

**TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2017/541, DE 15 DE MARZO,
RELATIVA A LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO, AL
ORDENAMIENTO ESPAÑOL: EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL
TERRORISMO***

**TRANSPOSITION INTO SPANISH LAW OF DIRECTIVE 2017/541, OF 15
MARCH 2017, ON COMBATING TERRORISM: PUBLIC PROVOCATION
TO COMMIT TERRORIST OFFENCE**

Patricia TAPIA BALLESTEROS
Universidad de Valladolid

Resumen: En este trabajo se cuestiona si la tipificación del delito de enaltecimiento del terrorismo en el ordenamiento jurídico penal español se corresponde con las exigencias establecidas en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

Para dar respuesta a este interrogante, una vez identificados los elementos exigidos en la Directiva, se analizan las características del artículo 578 del Código Penal español y su desarrollo jurisprudencial, aludiendo especialmente a algunas de las polémicas resoluciones más recientes.

Palabras clave: Enaltecimiento del terrorismo, discurso del odio, apología, artículo 578 Código Penal.

Abstract: This paper analyses the regulation of the public provocation to commit terrorist offences in the Spanish Criminal Law and verifies whether it complies with the requirements of the Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA.

To carry out this analysis, we must identify the elements required in the directive and then analyze the characteristics of article 578 of the Spanish Penal code and its jurisprudence development. Especially we will refer to some of the most recent controversial resolutions.

Key Words: Public provocation to commit terrorist offences, hate speech, glorification, article 578 Criminal Law.

Sumario: 1. Introducción. 2. El delito de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo en la Directiva 2017/541, de 15 de marzo. 3. Regulación española. 3.1. *Antes de la reforma de la Ley Orgánica 7/2000.* 3.2. *Después de la reforma de la Ley Orgánica 7/2000.* 3.3. *La reforma de la Ley Orgánica 2/2015.* 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D “Garantías Procesales de investigados y acusados: necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito de la Unión Europea”, (Ref. DER2016-79096-P).

1. Introducción

La aprobación de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, constituye el paso más reciente dado por la Unión Europea frente al fenómeno del terrorismo¹. Un fenómeno cuyas características identificativas se modificaron sustancialmente después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en el World Trade Center de Nueva York y en el Pentágono, en Washington. A partir de este momento, se produce un punto de inflexión al que se atribuye un cambio en la política criminal relacionada con él.

No obstante, como recuerda Vervaele, ya desde los años 80 del siglo XX se había ido desarrollando una política criminal que potenciaba un Derecho Penal “anticipativo y preventivo”² en esta materia. Así, por ejemplo, antes del denominado 11-S se había incorporado la tipificación de las asociaciones criminales, con independencia de que se les pudiera imputar la comisión de algún ilícito penal concreto. Posteriormente, se reconoce la punibilidad de actos preparatorios, como es el caso del delito de enaltecimiento del terrorismo; y, finalmente, se sancionarán penalmente actos relacionados con la financiación o la posesión de material que, de un modo u otro, podría emplearse para la comisión de los delitos³. Por lo tanto, en realidad, los atentados del año 2001 en Estados Unidos vinieron a ratificar la posición de quienes defendían el cambio de rumbo en las decisiones de política criminal. Como cabía esperar, la normativa comunitaria no ha escapado a esta tendencia y, consecuentemente, tampoco la española.

En las páginas que siguen, tal y como se anuncia en el título de este trabajo, se pretende analizar el delito de enaltecimiento del terrorismo en el ordenamiento jurídico penal español, en relación con las exigencias de la Directiva 2017/541.

2. El delito de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo en la Directiva 2017/541, de 15 de marzo

En el ámbito de la Unión Europea, la persecución penal de los actos preparatorios en materia de terrorismo ya se vislumbra desde los inicios del siglo XXI. En la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, se establecía la obligación de tipificar como

¹ Sobre la respuesta de la Unión Europea al fenómeno del terrorismo, véase el reciente trabajo de Piernas López, J.J. (2018): *Respuestas normativas de la Unión Europea a la amenaza del Estado Islámico (DAESH)*, Comares, Granada, especialmente pp. 3-39.

² Vervaele, J., “¿La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: un derecho penal y política criminal sin límites?”, en González Cano, M^a I. (directora), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 220. En España, sin embargo, en primer lugar se incorporó el delito de enaltecimiento del terrorismo (Ley Orgánica 7/2000), con posterioridad se tipificó la constitución, organización o pertenencia a grupo terrorista (Ley Orgánica 5/2010) y finalmente, se ha incorporado el delito de financiación del terrorismo (Ley Orgánica 2/2015).

³ Sobre las “tres olas” de modificación de la política criminal en materia de terrorismo, véase, Vervaele, J., “¿La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: un derecho penal y política criminal sin límites?”, en González Cano, M^a I. (directora), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-224.

delito la inducción a la comisión de delitos terroristas⁴. No obstante, no se describía esta conducta sancionatoria, por lo que los Estados miembros podían perseguir la inducción conforme a su propia regulación o interpretación jurisprudencial.

Esto cambia con la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. En su artículo 3.1 a) se estableció una definición de provocación a la comisión de un delito de terrorismo⁵: "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"⁶.

Por lo tanto, conforme a la Decisión Marco de 2008, la provocación deberá dirigirse a un grupo indeterminado de personas, mediante cualquier medio, con el objetivo de inducir a la comisión de alguno de los delitos previstos en la Decisión Marco de 2002 y, lo que resulta de mayor interés, se sancionará siempre y cuando conlleve un riesgo de que se cometa uno o varios de dichos delitos, con independencia de que se promueva de forma directa o no su comisión. Con estos requisitos, se amplía notablemente la previsión de la inducción a la realización de un acto delictivo, ya que la promoción del mismo podrá ser indirecta, es decir, de modo implícito o encubierto⁷. Y, aunque se trata de contrarrestar dicha ampliación exigiendo la concurrencia de un riesgo de que se materialice el delito (o los delitos), esta previsión no deja de suponer un amplio arbitrio al juzgador.

Frente a esta regulación, la Comisión Internacional de Juristas propuso restringir la punición de la provocación a "actos de violencia que amenacen la vida o la integridad de las personas" y modificar la expresión "conlleve un riesgo de que se puedan cometer" añadiendo el carácter de inminencia a ese riesgo⁸, de

⁴ Artículo 4.1.

⁵ La redacción del precepto adopta los términos del art. 5 del Convenio del Consejo de Europa de 2005. Al respecto, véase ampliamente Rollnert Liern, G. (2014): "Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática". *Revista de Derecho Político*, 91, 235-239 y 243 y ss.; también Teruel Lozano, G.M. (2018): "Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo". *InDret*, 3, 5-8.

⁶ En el artículo 1.1 letras a)-h) de la Decisión Marco 2002/475/JAI se alude a los atentados contra la vida o contra la integridad física de una persona; secuestro o toma de rehenes; destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas.

⁷ Tal y como recuerda Alonso Rimo, A. (2010): "Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, 21, "el significado que tradicionalmente han otorgado doctrina y jurisprudencia a los términos *directo* (o "*indirectamente*") e *indirecto* en el ámbito de la provocación, y que apunta al carácter *expreso* o *inequívoco* –en el primer caso–, o por el contrario, *implícito* o *encubierto* –en el segundo– de la llamada a delinquir".

⁸ De ello se hace eco Rollnert Liern, G. (2014): "Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática". *Revista de Derecho Político*, 91, 245-247.

manera que se acote en el tiempo la relación entre la provocación y el acto terrorista que probablemente va a desencadenar. Pero no fueron atendidas estas sugerencias ni siquiera cuando se redactó la Directiva 2017/541.

Como ya se ha indicado, el último paso que ha dado la Unión Europea en esta materia ha sido la aprobación de la Directiva 2017/541, cuyo contenido se ha visto claramente influenciado por la Resolución 2178 (2014) aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 7272ª sesión, de 24 de septiembre. *Grosso modo*, con la Directiva se reconoce el carácter transfronterizo del terrorismo y se enumera un amplio número de delitos graves a los que se otorga la categoría de terrorismo⁹.

Con estas medidas, se asume el cambio del fenómeno del terrorismo tras el 11-S ya que, con anterioridad, lo habitual era que se identificara con una organización estructurada jerárquicamente, formada con un fin político o nacionalista y cuya actuación se delimitaba en un ámbito territorial concreto¹⁰. Basta con comparar los grupos terroristas de ETA o de GRAPO, que actuaron durante décadas en España, o de IRA, en Reino Unido, cuyo modo de actuar podemos calificar de tradicional¹¹, con las prácticas realizadas por Al Qaeda o el ISIS. A ellos se atribuyen los atentados del 11-M en España (2004), de Londres en julio de 2005, contra la revista Charlie Hebdo, en enero de 2015, también en París, en noviembre del mismo año en la Sala Bataclán y otros espacios de ocio, de Bruselas en marzo de 2016, de Niza en julio de 2016 o el de las Ramblas de Barcelona en agosto de 2017, por mencionar algunos de los más conocidos en nuestro entorno.

Este miedo generado ante un actuar indiscriminado, ha propiciado que un amplio sector de la sociedad exija a los gobernantes una mayor intervención. En consecuencia, se desarrolla una política criminal especialmente punitivista basada en un Derecho Penal de emergencia y un Derecho Penal del enemigo^{12/13}. Sin

⁹ Piernas López, J.J. (2018): *Respuestas normativas de la Unión Europea a la amenaza del Estado Islámico (DAESH)*, Comares, Granada, pp. 63-92, sitúa la aprobación de la Directiva dentro de la política de prevención del terrorismo de la Unión Europea.

¹⁰ Véase Terradillos Basoco, J.M., “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, nº 87, julio-diciembre 2016, págs. 22-24 donde clasifica el terrorismo en función de su morfología, distinguiendo entre terrorismo “político”, terrorismo nacionalista y terrorismo integrista; sobre las diferencias entre el denominado terrorismo “tradicional” y el terrorismo yihadista, también, Galán Muñoz, A., “¿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”, en González Cano, Mª I., (directora) *Cooperación judicial penal en la Unión Europea Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 101-103 (versión e-book); y muy especialmente Cano Paño, M.A., “Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo”, en *REIC*, nº 7, 2009, pág. 26.

¹¹ O “terrorismo doméstico” en palabras de Vervaele, J., “¿La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: un derecho penal y política criminal sin límites?”, en González Cano, Mª I. (directora), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 216.

¹² Véase Terradillos Basoco, J.M., “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 12, nº 87, julio-diciembre 2016, págs. 28-32; también Núñez Castaño, E., “Algunas consideraciones sobre la trasposición al Derecho penal español de la Directiva 2017/541/UE del Parlamento europeo y del Consejo, en materia de terrorismo: ¿una tarea necesaria?”, en González Cano, Mª I. (directora), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 227-230; entre otros.

embargo, con esta reacción, en realidad, lo que se consigue no es una mayor seguridad sino, como advierte Núñez Castaño, una mayor "sensación de seguridad"¹⁴.

En cualquier caso, la búsqueda de este propósito provoca una ampliación notoria del número de delitos graves que se califican de terroristas. Así, se considerarán tales: intimidar gravemente a la población; presionar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional para que realice o se abstenga de realizar cualquier acto; desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional; la amenaza de cometer esos actos intencionados cuando quede establecido, sobre la base de circunstancias objetivas, que tal amenaza se produjo con cualquiera de esos fines terroristas. Y, adicionalmente, se añade un catálogo de delitos que se denominan "relacionados con delitos terroristas", los cuales, en la práctica, resultan ser actos preparatorios ostensiblemente alejados de la lesión del bien jurídico¹⁵.

Entre estos últimos se encuentra la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo. En concreto, el artículo 5 establece: "Provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos."

Como se puede apreciar, la conducta prohibida mantiene los elementos fundamentales que ya se habían establecido con la reforma de la Decisión Marco de 2008. Así, la acción típica será la distribución o difusión pública¹⁶ dirigidos a

¹³ Sobre las consecuencias de admitir un Derecho Penal de emergencia y Derecho Penal del enemigo no podemos detenernos en este momento. Véase Jacobs G., Cancio Meliá M. (2006) *Las obras fundamentales de Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, pp. 152.

¹⁴ Núñez Castaño, E., (2018) "Algunas consideraciones sobre la trasposición al Derecho penal español de la Directiva 2017/541/UE del Parlamento europeo y del Consejo, en materia de terrorismo: ¿una tarea necesaria?". En González Cano, Mª I. (directora), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág.230.

¹⁵ Título III.

Recuerda Núñez Castaño, E. (2018): "Algunas consideraciones sobre la trasposición al Derecho penal español de la Directiva 2017/541/UE del Parlamento europeo y del Consejo, en materia de terrorismo: ¿una tarea necesaria?". En González Cano, Mª I. (directora), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 246 que la "excesiva ampliación tanto de lo que debe entenderse por terrorismo como de las conductas típicas que deben sancionarse como tales, ya fue puesta de relieve por el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de la Directiva [...] donde en la Observación particular 3.2.2.1. señala que con respecto a la definición de los delitos de terrorismo, existe el peligro de una definición demasiado amplia de terrorismo y de las acciones asociadas a este."

¹⁶ En la versión española del texto de la Decisión Marco y de la Directiva, los términos se cambian. En la Decisión Marco se alude a distribución o difusión pública, mientras que la Directiva se refiere a difundir o hacer públicos, lo cual podría llevar a plantear un cambio en la descripción de la conducta. Sin embargo, el texto original no hace este cambio. En ambos se alude a: "distribution, or otherwise making available, of a message to the public".

incitar o inducir¹⁷ a realizar uno o varios delitos de terrorismo, de forma directa o indirecta, siempre y cuando conlleve la creación de un riesgo de que se cometa alguno o algunos de ellos. Si bien, se incorporan algunos matices.

En este sentido, la nueva formulación del delito contempla una referencia explícita al uso de medios de difusión en línea y la necesidad de que la provocación se realice de forma intencionada. Entendemos, sin embargo, que ninguna de ellas hubiera sido necesaria.

En lo que se refiere a la distribución o la difusión pública de un mensaje, consideramos que, obviamente, pueden realizarse a través de Internet con independencia de que se aluda a ello en la descripción del tipo, o no. Es un medio más de comunicación y, del mismo modo que no se mencionan otros medios como la radio, resulta superfluo que se aluda a medios “en línea o no”, como si fuera necesario aclarar esta cuestión. Por otro lado, la intencionalidad, entendida como dolo, se presume de las conductas típicas cuando no se alude de forma específica a la comisión culposa. Siendo esto así, solo será relevante si con ella se pretende incorporar un elemento subjetivo del tipo, de manera que sea necesario que el sujeto actúe con la finalidad de provocar que otros cometan uno o varios delitos de terrorismo.

Junto a lo anterior, otro elemento novedoso es la mención de la apología¹⁸ como ejemplo de conducta que preconiza de forma directa o indirecta la comisión de delitos de terrorismo. No obstante, en el Considerando 10 se ofrecen más supuestos de estas conductas, por lo que, igual que la apología, se entiende que también constituyen la conducta típica la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, incluidas las de víctimas del terrorismo, que se realicen con el objeto de obtener apoyo para causas terroristas o intimidar gravemente a la población. De este modo, con la referencia a la apología únicamente se pretende aclarar o facilitar la determinación de la conducta típica, sin incorporar nada nuevo.

Finalmente, igual que ya se previera en la descripción de la reforma de 2008, es conveniente recordar que se exige como resultado de la acción que se genere un riesgo de que puedan cometerse dichos delitos. Con esta previsión se pretende evitar que se califiquen como delictivas “las meras declaraciones de simpatía con una causa terrorista”¹⁹. Como ya se ha advertido, se trata de un elemento normativo poco claro que otorga al juzgador amplio arbitrio y por ello la Directiva prevé un criterio interpretativo en el Considerando 10 al señalar que “En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben 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.” Sin embargo, no dejan de ser más que criterios de sentido común que no garantizan la seguridad jurídica.

¹⁷ De nuevo encontramos una diferencia terminológica en los textos españoles que no se corresponde con la versión original: “with the intent to incite”.

¹⁸ Conforme a la versión original: “glorification of terrorist acts”.

¹⁹ Así, Piernas López, J.J. (2018): *Respuestas normativas de la Unión Europea a la amenaza del Estado Islámico (DAESH)*, Comares, Granada, p. 66

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que, en lo que a la provocación se refiere, la Directiva no incorpora modificaciones sustanciales en relación a la previsión de la Decisión Marco, una vez que esta fue modificada en el año 2008.

3. Regulación española

3.1. Antes de la reforma de la Ley Orgánica 7/2000

En el texto original del Código Penal de 1995 no se contemplaba la tipificación de la provocación o de la incitación a la realización de delitos de terrorismo de forma independiente. Esta decisión legislativa se justificaba en las críticas de las que había sido objeto el Código Penal Anterior, una vez aprobada la Constitución, por la configuración que en él se contemplaba de la apología como delito autónomo. Y es que, en su artículo 268 se establecía que "La apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de los delitos comprendidos en este título [Título II Delitos contra la seguridad interior del Estado], y la de sus culpables, será castigada con la pena de prisión menor".

La punición de esta conducta se consideró inconstitucional por un amplio sector doctrinal al entender que se veían lesionadas la libertad ideológica y la libertad de expresión y que, además, no contaba con los requisitos mínimos para satisfacer el principio de ofensividad²⁰. Téngase en cuenta que, así descrita la conducta típica, se sancionaba la mera glorificación de los delitos de terrorismo o de sus culpables, siendo prácticamente imposible identificar el bien jurídico protegido y, por lo tanto, inviable determinar su lesión.

Es por ello que en el Código Penal de 1995 se elimina la apología como acto preparatorio autónomo y se reconoce, de modo genérico, la punibilidad de los actos preparatorios de provocación, conspiración y proposición²¹, descritos en los artículos 17 y 18 del mismo cuerpo legal. En este último precepto, la apología se constituye como una modalidad de provocación²². Ambos, como actos preparatorios, suponen una incitación directa y pública a cometer un delito, en este caso de terrorismo, solo que la apología se distingue por hacerlo mediante la alabanza de un delito ya cometido o de su autor²³. Siendo esto así, estamos de

²⁰ Sobre la regulación de la apología en general y de la apología de los delitos de terrorismo en particular, es de interés el trabajo de González Guitián, L. (1979-1980): "Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en el Proyecto de 1980". *Estudios Penales y Criminológicos*, 4, 283-309.

²¹ Artículo 578 del Código Penal (texto original): "La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 577, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores."

²² Sobre las posibilidades de interpretar la apología prevista en el artículo 18 destaca el trabajo de Alonso Rimo, A. (2010): "Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, 17-35 quien no está de acuerdo con la posición dominante, que es la aquí defendida.

²³ Artículo 18 del Código Penal (no ha sufrido modificaciones): "1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito."

acuerdo con Lamarca Pérez cuando defiende que la previsión de la apología, descrita en los términos anteriores, es la única punible en nuestro Estado de Derecho²⁴ pero resulta innecesario ya que los supuestos a los que hace referencia la apología se comprenden de modo más amplio en la figura de la provocación del primer párrafo del artículo 18 del Código Penal²⁵.

3.2. Después de la reforma de la Ley Orgánica 7/2000

La figura de enaltecimiento del terrorismo se introdujo en España mediante la reforma del Código Penal de la Ley Orgánica 7/2000²⁶. Con ella, el artículo 578 quedó redactado de la siguiente manera: “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 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.”; y se trasladó la punición de la provocación, conspiración y proposición de los delitos de terrorismo al artículo 579.

Desde un primer momento, la doctrina criticó la incorporación de esta nueva figura delictiva por considerar que se trataba de una provocación indirecta, con el fin de castigar conductas que, hasta el momento, resultaban atípicas como, por ejemplo, gritar Gora ETA en una manifestación²⁷. Se entiende que esta

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.”

²⁴ Al respecto véase también Vives Antón, T. (2015): “Sobre la apología del terrorismo como “discurso del odio”. En Revenga Sánchez, M. (director) *Libertad de expresión y discursos del odio, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, Alcalá de Henares, p. 41 quien considera que al limitar la punibilidad de la apología a los supuestos que implique provocación y que constituya una incitación directa a la comisión de un delito “parece adoptarse el test constitucional establecido por el Tribunal Supremo norteamericano en *Brandenburg contra Ohaio* (1969) En tanto ese “test” descarta la punición del discurso político en sí mismo”.

²⁵ Lamarca Pérez, C. (2010): “Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español”. En Serrano-Piedecabras, J.R. y Demetrio Crespo, E. (directores) *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, pp. 452

²⁶ Sobre el debate e incertidumbres que implicó la incorporación del delito en ese momento, véase, entre otros, Díaz-Maroto y Villarejo, J. (2001): “Notas sobre la propuesta de tipificación de la apología del terrorismo”. *EGUZKILORE*, 15, 183-202.

²⁷ Al respecto véase, entre otros, 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. y Fernández Hernández, A. (directores), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 341; Pastrana Sánchez, A. (2017): “Interpretación judicial del derecho y terrorismo: especial referencia al delito de enaltecimiento”. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 17, 386 y ss.; García Albero, R. (2016) “Artículo 578”. En Quintero Olivares, G. (director), Morales Prats, F. (coordinador), *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II (artículos 234 a DF.7º)*, 7ª ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra,

previsión solo puede contemplar la apología indirecta porque de la directa se ocupa el artículo 579 al reconocer la punibilidad de la provocación, contemplada en el artículo 18 del Código Penal. Y así lo confirmó el Tribunal Supremo en el Auto de 14 de junio de 2002.

En este Auto se resolvió el recurso de súplica frente al auto de 23 de mayo de 2002 por el que se desestimaba la querrela por posible delito de apología del terrorismo dirigida contra Arnaldo Otegui, miembro del Parlamento vasco, por pronunciar la expresión *Gora Euskadi ta askatasuna* en un mitin realizado en Francia. Entendía el Ministerio Fiscal que "la frase atribuida al querrellado no es indiferente para el derecho, puesto que, al menos en principio, podría ser considerada una forma de apología del terrorismo, de las previstas en el art. 578" y, en este sentido, afirmaba que "la apología, conforme al Código de 1995 representa una forma de provocación delictiva, que es lo que explicaría el tratamiento legal dado en 2000 a un tipo específico de la misma." Sin embargo, el Tribunal Supremo, ante estas afirmaciones señala que "en sentido legal y técnico-jurídico estricto, provocación es (sólo) la *incitación directa* a la perpetración de un delito. En cambio, la apología genérica es "la exposición... de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor" (art. 18,2º Cpenal). Y únicamente cuando constituya "incitación directa a cometer un delito" podrá ser tratada como efectiva provocación para delinquir. Al igual que sucede con la apología específica del art. 578 Cpenal, por imperativo de lo que dispone el art. 579 del mismo.". De este modo, termina afirmando el Tribunal Supremo que el delito previsto en el artículo 578 es "un delito de opinión, que tiene al de terrorismo como referente necesario pero externo, desde el punto de vista del *iter criminis*. De un delito, pues, relacionado con el de terrorismo en el plano ideológico y en la perspectiva del bien jurídico de referencia, pero de cuya naturaleza, de cuyos rasgos constitutivos, de cuya gravedad no participa, aun cuando exista una convergencia ideal en el plano de los fines."

A pesar de la oposición, prácticamente unánime, de la doctrina a este nuevo delito²⁸, el Tribunal Constitucional en Sentencia 112/2016, de 20 de junio, ha descartado la existencia de un eventual conflicto con el derecho a la libertad de expresión. En ella, el Tribunal concluye que la tipificación de las conductas previstas en el artículo 578 del Código Penal "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". Por lo tanto, se otorga validez constitucional al delito de enaltecimiento del terrorismo construyendo en torno a él la penalización del denominado discurso del odio.

En este sentido, entiende el Tribunal Constitucional que se debe desarrollar una labor de control constitucional dirigida a "dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen

p. 1933; Alonso Rimo, A. (2010): "Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, 38-53.

²⁸ Así, por ejemplo Cancio Meliá, M., (2010): *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, p. 285 dirá que "la vertiente "simbólica" dominante en el discurso consiste aquí en proclamar un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones, como si de este modo desaparecieran de las cabezas de quienes piensan de esa manera."

desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia”²⁹. Es decir, el Tribunal Constitucional considera que se puede limitar la libertad de expresión e ideológica en tanto y cuanto supongan incitación y promoción del odio y de la intolerancia. Cuando esto ocurre, estamos ante un discurso del odio, lo que no significa que deba ser sancionado penalmente. Para que el discurso del odio pueda ser punible, adicionalmente, será necesario que de él se derive una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades³⁰

El problema reside en determinar cuándo existe esa situación de riesgo y cómo valorarla. El Tribunal Supremo en Sentencia 378/2017, de 25 de mayo, entendió que no suponían un riesgo para la comisión de uno o varios delitos de terrorismo la publicación de las siguientes frases e imágenes entre los meses de abril a diciembre de 2012: el anagrama de la organización terrorista ETA y el mapa de “Euskal Herra” sobre el que podía leerse “Euskadi ta askatasuna”; una foto con presos de la organización terrorista GRAPO, solicitando una amnistía total; la imagen de un grupo de encapuchados quemando la bandera de España, con el texto adjunto “esto es lo que hago con la puta bandera burguesa española”; el enlace a una noticia de la puesta en libertad de dos miembros del grupo terrorista GRAPO, y a la misma le añade el texto: “Viva los G. R. A. P. O”; la frase “Llamame terrorista si grito VIVA LOS GRAPO!!!”; una imagen en la que aparecen representados varios empresarios y donde se puede leer “¡Ojalá vuelvan los GRAPO, y os pongan de rodillas!”; “Feliz día del país Vasco Euskadi Ta Askatasuna”, nombre de la organización terrorista cuyo acrónimo es ETA.

De este modo, afirma el Tribunal Supremo que, a pesar de que el riesgo debe entenderse en abstracto como “aptitud ínsita en la actuación imputada, [...] no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas”, es necesario que se valore el riesgo que se crea con el acto imputado. Y, en este caso, la ausencia de actividad del grupo terrorista GRAPO en el momento de las publicaciones y la absoluta ausencia de respuesta de otros internautas, permiten llegar a la conclusión de que la actuación del sujeto que publicó esos mensajes no supone un riesgo para la comisión de uno o varios delitos de terrorismo.

Tampoco se consideró que representase un riesgo la publicación entre los meses de mayo y julio de 2014 en redes sociales de mensajes e imágenes como los siguientes: una foto de una bandera de la organización ilegalizada ASKATASUNA, sugiriendo a otro usuario de la red social que utilice esa bandera para protestar por la dispersión de presos de ETA; las fotos de algunos miembros de ETA acompañadas de un texto en euskera dándoles la bienvenida; “Yo SI odio al PP y al PSE. A mi SI me gustaría ver a cada uno de ellos colgado de un pinar completo”; “siempre con los principios de H.B”; “EHBILDU condena el ataque a un cajero de Kutxabank. ¿Cómo quieren que se defiendan a la ciudadanía de la banca? ¿Pidiéndolo por favor? Fariseos”; entre otras, teniendo como imagen de perfil de usuario el logotipo de la organización ilegalizada ASKATASUNA. En este caso directamente se consideró que se trataban de opiniones que no pueden

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, de 22 de julio.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre.

generar un riesgo para la realización de delitos de terrorismo, sin llegar a analizarse el número de seguidores del sujeto que realizaba las publicaciones³¹.

Resulta sorprendente que, sin embargo, en Sentencia del Tribunal Supremo 4/2017, de 18 de enero, si se considerase que colmaban el tipo los mensajes publicados por el conocido cantante de DEF con DOS, César Strawberry, entre noviembre de 2013 y enero de 2014: "el fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO"; "A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora"; "Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina"; o "Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!" diciendo a continuación que le regalará un "roscón bomba". Estos mensajes en poco difieren en su contenido de los recogidos en los hechos probados de la Sentencia del Tribunal Supremo 600/2017 y, de modo similar a lo alegado en la Sentencia 378/2017, en esta época GRAPO no realizaba ningún tipo de actividad y habían transcurrido dos años desde que ETA anunciase el cese definitivo de su actividad armada.

Junto a los problemas de delimitar el alcance del riesgo que se debe generar, también se plantean problemas a la hora de determinar si es necesaria la concurrencia en su elemento subjetivo del tipo que exija que el sujeto actúe con una finalidad concreta³². Así, por ejemplo, en Sentencia 221/2017, de 29 de marzo, el Tribunal Supremo consideró que era de aplicación el delito de enaltecimiento del terrorismo a un sujeto que había publicado en redes sociales entre el 2 de julio y el 9 de octubre de 2015 (todavía en vigor la redacción del artículo 578 de la que nos estamos ocupando ahora), mensajes como los siguientes: "Canal Al Arabiya. DAESH, publica la ejecución de un egipcio acusado de espionaje para la policía. Detalles de la noticia en este enlace [...]", acompañado de una risa; "hombres" en relación a una foto que publica en la que están siendo adiestrados niños por parte de DAESH, entre otros.

La defensa alegó que, con manifestaciones como las anteriores "la única intención que impulsó su actuación, fue criticar esa situación e informar al público en general, haciendo saber a la ciudadanía lo que estaba pasando en el mundo". Frente a esto, el Tribunal Supremo recuerda que el artículo 578 únicamente requiere "el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo, esto es, tener plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista, sin que resulte precisa la acreditación de con qué finalidad se ejecutan los actos de enaltecimiento del terrorismo". Por lo tanto, se descarta la necesidad de que concurra un elemento subjetivo del tipo para colmar el delito.

En realidad, esta Sentencia se remite a la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo 4/2017 en la que, ante la manifestación por parte de la defensa de que César Strawberry no perseguía la defensa de los postulados de una organización terrorista y que tampoco buscaba desprestigiar a las víctimas, el Tribunal consideró que esto resultaba irrelevante en términos de tipicidad. De este modo, se establece 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 o

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo 600/2017, de 25 de julio.

³² Para Caruso Fontán, M^a V. (2007): "Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología del terrorismo)". *Revista Penal*, 20, 47: el reconocimiento de este elemento subjetivo del tipo es el único modo de que la previsión del artículo 578 sea constitucional.

humillación. Basta con asumir como propia la justificación de una forma violenta de resolver las diferencias políticas -siempre en el marco de referencia que ofrecen los arts. 572 a 577-; basta con la reiteración consciente de esos mensajes a través de una cuenta de twitter, para descartar cualquier duda acerca de si el autor captó con el dolo los elementos del tipo objetivo”.

Sin embargo, en el caso del rapero Valtonic, resuelto en Sentencia 397/2018, de 15 de febrero, el Tribunal Supremo considera que la concreta finalidad con la que se realiza el enaltecimiento del terrorismo sí que es una exigencia del tipo y el cantante, con sus letras, la colma. Con frases como: “Kale borroka, al ministerio de Educación, esto es amor, goma 2 y kalashnikovs”; “A ver si te enteras, como el caso Bárcenas, pierdo los papeles y en cuarteles grito “gora ETA”. Nena, no apoyo la violencia gratuita, pero justicia sería pasarlos por la guillotina”; o “No podemos elegir, no tenemos ninguna opción, pero un día ocuparemos Marivent con un kalashnikov”.

El Tribunal ratificó la Sentencia de la Audiencia Nacional 3/2018, de 2 de marzo, en la que se establecía que “la pluralidad de mensajes contenidos en las canciones publicados en Internet y con acceso abierto por el acusado tienen un indudable carácter laudatorio de las organizaciones terroristas GRAPO y ETA y de sus miembros, el cual va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, solidaridad con los presos o camaradería nacida de vínculos ideológicos y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por la citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración”. Por lo tanto, se entiende que, junto al dolo, el cantante actúa con una finalidad adicional dirigida a incitar, aunque sea de modo genérico, a la realización de un delito.

Teniendo en cuenta estas Sentencias, no se justifica el fallo de la de la Audiencia Nacional en Sentencia 11/2018, de 15 de marzo, en la que se absuelve a un sujeto que desde marzo de 2012 hasta finales de 2013 publica twits como los siguientes: “Policía bueno policía muerto”, “1, 2, 3 maderos muertos arden bancos y banqueros, movimiento sanguinario y odio revolucionario!!!”, “Ponte una capucha y apuñala al nazi que veas en tu calle haciendo apología de su lucha”, “Entro en tu mansión y los billetes no te salvan, político hipócrita te disparo por la espalda!”. Entiende la Audiencia que la edad del acusado, entre 18 y 19 años, “nos permite afinar y corrobora la impresión del carácter objetivamente no enaltecedor del terrorismo de los tuits en cuestión, además de que ello quedaba claramente fuera de la intención del sujeto; y que la intención de sus mensajes no era diferente de la de expresar de una forma airada y exagerada su posición política, manifestando de una forma viva y rotunda, pero sin discurso elaborado ni matices, ya que el medio (Twitter) no lo permite, su protesta y disconformidad, como de un joven, con la compleja y poco acogedora sociedad en la que en aquella época se encontraba irrumpiendo. Desde luego no ha quedado acreditada que fuera otra esta expresada la intención del acusado, y así se deduce tanto de la consistencia de sus declaraciones, de la naturaleza y contenido de sus mensajes y la objetiva falta de seguimiento real de los mismos por parte de cualquier grupo o personas, que no interactuaron de ninguna manera con ellos”.

De este modo, en este caso, la Audiencia parece que no aplica el delito por la ausencia del elemento subjetivo del tipo, si bien, consideramos, el elemento fundamental fue la falta de creación de un riesgo de que se pudiera realizar uno o varios delitos de terrorismo.

3.3. La reforma de la Ley Orgánica 2/2015

La reforma del Código Penal a través de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, ahondó en una mayor punibilidad de las conductas relacionadas con el terrorismo³³. La principal finalidad de esta Ley fue la incorporación de las tendencias preventivas y securitarias, con el objetivo de adecuarse a las nuevas realidades, amenazas y modalidades de terrorismo que existen en la actualidad, con una clara referencia al terrorismo internacional de corte yihadista³⁴. Es por ello que se implanta un nuevo concepto de terrorismo, y se incorpora un elenco amplísimo de conductas consideradas como terroristas, muchas de las cuales no tendrían ni siquiera la calificación de actos preparatorios³⁵.

Sin detenernos demasiado en lo anterior, sí debemos advertir que, en lo que al concepto de terrorismo se refiere se han ampliado sustancialmente el catálogo de finalidades con las que se debe actuar para que los hechos sean constitutivos de un delito de terrorismo. Tradicionalmente, la acción típica exigía que se actuase con ánimo de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Pero con la reforma del año 2015, a estas se unen desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional y provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella³⁶. A esta ampliación de conductas delictivas, se le suma el nuevo elenco de actos preparatorios o actos preparatorios de los actos preparatorios que devienen en punibles como son: el adoctrinamiento y el adiestramiento pasivo, los viajes al extranjero para integrarse o colaborar con una organización terrorista o la captación y reclutamiento al servicio de organizaciones o fines terroristas, por citar alguno de ellos.

En lo que a nosotros nos interesa, que es el delito de enaltecimiento del terrorismo, el artículo 578 se modificó con la reforma de 2015 para endurecer las penas y ampliar su ya desbordado ámbito de aplicación³⁷. En lo que a la

³³ Al respecto, véase, Núñez Castaño, E. (2018): "Algunas consideraciones sobre la trasposición al Derecho penal español de la Directiva 2017/541/UE del Parlamento europeo y del Consejo, en materia de terrorismo: ¿una tarea necesaria?". En González Cano, M^a I. (directora), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 229-277.

³⁴ Estamos con 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, A., Cuerda Arnau, M.L. y Fernández Hernández, A. (directores), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 302, cuando advierte que "la reforma de los delitos de terrorismo llevada a cabo por la LO 2/2015 ha acentuado todavía más los rasgos de auténtico delito de opinión"; en este mismo sentido, 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. y Fernández Hernández, A. (directores), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 348: "supone el ingreso en prisión por un delito de opinión"

³⁵ En este sentido véase Núñez Fernández, J. (2017): *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, Aranzadi, Navarra, p. 59 quien además advierte de que "no es posible identificar una víctima o víctimas concretas ya que no se dirigen ni afectan, desde luego no directamente, a personas específicas."

³⁶ Al respecto, véase, entre otros, Zaragoza Aguado, J. (2015): "Artículo 573". En Gómez Tomillo, M. y Javato Martín, A.M^a, (directores) *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo VI, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, pp. 611-921; Terradillos Basoco, J.M. (2016): "Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI". *Revista Nuevo Foro Penal*, 12, (87, julio-diciembre), 44-45.

³⁷ Artículo 578 del Código Penal: 1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, [...] se castigará

punibilidad se refiere, la conducta de enaltecimiento del terrorismo se convierte en tipo básico y se adicionan dos modalidades agravadas. De este modo, si el delito de enaltecimiento del terrorismo preveía una pena de prisión de uno a dos años, con la reforma de 2015 se incrementa el límite máximo pasando de dos a tres años y, de manera acumulativa, se establece una pena de multa de doce a dieciocho meses, pudiendo aplicarse también cualquiera de las prohibiciones previstas en el artículo 57, durante el tiempo que establezca el Juez. Esto último, igual que ocurría antes de la reforma.

Las citadas penas se aplicarán en su mitad superior o, si así lo estima conveniente el juzgador, superior en grado cuando “los hechos 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” o “Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella”, respectivamente. De manera que para un supuesto de delito de enaltecimiento del terrorismo se puede llegar a aplicar una pena de prisión de hasta cuatro años y medio cuando, antes de la Ley Orgánica 2/2015 el límite máximo era de dos años.

Como consecuencia de lo anterior, se amplía la descripción de la conducta punible porque la descripción original del delito de enaltecimiento del terrorismo se convierte en modalidad agravada. La duda está, entonces, en qué conducta es subsumible en el tipo básico. Parece que se trata de un tipo residual, donde solo se contemplan los actos que se realizan a viva voz ante una multitud³⁸ ya que si se utilizan medios de comunicación, internet o servicios de comunicaciones electrónicas o uso de tecnologías de la información, estaremos ante una modalidad agravada. Cosa que antes no ocurría porque, precisamente, representaba el núcleo central de la conducta típica³⁹. Parece que, ante esta nueva redacción, habrá que estar al caso concreto para determinar si el uso de las nuevas tecnologías ha sido “un instrumento esencial en la divulgación del mensaje terrorista”, por lo que la apreciación de la modalidad agravada no deberá ser de modo automático⁴⁰.

con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. [...] 2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos 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. 3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.[...].”

³⁸ Al respecto, 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. y Fernández Hernández, A. (directores), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 348.

³⁹ Teruel Lozano, G.M. (2018): “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo”. InDret, 3, 25-26 critica la confusión del legislador al aludir a Internet junto con otros medios de comunicación sin tener en cuenta que es “necesario desgranar los elementos que deben definir aquello que se entiende por “público” como requisito típico, teniendo en cuenta, por un lado, el canal o espacio de difusión [...] y, por otro, la audiencia potencial que haya podido tener el mensaje. Todo ello con independencia de que el mensaje se difunda en el mundo analógico o en el digital”.

⁴⁰ Así lo advierte Bernal del Castillo, J. (2016): “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio””. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 16, 26-27: “la utilización de redes sociales si bien constituye un fuerte indicio de la gravedad de la conducta atendiendo

Finalmente, la nueva redacción del artículo 578 del Código Penal impide que se interprete el tipo básico como se venía requiriendo por la jurisprudencia, es decir, exigiendo la creación de un riesgo efectivo de que se produzca uno o varios delitos de terrorismo. Y esto porque en su apartado tercero se establece como modalidad agravada el que los hechos sean "idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella", entonces, crear un riesgo de que se produzcan los delitos deja de ser una característica propia de la tipificación del enaltecimiento del terrorismo⁴¹.

4. Conclusiones

Si tenemos en cuenta lo señalado en los epígrafes anteriores, podemos llegar a dos conclusiones fundamentales. La primera de ellas es que, al menos en lo que a la tipificación del delito de enaltecimiento del terrorismo se refiere, España no tiene necesidad de transponer la Directiva 2017/541. Es más, la previsión del artículo 578 del Código Penal español sobrepasa con creces las exigencias de la norma comunitaria⁴². La segunda conclusión es que la profunda reforma sobre terrorismo realizada a través de la Ley Orgánica 2/2015 no se ocupó, ni parece que fuera su pretensión, de solventar los graves problemas interpretativos y de seguridad jurídica de los que adolecía, y sigue adoleciendo, la provocación a la comisión de delitos de terrorismo.

El artículo 578 del Código Penal español resulta indiscutiblemente más amplio que el artículo 5 de la Directiva. En primer lugar, el catálogo de delitos a los que se remite la norma española comprende conductas que podrían ser meros actos preparatorios, como facilitar cualquier tipo de colaboración con las actividades o finalidades de la organización terrorista (artículo 577.1 del Código Penal), mientras que la Directiva se remite a delitos de lesión que afecten a la vida o la integridad física de una persona o que tengan un potencial lesivo grave, como por ejemplo "la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas" (artículo 3.1.g) de la Directiva 2017/541).

Por otro lado, la Directiva requiere que la preconización de realizar un delito sea directa o indirecta, mientras que la Ley española ni siquiera establece que deba realizarse, al menos de modo indirecto. El injusto se satisface mediante un discurso del odio adecuado para desestabilizar la paz social o el sistema

a su mayor capacidad divulgativa no implica automáticamente ese plus de gravedad desde la perspectiva de la afectación del bien jurídico que recordemos es la peligrosidad de incrementar un clima de violencia por favorecer o perpetuar dolosamente la pervivencia de un entorno de apoyo al terrorismo. [...] Por ello, si bien comparto la idea de la necesidad de atender a la objetiva peligrosidad de estos medios comisivos, creo que la jurisprudencia no debe prescindir del examen minucioso ad casum".

⁴¹ Coincidimos con Pastrana Sánchez, A. (2017): "Interpretación judicial del derecho y terrorismo: especial referencia al delito de enaltecimiento". *Revista de Derecho penal y Criminología*, 17, 387 "parece darse a entender que los apartados precedentes al tercero sancionan comportamientos que ni siquiera tienen que resultar idóneos para incitar directa o indirectamente a la comisión de delitos, alterar la paz pública o crear sentimientos de inseguridad."

⁴² Núñez Fernández, J. (2017): *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, Aranzadi, Navarra, p. 60, advierte que "este adelantamiento de las barreras de punitivas no se exige en ningún instrumento internacional ni europeo del que España sea parte. El legislador español ha ido, por tanto, más allá de lo que le requerían los compromisos asumidos."

democrático. Pero ni siquiera se alude en la descripción de la conducta la necesidad de que se genere un riesgo efectivo de realización de un delito de terrorismo, derivado de la conducta. Al menos no en el tipo básico.

Consideramos que el delito de enaltecimiento del terrorismo supone un adelantamiento desmesurado de las barreras de protección y adolece de una grave inseguridad jurídica, como se ha podido comprobar en las resoluciones judiciales citadas. El artículo 578 no determina claramente qué conductas integran el tipo y la reforma de 2015 lo único que ha logrado ha sido reforzar los argumentos de quienes cuestionan la constitucionalidad de este delito al eliminar del tipo básico la necesidad de que la exaltación de un acto de terrorismo o de su autor sea idóneo “para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella”.

5. Referencias bibliográficas

- Alonso Rimo, A. (2010): “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, 13-80.
- Bayarri García, C.E. (2018): “Los nuevos delitos de terrorismo”. En Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M.L. y Fernández Hernández, A. (directores), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 279-298.
- Bernal del Castillo, J. (2016): “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio””. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 16, 13-44.
- Cancio Meliá, M., (2010): *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, pp. 326.
- Cano Paño, M.A., (2009): “Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo”. *REIC*, 7, 26.
- 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. y Fernández Hernández, A. (directores), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 331-358.
- Caruso Fontán, M^o V. (2007): “Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología del terrorismo)”. *Revista Penal*, 20, 32-49.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J. (2001): “Notas sobre la propuesta de tipificación de la apología del terrorismo”. *EGUZKILORE*, 15, 183-202.
- Galán Muñoz, A. (2015): “¿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”. En González Cano, M^a I., (directora) *Cooperación judicial penal en la Unión Europea Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 94-143.
- García Albero, R. (2016) “Artículo 578”. En Quintero Olivares, G. (director), Morales Prats, F. (coordinador), *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II (artículos 234 a DF.7^a)*, 7^a ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, pp. 1932-1939.
- González Guitián, L. (1979-1980): “Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en el Proyecto de 1980”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 4, 283-309.
- Jacobs G., Cancio Meliá M. (2006) *Las obras fundamentales de Derecho penal del enemigo*, 2^a ed., Thomson-Civitas, Navarra, pp. 152.
- 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, A., Cuerda Arnau, M.L. y Fernández Hernández, A. (directores), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 299-330.
- Núñez Castaño, E. (2018): “Algunas consideraciones sobre la trasposición al Derecho penal español de la Directiva 2017/541/UE del Parlamento europeo y del Consejo, en materia de terrorismo:

Patricia Tapia Ballesteros: “Transposición de la Directiva 2017/541, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, al ordenamiento español: el delito de enaltecimiento del terrorismo

- ¿una tarea necesaria?”. En González Cano, M^a I. (directora), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 229-277.
- Núñez Fernández, J. (2017): *Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena*, Aranzadi, Navarra, pp. 173.
- Pastrana Sánchez, A. (2017): “Interpretación judicial del derecho y terrorismo: especial referencia al delito de enaltecimiento”. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 17, 371-396.
- Piernas López, J.J. (2018): *Respuestas normativas de la Unión Europea a la amenaza del Estado Islámico (DAESH)*, Comares, Granada, pp. 261.
- Rollnert Liern, G. (2014): “Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática”. *Revista de Derecho Político*, 91, 231-262.
- Serrano-Piedecasas, J.R. y Demetrio Crespo, E. (directores) *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, pp. 435-455.
- Terradillos Basoco, J.M. (2016): “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”. *Revista Nuevo Foro Penal*, 12, (87, julio-diciembre), 18-59.
- Teruel Lozano, G.M. (2018): “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo”. *InDret*, 3, 34.
- Vervaele, J., (2018) “¿La asociación organizada terrorista y sus actos anticipativos: un derecho penal y política criminal sin límites?”. En González Cano, M^a I. (directora), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 207-228.
- Vives Antón, T. (2015): “Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio”. En Revenga Sánchez, M. (director) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, pp. 33-49.
- Zafra Espinosa de los Monteros, R., (2018): “La bunkerización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. En González Cano, M^a I. (directora) *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 165-206.
- Zaragoza Aguado, J. (2015): “Artículo 573”. En Gómez Tomillo, M. y Javato Martín, A.M^a, (directores) *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo VI*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, pp. 611-921.
- Zaragoza Aguado, J. (2015): “Artículo 578”. En Gómez Tomillo, M. y Javato Martín, A.M^a, (directores) *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo VI*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, pp. 663-670.