor de esta ley se produjo en cambio en la posible calificación de estas conductas, concretamente con la introducción del artículo 578 que castigaba de forma expresa tanto la mera conducta de enaltecer o justificar públicamente los actos delictivos propios de esta forma de criminalidad o a quienes los realizaban, como la de humillar o menospreciar a sus víctimas, afirmándose así en su Exposición de Motivos, que la sanción penal de tales actuaciones se fundamentaba en que su realización constituía “... no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas”.

De este modo podemos determinar la existencia de dos modalidades de conducta autónomas, por una parte, estaría el delito de enaltecimiento o justificación pública del terrorismo y, por otra, el de humillación o menosprecio de sus víctimas.

8. BENEGAS HADDAS, J.M., “Diccionario de Terrorismo”, epígrafe “eficacia del terrorismo”. S.L.U. ESPASA Libros, Madrid, p. 157.

9. CERRADA MORENO, M., *El Terrorismo: concepto jurídico*, Editorial J.M Bosch Editor, 2018, p. 390.

10. En este sentido véase, CARBONELL MATEU, J. C. “Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado”, en *Comentarios a la legislación penal, Tomo II: El Derecho penal del Estado democrático*, Ed. Edersa Madrid, 1983, p. 245.

Muchos han sido los que continuaban defendiendo que, a pesar de este cambio legislativo, este delito seguía sancionando tan solo aquellas conductas enaltecedoras o justificadoras o humillantes de las víctimas que resultasen apologéticas del terrorismo y, por tanto, constitutivas de actos de provocación y directamente incitadores de la comisión de concretos delitos de dicha naturaleza¹¹. Mientras que por otro lado, otros afirmaban que dicha posible interpretación no casaba con el nuevo tenor literal de este delito, ya que resultaba obvio y patente que ninguno de los elementos configuradores de su tipo de injusto obligaba a limitar su posible campo de aplicación a aquellos supuestos en los que hubiese un acto de incitación expresa ni directa a la comisión de uno de dichos ataques¹².

En efecto, el tenor literal del delito del art. 578 CP en modo alguno alude o exige que los actos de enaltecimiento, justificación o humillación de los que habla tengan que estar dirigidos a incitar a otros a cometer uno o varios delitos terroristas determinados. Más bien parece que, para poder apreciar este delito, bastaría con que se constataste que se había realizado una conducta que transmitiera alguno de los mensajes de los que dicho precepto habla. Esto es, un mensaje emitido públicamente que ensalce, elogie o alabe actos terroristas previamente cometidos o a quienes los cometieron o uno que humille o menosprecie a sus víctimas, aun cuando éste último no se hubiese difundido públicamente¹³.

La interpretación de este delito de forma que castigue penalmente la mera realización de actos comunicativos no expresa y directamente dirigidos a fomentar o a incitar la comisión de delitos terroristas concretos, parece que, según señala Galán Muñoz, “vendría a prohibir y sancionar la simple emisión y el mantenimiento de muchas de las más habituales manifestaciones o expresiones de apoyo o respaldo de los planteamientos sostenidos por los terroristas, lo que convertiría en penalmente relevantes el mero hecho de comunicar

11. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 170.

12. Véase, CAMPO MORENO, J. C., citando la STS n.º 481/2014 de 3 de junio, afirmaba que la apología del art. 18 CP exige la invitación directa a cometer un delito concreto, el enaltecimiento o justificación del terrorismo del art. 578 CP “constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su naturaleza genérica, sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito concreto”, en *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: L.O. 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 71. Así como, MIRA BENAVENT, J. “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 3.

13. BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas como formas del ‘discurso del odio’”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2016, p. 22.

o difundir públicamente tales posturas o ideas, algo que podría entrar en contradicción con el respeto y garantía de las libertades fundamentales de expresión y de opinión de los ciudadanos”¹⁴.

Llegados a este punto, nos planteamos, por lo tanto, la forma en la que la prohibición y la sanción penal de la difusión de dichas ideas y opiniones, no suponga un límite desproporcionado e inconstitucional de esas libertades fundamentales que apanan a los ciudadanos como la libertad de expresión y opinión.

Las posturas en este sentido han sido varias, y aun a día de hoy permanece abierto el debate sobre si perseguir y castigar estas conductas es o no contrario a los citados derechos.

Para quienes niegan que estas conductas puedan ser englobadas por el delito de apología, la justificación se encuentra en el criterio que, tanto tribunales nacionales como internacionales, han considerado y consideran justificadores del posible castigo o sanción penal de la difusión de determinados discursos. Es decir, la prohibición del denominado “discurso del odio”¹⁵. En la literatura no sólo jurídica, sino también en la política y en el ámbito social, se ha extendido el uso de este término.

Algunas notas características de aquello que se pretende incluir en la categoría discurso del odio, aunque de forma limitada, como categoría a la que se pretenden anudar una serie de consecuencias jurídicas limitativas de la libertad de expresión, son que no puede identificarse con expresiones que socialmente se consideran irreverentes, insensibles, insolentes, satíricas, burlescas, hirientes, o despectivas. Por mucho que su motivación sea el odio o el desprecio hacia un determinado grupo de personas por sus condiciones raciales, religiosas, de género, etc. La pura motivación, en sí misma considerada y de forma exclusiva, no creo que pueda justificar un límite a la libertad de expresión. Aún más cuando, según el propio TEDH ha afirmado, la libertad de expresión también ampara aquellas manifestaciones que “chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población”¹⁶. Lo que, en el mismo sentido, lleva también a rechazar la consideración como discurso del

14. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista”, *op. cit.* p. 95.

15. La denominación discurso del odio ha sido criticada por algún sector doctrinal al considerarla “imprecisa y equívoca”, ya que sería la discriminación, y no el odio, el centro del problema en este tipo de discursos que bien podrían ser denominados “discursos discriminadores”, en este sentido REY MARTÍNEZ, F. “Discurso del odio y racismo líquido”, en REVENGA SÁNCHEZ, M (Dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 53-54. Así como, REVENGA SÁNCHEZ, M, “Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?” en Id. (Dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, pp. 18-19.

16. STEDH (Sección 1.^a) de 4 de diciembre de 2003, caso Müslüm Günduz c. Turquía, apartado 37.

odio de cualquier manifestación de intolerancia, como podría entenderse de una lectura literal de la Recomendación n. R (97) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre “discurso del odio”, adoptada el 30 de octubre de 1997. Por tanto, tal y como apunta Teruel Lozano, resulta necesario perfilar más detenidamente esta categoría¹⁷.

Al margen del posible concepto de “discurso del odio”, para fundamentar la existencia de la prohibición de estos discursos, se parte de la idea de que, tal y como relata Galán Muñoz, “las sociedades tolerantes pueden e incluso deben protegerse ante los movimientos e ideas intolerantes prohibiéndolas, para evitar que éstos puedan terminar triunfando y utilicen la tolerancia de las sociedades democráticas precisamente para acabar con ella y, como consecuencia, también con la democracia”¹⁸.

Partiendo de este concepto y de dicha fundamentación resulta evidente su aplicación como respaldo de la posible legitimidad de la prohibición del mantenimiento y defensa públicos de determinadas posiciones e ideas, como las sostenidas por los terroristas. Que tratan, como ya hemos mencionado anteriormente, de fomentar la intolerancia y generar o de apoyar un clima de odio y rechazo hacia aquellos a los que se califica y considera como “enemigos” o infieles a los que hay que exterminar. De este forma, para aquellos que se posicionan como defensores de este concepto, el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo castigaría, no actuaciones incitadoras de actos terroristas, sino la mera difusión de informaciones intolerantes que, al legitimar y alabar a la violencia intolerante y a quienes la ejercen resultan idóneas para contribuir a generar o mantener un entorno social de hostilidad u odio hacia determinados colectivos o instituciones, que podría llevar a que quienes vivan en dicho entorno se puedan decidir a realizar cualquier clase de delito terrorista contra sus integrantes.

Por otra parte, como ya anunciábamos el precepto citado castigaba conductas de naturaleza muy distinta, la segunda de las conductas autónomas reguladas en él, es decir, la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas o a sus familiares, no constituyen un supuesto de apología, estando mucho más cerca de los delitos de injurias¹⁹.

17. TERUEL LOZANO, G.M, “El discurso del odio como limite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo”, *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 27, 2017.

18. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista”, *op. cit.*, p. 96.

19. Como explica LAMARCA PÉREZ, C., “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”, *La Ley Penal*, (28), 2006, pp. 3-14, esta conducta “está mucho más cercana a los delitos de injurias o a los [...] delitos contra la integridad moral por lo que de entrada debe cuestionarse la necesidad de esta nueva figura delictiva que, además, vulnera el principio de igualdad pues todas las víctimas y sus familiares, y no sólo las de los delitos terroristas, tienen derecho a que no se lleven a cabo contra ellas este tipo de actos”.

En efecto, el bien jurídico aquí protegido es autónomo y parece perfilarse, según Rodríguez Puerta, como la tutela del honor y la dignidad humana²⁰, o, según Muñoz Conde, el “derecho de la víctima a la dignidad de su recuerdo (sobre todo cuando ha muerto) o el de sus familiares a que se respete y no se incremente su dolor”²¹.

Sin embargo, no tardó demasiado la doctrina en señalar que, en realidad, esta figura no tenía por finalidad la de proteger tales valores individuales o, por lo menos, no la tenía de forma exclusiva. Así se deducía del hecho de que la comentada figura castigue al autor de tales conductas denigrantes con total independencia de que el sujeto o los sujetos supuestamente afectados por su realización hubiesen fallecido con anterioridad a su comisión, de que se hubiesen sentido ofendidos o no por las manifestaciones realizadas, de que hubiesen denunciado su difusión o no, o de que incluso hubiesen perdonado expresamente a aquellos que la efectuaron²². Mantener en estas condiciones que lo castigado por este delito era simplemente la ejecución de una forma agravada o cualificada de injuria que atacaba al honor individual de las víctimas del terrorismo o sus familiares y que esto, por sí solo, era lo que justificaba la existencia y legitimidad de este delito resultaba realmente difícil, por no decir, imposible²³.

III. POSIBLES PROBLEMAS SISTEMÁTICOS Y MATERIALES QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 578

En cuanto a los problemas sistemáticos, el artículo recoge como hemos dicho dos tipos de conductas totalmente diferentes que deberían tener un tratamiento normativo separado. Si bien es frecuente por parte de la jurisprudencia y el legislador entremezclar argumentos como el carácter incitador de conductas de enaltecimiento junto con otros la perplejidad e indignación social o la afectación al honor y la integridad de las víctimas, incluso señalándose esto último como parte del fundamento de la apología, queda claro que se trata de conductas diferentes y de delitos de distinta naturaleza jurídica, y así lo ha afirmado la doctrina y lo ha dejado claro la STS 224/2010, de 3 de

20. RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Art. 578”, en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Parte Especial (Artículos 319 a DF 7.º)*, 5.ª edición, Aranzadi, 2008, p. 1153.

21. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2007, p. 897.

22. MIRA BENAVENT, J., “El delito de enaltecimiento del terrorismo”, *op. cit.* p. 306.

23. CARBONELL MATEU, J. C., “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas ‘más allá de la provocación y la injuria’”, en ALONSO RIMO, A./CUERDA ARNAU, M.L./FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., (Dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 344.

marzo. En esta sentencia el Tribunal Supremo cuestiona la técnica legislativa empleada al afirmar que “en el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas (...). Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes”. Como también recoge dicha sentencia, algún sector doctrinal considera que sí que era necesaria una respuesta penal a esta conducta y que lo que ha pretendido el legislador con esto es emboscar una criminalización discutible –como es la del enaltecimiento y justificación– en otra que no lo parece o que, al menos, parece tener según su opinión una mayor justificación, como es la del menosprecio o humillación a las víctimas²⁴.

En el tipo contemplado por el segundo párrafo del art. 578 el bien jurídico protegido, tal y como se ha visto, es el honor del sujeto que ha padecido los atentados terroristas y el de sus familiares. Esta conducta es muy cercana a los delitos de injurias o a los recientemente creados por el Código penal de 1995 delitos contra la integridad moral, por lo que de entrada debe cuestionarse la necesidad de esta nueva figura delictiva que podría considerarse un tipo agravado de injurias para las víctimas de delitos terroristas. Si bien el sujeto activo puede ser cualquier persona, los sujetos pasivos son específicos, han de ser víctimas de delitos terroristas o los familiares de víctimas.

No obstante, como problema material podríamos plantear que la delimitación de los bienes jurídicos tutelados no es exhaustiva, de forma que, incluso quien mantiene una postura favorable respecto a esta figura apela a la necesidad de exigir un particular rigor en la interpretación. En efecto, salvo que se realice una interpretación muy restrictiva, esta modalidad comisiva puede llevar a consecuencias inaceptables como entender que las víctimas o sus familiares, por el mero hecho de serlo, se han convertido en sujetos pasivos privilegiados de los delitos contra el honor²⁵. Por ello, se plantea que esta figura vulnera el principio de igualdad reconocido constitucionalmente, concretamente la igualdad de las víctimas y de los familiares, al dispensar un tratamiento diferenciado a las víctimas de los delitos de terrorismo, pues parece dejar ver que el honor de las víctimas de delitos de terrorismo, por el hecho de serlo, merece un tratamiento diferenciado y una mayor protección que el de las víctimas de otros delitos. También se nos plantea la posible vulneración del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que la pena prevista en el art. 578 es la pena de prisión de uno a dos años, muy superior a las penas previstas para las injurias graves.

24. Según, CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, Ed. Reus, 2010, p. 272.

25. CARBONELL MATEU, J.C., “Delitos contra el orden público”, en VIVES ANTÓN, T.S./ ORTS BERENQUER, E./CARBONEL-MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., (Coords.), *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1050.

En definitiva, debemos tener claro que cuando hablamos del enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo o de sus autores, nos referiremos a sólo una conducta de las dos que recoge el art. 578, y que éste no es un delito de terrorismo sino un delito de opinión relacionado con el terrorismo. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en concreto sobre la apología o enaltecimiento del terrorismo, subrayando su naturaleza autónoma respecto de los delitos propiamente terroristas²⁶. En efecto, se trata de un delito con un contenido de injusto propio, diferente de la provocación o incitación a la comisión de un delito o delitos concretos de terrorismo.

A estos efectos debe recordarse que no es suficiente la mera finalidad subjetiva para calificar un delito como terrorista y, por ello, hay que desvincular el enaltecimiento del terrorismo de la provocación al terrorismo, otorgándole un contenido sustantivo diferente de un delito de terrorismo en sentido propio²⁷.

IV. EL ARTÍCULO 578 A DEBATE. DISTINTAS INTERPRETACIONES DE SU REGULACIÓN

Como ya hemos podido deducir de los datos anteriores, las posturas acerca de la forma de interpretar la regulación de este precepto, así como la manera de considerar posibles la existencia de un castigo o sanción penal de conductas que pudieran suponer un agravio para libertades y derechos fundamentales como la libertad de opinión y expresión, son muy variadas. No obstante, siguiendo la propuesta de Galán Muñoz, podríamos englobar dichas posturas en dos grandes grupos claramente diferenciados, que apoyan su argumentación en las resoluciones que nuestros propios tribunales han emitido al respecto.

Por un lado, encontraríamos la postura que defiende que estos tipos delictivos persiguen y sancionan “determinados discursos intolerantes o de odio que generan un sentimiento de repulsa o rechazo social mayoritario y que, por ello, dan lugar a una sensación general de inseguridad colectiva que afecta a un bien jurídico instrumental y de titularidad colectiva como es la ‘paz pública’, lo que convertirá a este valor en el verdadero bien jurídico protegido por estas figuras”²⁸. En contraposición, encontraríamos aquella línea de pensamiento que considera que “estos delitos solo serán legítimos y se podrán aplicar en la medida en que se limiten a sancionar la difusión de aquellos discursos que

26. Ver la STS 2.^a S 106/2015 de 19 de febrero, que se remite a los Autos del Tribunal Supremo de 23 de mayo y 14 de junio de 2002. También recuerda la STC 199/1987, de 16 de diciembre: “la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas actividades delictivas, no puede ser confundida con tales actividades”.

27. En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, “El enaltecimiento del terrorismo”, *op. cit.*, p. 36.

28. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista”, *op. cit.*, p. 99.

actúen como idóneos instrumentos favorecedores o incitadores de la comisión general de futuros, aunque todavía no definidos ni concretados, actos terroristas por parte de sus posibles receptores, lo que convertiría a estas figuras en delitos que no castigarían los discursos enaltecidos, justificadores o humillantes de los que habla por el mero hecho de que fuesen rechazados o generasen un sentimiento de repulsa o inseguridad en la sociedad en general, sino porque actuarían como peligrosos instrumentos de incitación indirecta de ataques terroristas a una amplia y variada gama de posibles bienes jurídicos”²⁹.

Ambas posturas claramente diferenciadas, como ya apuntábamos, ven reflejados sus planteamientos en los criterios emitidos por las distintas resoluciones de nuestros tribunales. A continuación, analizaremos cada una de estas posturas y una pequeña muestra de la jurisprudencia que los reflejan.

1. EL DISCURSO DEL ODIOS COMO OFENSA A LA MORAL COLECTIVA

Esta primera postura establece que nos encontrásemos ante delitos de conducta que sancionarían la emisión de determinados discursos que no son realmente lesivos de bienes jurídicos individuales, sino que su prohibición y su condena se fundamentan en la ofensa y la lesión que supone para la moral colectiva y los valores más básicos de las sociedades democráticas. Con lo que su emisión resultaría siempre radicalmente ilegítima y podría ser, por ello, legítimamente prohibida y sancionada incluso mediante la utilización del Derecho penal³⁰.

Una de las muchas sentencias que reflejan y mantienen esta primera postura es la STS 4/2017, de 18 de enero (Caso de César Strawberry)

Ante la STAN 20/2016, de 18 de julio, en la cual se absolvía de un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas a César Strawberry, respecto a las actividades que había realizado el rapero. Quien había publicado en su cuenta de Twitter, entre otros, comentarios como: “El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO”, “a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora”, “*Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado*” o “Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco”, con el argumento principal de que no había quedado acreditado que el acusado “con estos mensajes buscarse defender los postulados de una organización terrorista, ni

29. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista”, *op. cit.*, p. 99, citando a FUENTES OSORIO, J. L. Concepto de “odio y sus consecuencias penales”, en MIRÓ LINARES, F., (Dir), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017, p. 133 y ss.

30. En esta línea, MIRÓ LLINARES, F. “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, en MIRÓ LINARES, F., (Dir), *Cometer delitos en 140 caracteres, op. cit.*, p. 38 y 42.

tampoco despreciar o humillar a las víctimas”; se presentó recurso de casación que fue enjuiciado por el Tribunal Supremo en la citada sentencia.

En ella, en mencionado tribunal, afirmó que las manifestaciones realizadas por Cesar Strawberry no estaban amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, con lo que podían ser legítimamente castigadas por el Derecho penal, conforme a lo establecido en el delito del art. 578 CP; delito en cuyo tipo objetivo eran perfectamente subsumibles y cuyo tipo subjetivo en modo alguno exigía la existencia de una especial finalidad de apoyo al terrorismo o de humillación a sus víctimas en su autor para poder castigarle por su realización, sino simplemente que tuviese consciencia de que el acto que realizaba era objetivamente enaltecedor o humillante, por lo que, contra el criterio inicialmente absolutorio mantenido sentencia de la Audiencia Nacional, la Sala del Supremo terminó condenando a César Strawberry a una pena de 1 año de prisión, con 6 años y 6 meses de inhabilitación absoluta por la comisión del referido delito³¹.

Como se puede observar, la sentencia no exigió en ningún momento, para apreciar este delito que el mensaje que se tratase de subsumir en el mismo presentase alguna idoneidad incitadora para fundamentar el castigo que dicha figura preveía por su emisión. La resolución se limitó a encajar el discurso emitido por el acusado en el discurso del odio del que hablaba el tipo (el enaltecedor o justificador del terrorismo o el humillante para las víctimas), para a continuación afirmar que con que el sujeto que lo emitiese conociese que el mensaje que transmitía presentaba dichos caracteres se le podría y debería castigar por la comisión del delito del art. 578 de nuestro Código penal.

Por tanto, la discrepancia esencial entre esas dos sentencias versa sobre la interpretación de ese tipo penal del artículo 578 CP y, más en concreto, sobre el alcance, en ese delito, del elemento subjetivo del tipo. Según la Audiencia Nacional, para que el delito en su integridad se dé, ese componente subjetivo o doloso exige una intención ofensiva acreditada, una intención patente de humillar a las víctimas de terrorismo. En cambio, en la sentencia del Tribunal Supremo se dice que no es necesaria esa intención así enfocada a la humillación de las víctimas, sino que basta que el acusado conozca “los elementos que definen el tipo objetivo” y que “tenga plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica e las acciones violentas de un grupo terrorista que se menciona con sus siglas

31. Según recoge la STS 4/2017, de 18 de enero “...que la libertad ideológica o de expresión no pueden ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación”, ya que afirmaciones como las realizadas por el acusado, a juicio del Alto Tribunal “... alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano”.

de forma expresa y en el que se invita a otro grupo terrorista, fácilmente identificable por la identidad de algunas de sus víctimas, a repetir el secuestro más prolongado de nuestra reciente historia”. Añade el Tribunal Supremo que “La estructura típica del delito previsto en el art. 578 del CP no precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento y humillación” y basta con que el autor capte “los elementos del tipo objetivo”.

Con su resolución, el Tribunal Supremo adoptó una postura claramente favorable a entender que este delito, cuando menos en su modalidad de humillación a las víctimas, castigaba, como expresamente reconocía, aquel discurso del odio “... que erosiona los valores esenciales de la convivencia” y no necesaria y exclusivamente el “... que incita a la comisión de delitos”, en lo que suponía un evidente respaldo a la primera de las líneas interpretativas anteriormente comentadas referidas a este delito.

2. EL DISCURSO DEL ODIOS COMO INCITACIÓN A LA COMISIÓN DE DELITOS

Esta segunda línea mantiene que los mensajes de justificación o alabanza del terrorismo y de los terroristas o los de humillación o desprecio a sus víctimas, por muy despreciables que puedan parecer a la mayor parte de la sociedad, no podrían ser prohibidos ni castigados penalmente en tanto en cuanto no se constate que resultaban idóneos para provocar la futura comisión de delitos contra terceros, ya que solo así se apreciará aquella lesividad que legitimaría la prohibición y sanción penales de su difusión y la consecuente limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión que éstas acarrearían³².

Como muestra de la diversa jurisprudencia de nuestros tribunales que se hace eco de esta línea doctrinal, podemos destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 de junio. En esta resolución el Tribunal Constitucional denegó un recurso de amparo, interpuesto por Tasio Erkiizia Almandoz, por una condena por el delito de enaltecimiento terrorista y aprovechó para perfilar los límites de la intervención penal en este ámbito. Condena que se le había impuesto por haber participado como orador principal en un acto público de homenaje que se había realizado en Arrigorriaga (Vizcaya) en recuerdo del conocido dirigente de ETA, José Miguel Beñaran Ordeñana, alias “Argala”, quien había sido asesinado treinta años antes en Angilu (Francia) por miembros del denominado Batallón Vasco Español. Acto en el que dio un discurso de cierre en el que, tras pedir que se hiciese “una reflexión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario

32. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista”, *op. cit.*, p. 99.

democrático” concluyó lanzado gritos de “¡Gora Euskal Herria askatuta, Gora Euskal Herria euskalduna y Gora Argala”³³.

Dicha actuación fue considerada por la Audiencia Nacional como constitutiva de un delito de enaltecimiento del terrorismo, postura que fue posteriormente mantenida por el Tribunal Supremo en su Sentencia 180/2012, de 14 de marzo, en la que, tras afirmarse la legitimidad constitucional del delito del art. 578 CP, precisamente, por considerarse que venía a castigar una forma del discurso del odio, cuya prohibición y sanción penales habían sido consideradas como legítimas por el TEDH y el propio TC español en otros casos, se señalaba que la finalidad de este delito era “... combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la significación más profunda del propio sistema democrático”, postura ésta que, como se puede comprobar, fundamenta la condena del acusado, de nuevo, en una interpretación del artículo 578 CP acorde con la anteriormente señalada en el punto anterior.

El Tribunal acogió la doctrina que acuñó en relación con el discurso del odio y consideró legítima la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo “en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”³⁴. Esta “situación de riesgo” podría llegar a entenderse como la exigencia de un resultado de peligro o, al menos, como una idoneidad ofensiva constatada *ex ante*. De hecho, en su sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, el Tribunal había exigido un “peligro cierto”³⁵ y en esta sentencia de 2016 estimaba que había habido una incitación a la violencia ilegítima en la medida que podía considerarse que la conducta “era idónea para contribuir a perpetuar una situación violenta”³⁶.

33. ¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!

34. TERUEL LOZANO, G.M. “Internet, incitación al terrorismo”, op. cit, p. 11.

35. En concreto, en la STC, Pleno, 7.11.2007, 235/2007, FJ. 9 había legitimado el delito de negacionismo en tanto en cuanto se diera una “suerte de provocación al odio hacia determinados grupos [...], de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”.

36. En este sentido, TERUEL LOZANO, G.M. “Internet, incitación al terrorismo”, op. cit, pp. 11 y 12, dice: “es cierto que al final el Tribunal Constitucional terminaba sosteniendo la idoneidad sobre el hecho de que se hubiera tratado de un acto público, publicitado por las calles y en un contexto donde la actividad terrorista sigue siendo un problema social, algo que justificó las críticas del Magistrado Juan Antonio Xiol quien consideró que habría sido necesario haber realizado un juicio de peligrosidad más detenido. Unas críticas que ya se habían dado a la Sentencia 177/2015, de 22 de julio, en un caso por el que España ha sido condenada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

De esta forma, el Tribunal Constitucional se decanta “por exigir la constatación de la generación de un riesgo de comisión de delitos como consecuencia de la difusión de los mensajes de los que habla el art. 578 CP, para poder tener su castigo y prohibición penales como acordes a nuestra Constitución, en lo que supuso un claro posicionamiento en favor de entender esta figura como un delito de peligro para los intereses individuales de terceros y no como uno que simplemente protegiese los sentimientos colectivos de la sociedad, por muy legítimos y loables que dichos sentimientos pudiesen ser”³⁷.

V. RESPUESTAS ANTE LA INCITACIÓN TERRORISTA. LA FALTA DE ARMONIZACIÓN SUPRANACIONAL

Como señalábamos al comienzo, el fenómeno del terrorismo ha sufrido una evolución en los últimos tiempos, utilizando nuevos métodos para perpetuar sus actos terroristas, al igual que presenta un amplio abanico de finalidades y objetivos a cumplir. Los fines y los medios no son los mismos. A demás, la abrupta aparición del yihadismo, responsable de multitud de actos terroristas (como el 11-S), hizo que los estados tomaran conciencia del nuevo peligro que acechaba su seguridad y estabilidad, el llamado terrorismo internacional, y que la problemática excedía de la competencia única y exclusiva de una nación. A diferencia de otras formas de terrorismo “clásicas” con dimensión nacional, ahora aparecía con claridad un terrorismo que superaba barreras nacionales, amenazaba a todo Occidente y hacía suya la realidad de la globalización. Un terrorismo que, además, tendría un perfil asociado al fundamentalismo religioso³⁸. Lo cual obliga a los distintos estados a dar una respuesta coordinada.

No obstante, como acertadamente indica Teruel Lozano, esta tarea de armonizar políticas terroristas, no es tarea fácil. Sino que, por el contrario, se enfrenta a varias dificultades, como establecer un criterio común sobre la propia definición de acto terrorista. Pero “cuando lo que se intenta es castigar conductas de incitación o apología que suponen el ejercicio prima facie de una libertad fundamental, los países mantienen diferentes estándares en relación con su reconocimiento y límites”³⁹.

37. Se afirma en el Fundamento Jurídico 4 de la citada sentencia que “... el art. 578 –‘el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución’– supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”, citado por GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista”, op. cit, p. 104.

38. LOOF, en ELLIAN/MOLIER (ed.), op. cit, 2015, p. 202.

39. TERUEL LOZANO, G.M. “Internet, incitación al terrorismo”, op. cit, p. 4.

Tanto es así que en el ámbito internacional no se han logrado forjar acuerdos que impongan castigar penalmente la incitación al terrorismo. Por su parte, en el contexto europeo sí que se ha logrado ir más allá a pesar de que se partía de diferencias notables entre los Estados, la mayoría de los cuales no castigaban específicamente este tipo de conductas de incitación o de apología al terrorismo, aunque según los casos las mismas podían sancionarse por aplicación de tipos generales⁴⁰.

Fue en el año 2005 cuando se suscribió el Convenio n. 196 del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005, en cuyo artículo 5 los Estados partes se comprometieron a tipificar como delito las conductas de provocación pública para cometer delitos terroristas. Aunque, tal y como señala Teruel Lozano, “es importante tener en cuenta que en este convenio se aclara que estas conductas no se reconocen como delitos de terrorismo. Se castiga la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición pública de mensajes provocadores, pero se añaden dos cautelas: la primera, de tipo subjetivo, reclama que exista una intención ‘incitadora’, añadida al requisito general de que este tipo de conductas se realicen de forma intencional e ilegal (o injustificada). Y, la segunda, que se produzca una situación de peligro que muestre que ‘se puedan cometer uno o varios delitos’, pero sin que sea necesario que el acto terrorista llegue a producirse (art. 8)”⁴¹. Para valorar este peligro, como se recoge en el Informe explicativo, será necesario atender a la naturaleza del autor y del mensaje, y al contexto, de forma que en la aplicación de estos delitos de acuerdo con la legislación estatal se tenga en cuenta el “significado” y la “credibilidad” del peligro. Con respecto al carácter público de la difusión, éste implica que el mensaje ha de haberse hecho “fácilmente” accesible al público, lo que excluye comunicaciones privadas. Como, por ejemplo, publicaciones en lugares accesibles a otros o haciendo uso de los medios de comunicación. O publicaciones en internet. En todo caso, el Convenio incorpora también de forma expresa la obligación de respetar los derechos humanos y especialmente la libertad de expresión a la hora de tipificar y de aplicar estos delitos (art. 12).

El compromiso de dar una respuesta colectiva al terrorismo en el seno de la Unión Europea queda reflejado en diversa normativa entre la que cabe destacar la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de

40. Cfr. CONSEJO DE EUROPA, “Apologie du terrorisme” and “incitement to terrorism”, 2004, donde se realiza un interesante estudio comparado de las legislaciones estatales en Europa, concluyendo que la mayoría de los Estados castigan la incitación al terrorismo, pero sin contar con un delito propio. Se advierten además las notables diferencias entre los distintos países en el tratamiento de la cuestión y en su sensibilidad a la hora de dar protección a la libertad de expresión.

41. TERUEL LOZANO, G.M. “Internet, incitación al terrorismo”, op. cit, p. 5.

marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo⁴². La formulación de la provocación terrorista recogida por esta nueva normativa²⁴ no varía los elementos básicos de la definición del delito que ofrecía la Decisión marco y que, a su vez, habían sido mantenidos en la propuesta de Directiva realizada por la Comisión. De forma que, en la letra del texto se recoge el castigo de la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes incitadores de forma directa o indirecta que preconicen la comisión de delitos de terrorismo (definidos por la propia norma europea), generando un riesgo de que se puedan cometer tales delitos. Riesgo que como la propia exposición de motivos refleja, deberá valorarse atendiendo a las circunstancias del caso. Y, por último, entendiendo que reviste un carácter intencionado, extensible a todos los elementos que constituyen el delito. O lo que es lo mismo, debe revestir una intención incitadora.

A modo de resumen podríamos decir que los aspectos más novedosos de esta regulación son, la incorporación de la apología en la descripción del tipo como una forma de incitación indirecta, así como el planteamiento de que estas conductas pudieran ser difundidas a través de internet. Incluso, se ha añadido un artículo 21 con medidas de eliminación y bloqueo de contenidos en Internet que suponen una provocación de actos terroristas. En cuanto al tema que en este trabajo nos ocupa, es decir, el posible encaje entre el castigo o sanción penal de conductas que pudieran ser contrarias a libertades y derechos del ciudadano como la libertad de expresión, Europa, mostró su preocupación por el respeto a los derechos fundamentales y previó un artículo específico (art. 23). No obstante, a pesar de ello, siguen suscitándose dudas sobre esta regulación que adelanta notablemente la intervención penal y, además, sigue sin definir con precisión las conductas proscritas y el grado de peligrosidad que justifica el reproche penal. De forma que, en palabras de Teruel Lozano “el hecho de que no exista una posición común entre los países a la hora de desarrollar esta cuestión puede dar lugar a que un Estado, amparándose en un mayor estándar de protección de la libertad de expresión, cuestione una condena dictada en otro país por este delito si, por ejemplo, la misma se basó en una genérica idoneidad lesiva (peligro hipotético o potencial) y no en la existencia de un peligro concreto”⁴³.

VI. ¿ENTRE LA PROTECCIÓN FRENTE EL DISCURSO DEL ODI O LA DESPROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

La libertad de expresión ocupa un lugar predominante entre los derechos fundamentales en una sociedad democrática ya que, además de su importancia

42. Por la cual se sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

43. TERUEL LOZANO, G.M. “Internet, incitación al terrorismo”, op. cit, p. 8.

como tal para la manifestación de la discrepancia y el desarrollo de la propia persona en relación con la libertad ideológica, se trata también de un derecho relacional, ya que es un complemento necesario a otros derechos fundamentales como los derechos de reunión y asociación o el derecho de sufragio, convirtiéndose en un derecho indispensable para una sociedad democrática⁴⁴. De este modo, la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas tiene su fundamento tanto en un argumento humanista, en el sentido que está ligado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como autorrealización personal como, por otro lado, en un argumento democrático político como principio constitutivo del modelo de gobierno instaurado en un sistema democrático. Esta consideración de derecho predominante se ha tenido desde el primer constitucionalismo y, como consecuencia de ello, es un derecho que figura en los más importantes pactos internacionales, entre los que cabe destacar, La Declaración Universal de Derechos Humanos o El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así como, El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, por el Consejo de Europa, a nivel europeo.

En este ámbito europeo, el TEDH ha tenido la oportunidad en numerosas ocasiones de trazar criterios interpretativos con los que considerar si una determinada restricción vulnera o no el Convenio citado, tomando la base de que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto⁴⁵ pero sí que tiene un papel eminente entre los derechos fundamentales. Así, el Tribunal ha afirmado en repetidas ocasiones que constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una condición primordial para su progreso y desarrollo, por tanto, las restricciones o limitaciones al ejercicio de este derecho se han de interpretar de forma restrictiva⁴⁶. Así, el tribunal da, mediante su control de cada caso concreto, una consideración de preponderancia al derecho a la libertad de expresión, entendiéndola de manera extensiva y restringiendo las excepciones, siguiendo en cierto modo la línea de la corte Suprema de Estados Unidos.

De este modo, se da frecuentemente, en cuanto a la admisibilidad o no de las demandas dirigidas al TEDH referidas a limitaciones de la libertad de

44. En este sentido, LÓPEZ ULLA, J.M., "El sentido de la ponderación en las libertades de expresión e información", *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, 1997, pp. 25 y 26.

45. Así, por ejemplo, la STC 171/1990, de 12 de noviembre, mantiene que el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información "no puede configurarse como absoluto, puesto que si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre los asuntos de interés general".

46. Véase en este sentido, AGUIAR DE LUQUE, L., "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º. 14, 1993, p. 25.

expresión, la oposición entre derecho a la libertad de expresión del art. 10 en el que se ampara el demandante y la prohibición del abuso de derecho del art. 17 alegado por el Estado del que se trate. Y es que, de acuerdo con el propio art. 17, el TEDH ha hecho constar en numerosas ocasiones que no se puede aprovechar las disposiciones del Convenio con un fin contrario a la letra y el espíritu del propio Convenio, es decir, para intentar destruir derechos y libertades contenidos en él. Este es un artículo con el que se pretende proteger el sistema democrático, ya que se nos presenta el caso frecuente de la utilización de la libertad de expresión para difundir, por ejemplo, discursos xenófobos o discriminatorios. Un ejemplo en el que el Tribunal considera que no se podía amparar en la libertad de expresión es el de una publicación que hacía revisionismo del Holocausto es el caso Garaudy contra Francia, de 24 de junio de 2003, por hacer uso de este derecho el demandante con fines contrarios al Convenio, con lo que el Tribunal consideró que pretendía la destrucción de los derechos y libertades garantizados en éste.

Lo relevante en este sentido es que, para este Tribunal el artículo 17 puede aplicarse sólo si los actos ofensivos tienden a propagar violencia u odio, utilizan medios no legales o no democráticos, animan al recurso de la violencia, minan el sistema político democrático y pluralista o persiguen objetivos racistas o propios para destruir los derechos y las libertades ajenas⁴⁷. Se reafirma así, la idea de que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, ya que en casos como éste se hace primar la protección de los derechos de terceros. Sin embargo, y en relación con el art. 17, la libertad de expresión se ha de interpretar en sentido amplio cuando se traten temas de interés general tales como políticos e históricos, aunque sean temas controvertidos.

En estos casos, para ver si se trata o no de un abuso de Derecho, el Tribunal debe decidir primero si se trata o no de una vulneración del derecho a la libertad de expresión del art. 10. Para valorarlo, el TEDH sigue siempre un mismo patrón en todas las sentencias referidas a limitaciones a la libertad de expresión, si bien los criterios que utiliza los aplica en función de las circunstancias del caso concreto del que se trate. Cuatro son los criterios y requisitos del tribunal para determinar si hay o no vulneración.

El primero de esos criterios es el determinar si se trata de una limitación prevista en la Ley, de acuerdo con el principio de legalidad. Esto implica que la limitación a la libertad de expresión ha de derivarse de una ley estatal que la habilite. Para ello acude tanto a la legislación del estado del que se trate como a la interpretación jurisprudencial dominante de esta legislación. Lo importante es que exista para el demandante la posibilidad de acceder al

47. TEDH. Caso Partido Unificado de Turquía y otros contra Turquía, de 30 de enero de 1998.

conocimiento de la ley y de prever con un grado de probabilidad razonable las consecuencias legales de la acción realizada⁴⁸. La norma debe ser precisa, y de hecho el Tribunal ha reconocido una violación del derecho a la libertad de expresión cuando la definición ha sido demasiado vaga, como en el caso *Hashman y Harrup contra Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1999. No obstante, el nivel de precisión que se exige varía en función de la clase de norma de la que se trate y por ello será estudiado caso por caso por el tribunal, de modo que, ha llegado a aceptar normas no precisas que mediante la existencia de una jurisprudencia constante en un sentido permite que la norma pudiera ser accesible y previsible para el demandante. Así, el tribunal considera que la base legal debe entenderse en un sentido material y no formal⁴⁹.

En segundo lugar, otro de los criterios del tribunal es que, con la limitación prevista en la ley ya mencionada, se persigan fines legítimos, concretamente, uno de los previstos en el artículo 10.2 del Convenio. Estos fines son amplios y variados y son la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, impedir la divulgación de informaciones confidenciales o garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

El tercero de los requisitos o criterios es quizás el más importante y al que el Tribunal dedica siempre atención principal es que las medidas adoptadas con una base legal y con los fines mencionados sean medidas necesarias, en una sociedad democrática, para conseguir dichos fines. Este elemento es con diferencia el que más problemas crea a la hora de considerar si se da o no en cada caso concreto, ya que no existen reglas generales claras y se ha de atender a las circunstancias concretas. Se introducen así, con este elemento, los principios de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

A la hora de supervisar la restricción, la necesidad de ésta debe ser valorada por el Tribunal basándose en los principios propios de una sociedad democrática, a los que debe prestar una atención extrema. El Tribunal parte del principio de que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad. Por ello, como bien ha afirmado en la sentencia *Handyside contra Reino Unido* y ha venido repitiendo sistemáticamente en cada sentencia de este tipo, “el derecho a la libertad de expresión es válido no sólo a las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan

48. TEDH. *Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979; *Lindon y otros contra Francia*, de 22 de octubre de 2007; *Ezelin contra Francia*, de 26 de abril de 1991; *Faruk Temel contra Turquía*, de 1 de febrero de 2011; *Orban y otros contra Francia*, de 15 de enero de 2009.

49. TEDH. *Caso Asociación Ekin contra Francia*, de 17 de julio de 2001.

u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’”. El tribunal parte siempre desde este principio esencial, y de él se extrae que cualquier restricción ha de ser proporcional al fin legítimo perseguido.

Hace referencia en repetidas ocasiones a que debe tratarse de una necesidad social imperiosa⁵⁰, debiendo ser proporcional al fin legítimo y debiendo ser pertinentes las razones invocadas por el Estado para justificar la necesidad de la injerencia para que la limitación del derecho a la libertad de expresión sea asumible.

Por último, para el tribunal es relevante el interés general que existe en cada caso, aun tratándose de temas sumamente polémicos u ofensivos, la libertad de expresión se protege especialmente cuando se refiere a asuntos de interés general.

VII. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha podido constatar la necesidad de afrontar una respuesta armonizada no solo a nivel internacional, sino también a nivel europeo frente a aquellas conductas que suponen una provocación o el enaltecimiento del terrorismo, dada las más que evidentes, insuficiencias del actual marco normativo internacional y europeo.

Aunque la reciente Directiva europea ha supuesto un avance indudable, opino en la misma línea que afirma Teruel Lozano, que “es necesario precisar de manera más concluyente algunos extremos que, como se ha dicho, han quedado abiertos y pueden dar lugar a distorsiones en su implementación por los Estados”⁵¹. De igual modo, se torna imprescindible crear un estándar de protección de la libertad de expresión más alto que el que hasta ahora ha definido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Frente al terrorismo, la tendencia de los Estados democráticos es hacer un uso del derecho penal hacia una política expansionista, con la introducción de tipos penales que resultan ambiguos y que colisionan con principios constitucionales.

Esta tendencia lleva al adelantamiento de la barrera de intervención penal y a la desmaterialización del bien jurídico. De esta forma, la legislación y la

50. TEDH. Casos Jersild contra Dinamarca, de 23 d septiembre de 1994; Plon contra Francia, de 18 de mayo de 2004; Lehideux e Isorni contra Francia, de 23 de septiembre de 1998.

51. TERUEL LOZANO, G.M, “Internet, incitación al terrorismo”, op. cit, p. 24.

práctica sobre manifestaciones de apoyo al terrorismo están dominados por las incriminaciones “sin resultado”, reprimiendo un comportamiento independientemente de la realización de una acción terrorista. A medida que el campo de la represión se expande, las incriminaciones pierden su sustancia ya que, reducida a la adopción de un comportamiento, la materialidad del apoyo al terrorismo se limita a este único elemento material, sujeto a una definición evasiva y un contenido vago.

De esta forma, en el caso de España se puede observar la punición de diversas variantes de la apología redactadas en términos vagos e indeterminadas que en la práctica llevan a la arbitrariedad y a la persecución de las opiniones políticas discrepantes, ya que la jurisprudencia ni siquiera exige que la apología incite a cometer delitos de terrorismo, existiendo un amplio abanico de sentencias que muestran arbitrariedad y vulneración de derechos fundamentales. Entre ellos cabe destacar el tipo penal que aquí analizamos, el delito de enaltecimiento del terrorismo. Un delito que establece una prohibición penal tan amplia e indeterminada respecto de los mensajes cuya difusión vienen a prohibir y a castigar que podrá desalentar a los ciudadanos de hacer uso de su libertad de expresión completamente legítimos, ante el temor de poder ser castigados por haberlos efectuado, lo que evidentemente limitaría dicho derecho fundamental de forma desproporcionada y consecuentemente, permite entender que tal figura penal pudiera ser inconstitucional.

El castigar una conducta alejada de un bien jurídico importante, también nos lleva a destacar la actitud de los Estados en cuanto a las reformas penales, reformas que en muchos casos tienen su fundamento más en el efecto simbólico de cara a la sociedad que en la defensa de bienes jurídicos importantes. Esto, es decir, el tener como fundamento la propia autolegitimación de la lucha antiterrorista y que las reformas penales tengan el objetivo de “tranquilizar” a la sociedad en momentos de conmoción, es un fenómeno propio de la concepción del Derecho Penal del enemigo.

En el Estado español se observa en cuanto a que en la propia exposición de motivos de las leyes que han introducido conductas apologéticas hace referencia a “sentimientos de conmoción e indignación social”, algo que, desde nuestro punto de vista, no debería ser relevante a la hora de proteger los bienes jurídicos más importantes. También se evidencia en que se han introducido preceptos que castigan conductas apologéticas que son incoherentes con los otros delitos que la regulan o directamente son inaplicables en la práctica.

Y es que estos delitos entran en contradicción con el carácter fragmentario del Derecho penal y con el principio de ofensividad, principios básicos del derecho penal. El fundamento de un delito debe estar en la protección de un bien jurídico, que además tendrá que ser un bien jurídico muy relevante. Es

ésta la función del Derecho penal: la protección de los bienes jurídicos más importantes, puesto que se trata del arma de coerción más poderosa de las que dispone el Estado. Por tanto, sólo se debe sancionar penalmente las conductas que de forma más intolerable pongan en riesgo los bienes jurídicos más importantes. No se trata de castigar todas las conductas que causen algún daño a algún bien jurídico, como se extrae de la actitud de algunos gobiernos. La apología del terrorismo no es un comportamiento inocuo, pero sólo cuando pueda poner en peligro los bienes jurídicos más importantes prevalecerán tales bienes jurídicos por encima de los derechos fundamentales. Actualmente se están castigando conductas que no ponen en riesgo el bien jurídico o que, si lo hacen, es de forma indirecta, conductas que, desde la óptica de un estado democrático, no son necesarias ni proporcionales y deben quedar amparadas en el derecho a la libertad de expresión.

Consideramos, por tanto, que en lo que al delito de enaltecimiento se refiere, no será suficiente con que el mensaje enaltezca o justifique al terrorismo o a los terroristas, o con afecte al honor de una o incluso de todas las víctimas del terrorismo, ni con que provoque el odio, el rechazo o simplemente sea adecuado para generar un clima hostil para un determinado colectivo de posibles víctimas o para apoyar su mantenimiento. Para que este delito pudiera ser constitucional se requiere que “su tipicidad quede limitada al castigo de aquellos mensajes que realmente pueda impulsar la comisión por parte de sus receptores de algún delito terrorista. Lo que obliga a analizar la idoneidad inductora de cada mensaje enaltecedor, justificador o denigratorio para inducir a cometer tal clase de delitos”⁵².

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. ° 14.
- BENEGAS HADDAS, J. M. (2004). Diccionario de Terrorismo, epígrafe “eficacia del terrorismo”. S. L. U. ESPASA Libros.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. (2016). El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas como formas del “discurso del odio”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. ° 16.
- CAMPO MORENO, J. C. (2015). *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: L.O. 2/2015*. Tirant lo Blanch.
- CANCIO MELIÁ, M. (2006). ¿Derecho Penal del Enemigo?, en JAKOBS, G. *Derecho Penal del enemigo*, 2.^a edición. Civitas.

52. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista”, op. cit, p. 108.

- CANCIO MELIÁ, M. (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus.
- CARBONELL MATEU, J. C. (1983). Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado, en *Comentarios a la legislación penal, Tomo II: El Derecho penal del Estado democrático*. Edersa.
- CARBONELL MATEU, J. C. (2018). Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas “más allá de la provocación y la injuria”. En ALONSO RIMO, A.; CUERDA ARNAU, M. L.; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dirs.). *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- CARBONELL MATEU, J. C. (2004). Delitos contra el orden público, en VIVES ANTÓN, T.S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONEL-MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (Coords.). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- CERRADA MORENO, M. (2018). *El Terrorismo: concepto jurídico*. J. M. Bosch Editor.
- FUENTES OSORIO, J. L. (2017). Concepto de “odio” y sus consecuencias penales, en MIRÓ LINARES, F. (Dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet* (pp. 131-154). Marcial Pons,
- GALÁN MUÑOZ, A. (2019). 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? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, n. ° 1.
- GRACIA MARTÍN, L. (2006). Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo, en CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1. Edisofer, 1003-1050.
- LAMARCA PÉREZ, C. (2006). Apología: un residuo de incriminación de la disidencia. *La Ley Penal*, 28.
- LOOF, J. P. (2015). Restricting free speech in times of terror: an ECHR perspective, en ELLIAN, A./MOLIER, G (ed.). *Freedom of speech under attack*. Eleven International Publishing.
- LÓPEZ ULLA, J. M. (1997). El sentido de la ponderación en las libertades de expresión e información. *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*.
- 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 *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- MIRÓ LLINARES, F. (2017). Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión, en MIRÓ LLINARES, F. (Dir.). *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Marcial Pons.
- MUÑOZ CONDE, F. (2007). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2004). El nuevo Derecho penal autoritario, en EL MISMO/LOSANO, M. G. (Coords.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, 161-184.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2013). *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*. Tirant lo Blanch.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2015). Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?, en Id. (Dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio*. Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo.
- REY MARTÍNEZ, F. (2015). Discurso del odio y racismo líquido, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.). *Libertad de expresión y discursos del odio*. Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. (2008). Art. 578, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.). *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Parte Especial (Artículos 319 a DF 7.^a)*, 5.^a edición. Aranzadi.
- SILVA SÁNCHEZ, L. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2006). Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae, en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (Coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2. (pp. 985-1100). Edisofer.
- TERUEL LOZANO, G. M. (2017). El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. ° 27.
- TERUEL LOZANO, G. M. (2018). Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1-35.
- ZAFFARONI, R. (2006). *El enemigo en el Derecho penal*. Dykinson.