

TRABAJO DE FIN DE GRADO EN DERECHO

La delimitación del bien jurídico protegido en el delito de apología del terrorismo

Autor: David Herrera García.

Facultad de Derecho - Universidad de La Laguna.

Convocatoria de Julio.

2017-2018

ÍNDICE

Resumen	3
1. Introducción	4
2. Evolución histórica del delito de apología del terrorismo	6
2.1 Código Penal de 1973	6
2.1.1 Reforma: La Ley Orgánica 2/1981	7
2.1.2 Reforma: La Ley Orgánica 4/1995	7
2.2 Código Penal de 1995	8
2.2.1 Reforma: La Ley Orgánica 7/2000	9
2.2.2 Reforma: La Ley Orgánica 2/2015	9
3. Acercamiento conceptual actual del delito de apología al terrorismo	11
4. Estudio del bien jurídico protegido del delito de apología del terrorismo del artículo 578 del Código Penal	12
4.1 El honor de las víctimas del terrorismo o de sus familiares. Límite con el Derecho Fundamental a la libertad de expresión	15
4.2 La defensa de la libertad o seguridad general de las personas. Los delitos de clima.....	19
4.3 El impedimento de acciones que puedan favorecer la comisión de futuras infracciones	23
4.4 El respaldo psíquico que pueda proporcionarse hacia actividades de una banda armada terrorista	24
5. Toma de postura	25
6. Conclusión final	29
Bibliografía	31

Resumen

El delito de apología del terrorismo, el cual se halla regulado en el artículo 578 del Código Penal, ha sufrido constantes modificaciones que, si bien han conllevado a una transformación del delito a lo largo de su desarrollo legislativo, no ha solucionado problemas básicos como una delimitación básica del bien jurídico protegido o los posibles obstáculos que pudieran surgir en cuanto a su constitucionalidad. El objeto de este trabajo consistirá en delimitar de la manera más correcta posible el bien jurídico que pretende proteger dicho delito, así como analizar los posibles problemas que pueda tener este delito con su posible inconstitucionalidad, y más en concreto, con una posible vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Palabras clave: Apología, terrorismo, libertad de expresión, delitos de clima, víctimas, honor, política-criminal.

Abstract

The apology's crime for terrorism, which is regulated in Article 578 of the Spanish Penal Code, has suffer constant changes that, although they have led to a transformation of the crime throughout its legislative development, has not solved basic problems such as basic delimitation of the protected legal right or the possible obstacles that may arise with regard to its constitutionality. The object of this work will be to delimit, in the most correct way possible, the legal right that seeks to protect said crime, as well as to analyze the possible problems that this crime may have with its possible unconstitutionality, and more specifically, with a possible violation of the right fundamental to expression's freedom.

Keywords: Apology, terrorism, expression's freedom, climate crimes, victims, honor, political-criminal.

1. Introducción

El Código Penal de 1995 determina, en su artículo 18.1.II lo que hoy en día se puede considerar como apología, estableciéndose como: “*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.*” Además, el legislador ha querido configurar dicha figura como una modalidad de provocación (“*La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.*”) Por lo que nos otorga unos límites determinantes a la hora de desarrollar la figura del delito de apología al terrorismo.

El delito de apología al terrorismo se encuentra regulado en el artículo 578 del Código Penal, el cual ha sido reformado recientemente por la Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo: “*El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 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 tres años y multa de doce a dieciocho meses.*” Si bien, la instauración de dicho delito como tipo independiente se realizó de forma necesaria con la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre y como bien explica el legislador en el apartado tercero de dicha Ley, no se trataba de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, ni de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad, sino que se trataba de perseguir la exaltación de los métodos terroristas o de los autores de estos delitos, así como “*las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares*” Dichas actuaciones causaron y causan a día de hoy una gran perplejidad e indignación en la sociedad y son merecedoras, para el legislador, de reproche penal.

Como podemos observar en el artículo 578 del Código Penal, lo que el legislador ha querido castigar es la expresión de ideas que conlleven apoyo tanto a los delitos de terrorismo, como a las personas que lo hayan ejecutado, lo cual se asemejaba con el “*enaltecimiento*”. Pero también castiga la “*justificación*”, la cual es entendida como establecer “*conformidad con lo justo*”¹. Esta relación que se realiza con la

¹ Cfr. Tercera acepción de la palabra justificación según el diccionario de la Real Academia Española.

justificación no puede ser entendida como un mero elogio hacia lo injusto, por lo que, tanto el elogio como la justificación no son conceptos equivalentes según Ruiz Landáburu al designar que: *“justificar es un concepto mucho más amplio que elogiar, pues aunque toda alabanza implica una justificación, no toda justificación conlleva una alabanza”*².

Podemos encontrar que dicho delito se manifiesta de forma conjunta con los límites de la libertad de expresión³, los cuales limitan otros derechos individuales tales como el derecho al honor o la seguridad de las personas. Lo que se trata de analizar es, si con la justificación de alguna actividad terrorista se *“lesione alguno de estos derechos de un modo tan intenso que legitime la limitación de la libertad de expresión, a través del Derecho Penal de un Estado Democrático”*⁴. Por lo tanto, habrá que determinarse cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos que procura tutelar el artículo 578 del Código Penal, para poder observar desde un punto de vista político-criminal si dicha tutela cumple con los requisitos necesarios para poder constituirse como un ilícito penal necesario en un Estado Democrático.

² Vid. RUIZ LANDÁBURU, M^a José. Provocación y apología: delitos de terrorismo, Ed. Colex S.A. Editorial Constitución y Leyes, 1^a edición, pág. 71, Madrid, 2002.

³ Reconocida constitucionalmente en el artículo 20 de la Constitución Española como un derecho fundamental.

⁴ Vid. LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derecho Penal del terrorismo: Límites de su punición en un Estado democrático. Ed. La Ley, grupo Wolters Kluwer. 1^a edición, pág. 445, abril de 2010.

2. Evolución histórica del delito de apología del terrorismo

Siguiendo a Rebollo Vargas⁵, el cual establece que la apología como tal, se configura en un primer momento con la llamada “*primera ley antiterrorista española*”, la Ley de 10 de julio de 1894 sobre atentados contra las personas o daño en las cosas cometido por medio de aparatos o sustancias explosivas. Esta ley empezó regulando los primeros delitos de terrorismo de la historia legislativa española y fue evolucionando hasta que el delito de apología del terrorismo fue incorporado en el Código Penal de 1928, pero no será hasta 1973, cuando tendrá las modificaciones más sustanciales. Nos centraremos en las modificaciones acaecidas desde 1973 hasta la actualidad.

2.1 Código Penal de 1973

El delito de apología del terrorismo lo encontramos enmarcado en el artículo 268, dentro del Título II referente a los “*delitos contra la seguridad interior del Estado*”. El legislador quiso regular dicho artículo de la siguiente manera: “*La apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de los delitos comprendidos en este título, y la de sus culpables, será castigada con la pena de prisión menor.*” Se puede observar una doble regulación, debido a que se vuelve a nombrar dicho delito en el artículo 566.4: “*Los que de igual forma provocaren a la desobediencia de las Leyes y de las autoridades constituidas o hicieren la apología de acciones calificadas por la Ley de delito.*” Esta segunda mención hace referencia a las “*faltas de imprenta y contra el orden público*” y tiene una menor punibilidad debido al contexto histórico en el que se encontraba el Estado español en estos momentos, en pleno régimen franquista, se protegía más la figura de la seguridad interior del Estado que la propia libertad o derechos de los ciudadanos.

⁵ Vid. REBOLLO VARGAS, Rafael. La provocación y la apología en el nuevo Código Penal: La exteriorización de la voluntad delictiva. Universidad Autónoma de Barcelona, Tirant Monografías, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, pág. 108 1997.

2.1.1 Reforma: La Ley Orgánica 2/1981

La Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del Código Penal y del de Justicia Militar incluyó en el Código Penal vigente de la época, el artículo 216 bis a): *”La conspiración, proposición y provocación a los delitos comprendidos en los artículos 174 bis b), 214 y 217, hechas públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicidad serán castigadas con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos. La misma pena se impondrá al reo de apología de los delitos a que se refiere el párrafo anterior y al de apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse, así como al de la del terrorismo realizado por medio de bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre.”* El propio artículo introducido mencionaba la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55. 2, de la Constitución y consideraba como actos de terrorismo: Delitos contra la vida y la integridad física, detenciones ilegales bajo rescate o bajo cualquier condición, tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, transporte o suministro, coacciones, amenazas, incendios, delitos contra la seguridad exterior del Estado... etc, y ya empezaba a delimitar la figura del sujeto activo de los delitos de terrorismo, así como los delitos de apología del terrorismo: *“(...) aquellas que, presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo, a la realización de las acciones que se especifican en el siguiente apartado, así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas, hicieren su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas.”*

2.1.2 Reforma: La Ley Orgánica 4/1995

Catorce años después, acontecería una segunda reforma del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio, a través de la cual se integraría el artículo 165 ter: *“Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su*

origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.” Este artículo incluía la novedad de conceptualizar la apología en su segundo apartado: *“La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito.”* En dicha definición podemos observar elementos claves que nos ayudarán a determinar, posteriormente, el bien jurídico aplicable del delito de apología del terrorismo como el ensalzamiento de la violencia, el enaltecimiento del autor de un delito o la incitación indirecta a cometer un delito.

2.1 Código Penal de 1995

Tras la reforma del 11 de mayo de 1995 se presentó otra Ley Orgánica: La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la cual reformó completamente el Código Penal de 1973 incorporando el delito de apología del terrorismo en una nueva posición dentro del capítulo de los delitos y faltas, de tal manera que la apología del terrorismo quedaba tipificada por primera vez, en el artículo 18 quedando determinado tal que así: *“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.”* También se incluyó en el artículo 18.1 la conceptualización de la apología recogida anteriormente en la Ley Orgánica 4/1995: *“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.”* El legislador decidió tipificar la apología al terrorismo como una *“forma de provocación e incitación directa a delinquir”*⁶ o sea, como un acto preparatorio, más concretamente, una provocación que necesitaba de una incitación directa para delinquir y no como un delito autónomo.

⁶ Vid. CAPITA REMEZAL, Mario. Análisis de la legislación penal antiterrorista, Ed. Colex S.A. 1ª Edición, pág. 161, Madrid, 2008.

2.2.1 Reforma: La Ley Orgánica 7/2000

La Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo incluye una de las modificaciones más importantes que ha sufrido el delito de apología del terrorismo al introducir el mencionado delito como delito autónomo en el Código Penal, manteniendo su forma de provocación e incitación directa de delinquir. De esta manera, el delito se coloca por primera vez en la sección de los delitos de terrorismo y queda redactada 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.”*

La introducción del delito de apología del terrorismo como delito autónomo tiene una especial importancia en este artículo debido a que a lo introduce como un delito pluriofensivo, es decir, que dicho delito ataca a varios bienes jurídicos, en este caso el enaltecimiento de determinados delitos, así como *“la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”*. Hay que mencionar también que, supone una anticipación de las barreras de protección penal castigando actos que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo, por lo cual no está exento de polémica, ya que lo que se castiga en el nuevo artículo 578 del Código Penal no son conductas de provocación al delito, sino otro tipo de actuaciones cuyo alcance han producido discrepancias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y por ello es importante entrar en un análisis profundo.

2.2.2 Reforma: La Ley Orgánica 2/2015

La última modificación notable que ha sufrido el delito de apología del terrorismo vino dado por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia

de delitos de terrorismo. Esta reforma mantuvo la misma redacción en la tipología del delito en el artículo 18.1, modificándose determinados aspectos esenciales del artículo 578 del Código Penal. En primer lugar, el límite superior de la pena de prisión se transformaría de dos a tres años, teniendo una gran repercusión en instituciones de Derecho Procesal Penal como la conformidad. En segundo lugar, la creación de dos subtipos agravados:

- El primero, redactado en el segundo apartado: *“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.”* El cual adapta el delito de apología del terrorismo a las nuevas plataformas tecnológicas del siglo XXI y sobre todo por el apogeo de este tipo de este delito en las redes sociales y demás espacios de Internet.
- El segundo, redactado en el tercer apartado: *“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.”* Centrando la protección del tipo agravado en la paz pública y el orden social. Se establecen así, los llamados *“delitos de clima”*, una figura que se tratará posteriormente en este trabajo.

En tercer lugar, el legislador ha querido dotar a los juzgados y tribunales de ciertas medidas judiciales que puedan facilitar el acuerdo, como medidas cautelares, de la retirada de este tipo de contenidos, además de su destrucción, borrado o inutilización: *“El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.”*

Una vez se observa la evolución histórica constante por la que ha pasado el tipo delictivo y encuadrado en el ámbito legislativo, podemos centrarnos en el análisis del bien jurídico protegido.

3. Acercamiento conceptual actual del delito de apología al terrorismo

En el artículo 578 del Código Penal nos encontramos con que es delito como apología el “*enaltecimiento o justificación*” de delitos de terrorismo o de sus autores, por lo tanto, este no es un delito de terrorismo en primer lugar, sino un delito de opinión que se relaciona con el terrorismo. En principio, no debemos confundir la apología del artículo 578, con la apología del artículo 18.1, ya que la segunda apología exige un carácter incitador para expresamente poner en peligro el bien jurídico y la primera apología presenta complicaciones debido al conflicto directo que presenta este delito contra el derecho a la libertad de expresión. En cuanto al concepto de “*enaltecimiento o justificación*”, el Tribunal Supremo se ha pronunciado de manera activa: “1º.- *La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.*

2º.-*El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser (...): a) cualquier de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577. b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos*”⁷ Los verbos típicos serán, por lo tanto: Enaltecer, entendido como alabar o engrandecer los delitos terrorismo o de sus autores y justificar, en el sentido de hacer justa la bondad de los delitos y de sus partícipes. Al ser unos verbos típicos tan poco específicos, se hace necesaria la intervención de los tribunales para delimitar el alcance del tipo, ya que la inexactitud de la tipificación de las conductas concretas puede crear inseguridad jurídica. De esta manera, podemos encontrar sentencias como la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2001 delimitadoras del ámbito de aplicación de delitos de esta naturaleza: “*la norma que prohíbe la apología del delito, no impone la obligación de censurar delitos cometidos por personas con las que se pueden compartir los objetivos finales de naturaleza*

⁷ Vid. STS 149/2007, de 26 de febrero, FJ 5º; STS 539/2008, de 23 de septiembre, FJ 3º

ideológica”. Además, hay que tener en cuenta el contexto en el que se vertieron las declaraciones de apología, ya que el derecho a la libertad de expresión otorga una mayor amplitud de posibilidades según que casos (Como ocurre, por ejemplo, cuando se realiza la crítica política). Por lo que se castiga la legitimación que se realiza a un determinado delito o a sus autores y no el mero apoyo a los fines o a la ideología, aunque, como veremos más adelante, esta conclusión es difusa.

Tenemos que indicar que la apología del delito debe realizarse siempre de forma pública, de tal manera que su difusión llegue a un número significativo de receptores. Este carácter de publicidad lo podemos encontrar en jurisprudencia del TS: “(...) y de ahí la exigencia de que se haya utilizado medios de expresión pública o difusión, necesarios para alcanzar una difusión notoria y una publicidad de cierta calidad y capacidad de incidencia.”⁸

Por último, el Tribunal Constitucional no ha delimitado el bien jurídico de apología del delito (Ya que, como mencionamos antes, es una tarea de los tribunales delimitar el alcance del tipo), pero podemos mencionar que se ha pronunciado sobre el fundamento del castigo: “(...) *El fundamento de cualquier punición es la capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan la protección del ordenamiento penal*”⁹ Por lo que, se hace necesario un estudio más específico sobre el bien jurídico protegido del delito de apología del terrorismo.

4. Estudio del bien jurídico protegido del delito de apología del terrorismo del artículo 578 del Código Penal

Mediante la LO 7/2000, la cual introduce el artículo 578 por el que se castiga la apología del terrorismo, se puede observar una evidente tendencia hacia una política criminal que responda al fundamento de “*tolerancia cero*”¹⁰; tendencia motivada por el objetivo de dar una respuesta frente al crimen terrorista conectado con la imperante realidad social, estableciendo la Exposición de Motivos de la citada ley que “*las*

⁸ Vid. ATS de 23 de septiembre de 2003

⁹ Vid. STC 199/1987

¹⁰ La cual, JAKOBS, G, denomina como “*Derecho penal del enemigo*”, ya que dicho artículo presenta la posibilidad de castigar una actividad muy alejada de la lesión del bien jurídico. Vid. JAKOBS, G. La ciencia penal ante los retos del futuro, traducido por Teresa Manso, en la Ciencia del Derecho Penal ante el cambio del milenio, ESSER/HASSEMER/BURKHARDT coordinado por Francisco Muñoz Conde, Valencia 2004, p 53 y ss.

acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen 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”. Por otra parte, parte de la doctrina¹¹, destaca el posible alejamiento del principio de lesividad que implica esta dirección en la política criminal en base al *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*; principio que conlleva una despenalización de las conductas que no impliquen una agresión nociva grave para el orden social.¹²

Actualmente la apología que se describe en el artículo 18.1.II del Código Penal la designa como una especie de provocación directa a delinquir, por lo que, y en sintonía con lo expuesto, la figura que regula el artículo 578 del Código Penal sólo tendría 2 posibles soluciones en cuanto a la delimitación del bien jurídico: Si la opinión afirmativa y válida de unos actos que son considerados como terrorismo o la exaltación de los propios autores y partícipes del hecho menoscaba un bien jurídico que tiene un injusto propio, o la de entender que la propia aprobación ideológica esconde una intención de comisión de futuros delitos relacionados con lo que se pretende realizar en la apología. Por lo tanto, y según la doctrina establecida por la doctora Llobet Angl, podemos y debemos establecer cuatro posibilidades respecto al bien jurídico que el artículo 578 del Código Penal hace referencia:

→ La protección independiente del honor de las víctimas de terrorismo y sus familiares. Esta posibilidad se encuentra determinada en el propio artículo de manera expresa: *“Realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”*.

→ La defensa de la libertad o la seguridad general de las personas, o sea, la paz pública. Al igual que con la protección del honor de las víctimas y sus familiares, también se encuentra regulado de manera expresa en el apartado 3 del artículo 578: *“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”*

¹¹ Vid. QUINTERO OLIVARES. G, Parte general del Derecho Penal, Pamplona 2005, 319

¹² ídem

→ El impedimento de acciones que puedan favorecer la comisión de futuras infracciones, por lo que “*en este supuesto, el art 578 CP se configura como una provocación indirecta a la comisión de delitos y el bien jurídico protegido es el mismo que el tutelado por los tipos cuya ejecución se intenta impedir*”¹³, cumpliendo así con el propósito, anteriormente mencionado, que se le daba a la delimitación del artículo 578, en referencia a que la propia aprobación ideológica esconde una intención de comisión de futuros delitos relacionados con lo que se pretende realizar en la apología.

→ La prohibición del respaldo psicológico que algunas conductas pueden proporcionar, tendentes a mantener cierto apoyo hacia organizaciones terroristas.

Junto a estas cuatro posibilidades que, desarrollaremos con posterioridad, también debemos resaltar la base del castigo de dicha conducta, esto es, el rechazo que produce a la sociedad determinadas afirmaciones y exaltaciones, por lo que las personas que realizan este tipo de declaraciones se convierten automáticamente en “*enemigos morales*”¹⁴ de la sociedad. Al determinar que el rechazo que la sociedad tiene ante estas prácticas reprobables es la base del castigo de dicha conducta no nos estamos refiriendo al castigo de la disidencia política o la opinión crítica extralimitada. Hay que realizar una distinción que puede resultar difuminada con la aparición de las nuevas tecnologías que facilitan al ciudadano la expresión de su opinión.

Así por ejemplo, nos podemos encontrar casos en los que un usuario de la famosa red social “Twitter” vierte declaraciones y realiza ejercicios de difusión de acciones de personas condenadas por actos de terrorismo¹⁵. Lo cual es sustancialmente diferente a casos de apología al terrorismo más tradicionales como el hecho de tomar la decisión de mantener el nombre un miembro de una banda armada terrorista en una plaza o el hecho de que un ayuntamiento preste un minuto de silencio por la muerte de miembros de una organización terrorista “*caídos en combate*”. De esta distinción en la comisión del delito podemos sacar un denominador común, y es que en ningún caso puede sustanciarse como bien jurídico de un injusto el hecho de que cause rechazo en la sociedad. Por muy reprochable que sea la conducta, no pueden atenderse sólo a los sentimientos de repudio que pueda generar dicha conducta, porque iría en contra de lo que se supone que debería ser un Estado democrático.

¹³ Op. cit. LLOBET ANGLÍ, Mariona. p 393.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Al respecto, vid. SAN Nº 37/2016 de 16 de noviembre. ARP 2016/1440

Por lo tanto, se hace necesario que “*el objeto de tutela del artículo 578 del Código Penal sea algo más que la moral predominante en una sociedad, por mucho que determinadas opciones ideológicas y políticas indignen, produzcan perplejidad o alteren nuestra sensibilidad*”¹⁶

El artículo 578 va más allá de la moral que impera en la sociedad, por lo que entra en las esfera de las posibilidades respecto al bien jurídico del delito anteriormente mencionadas, esto es: El honor de las víctimas del terrorismo o de sus familiares, el delito de clima como injusto autónomo contra la seguridad colectiva o la paz pública o como injusto preparatorio para la incitación indirecta a la comisión de delitos, la inocuización de sujetos peligrosos y la cooperación psíquica con las actividades de una banda armada terrorista.

4.1 El honor de las víctimas del terrorismo o de sus familiares. Límite con el Derecho Fundamental a la libertad de expresión

Para empezar nos encontramos con que el artículo 578 del Código Penal se puede configurar de manera autónoma al determinar su protección en base al honor de las personas que más sufren las consecuencias de los delitos de terrorismo tipificados entre los artículos 572 y 577: “...*realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares*”. Por lo tanto, son las víctimas de delitos de terrorismo y sus familiares quienes pueden ver menoscabada su dignidad a través de determinados comentarios que justifiquen o enaltezcan la comisión de los hechos que produjeron su dolor.

Tendremos que realizar una ponderación en cuanto al derecho al honor de este colectivo y la posible expresión por parte del presunto autor del delito tipificado en el artículo 578 de una ideología política. ¿Se puede considerar a las víctimas o a los familiares de las víctimas como un colectivo? ¿Es la mera expresión de una ideología política motivo suficiente para poder establecer la comisión de un delito tipificado en el artículo 578? Teniendo en cuenta que los actos de “*descrédito, menosprecio o humillación*” pueden afectar, tanto a una persona concreta (Por ejemplo, si alguien decidiera proferir injurias y justificar la muerte de Miguel Ángel Blanco), como a un

¹⁶ Ibid.

grupo de sujetos pasivos (Por ejemplo, haciendo pintadas ofensivas en el monumento homenaje a las víctimas del 11-M) El Tribunal Constitucional, ha establecido en numerosas sentencias¹⁷ que *“es posible apreciar lesión del derecho al honor cuando aún tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas, más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes, siempre que estos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad.”* Por lo que el artículo 578 no solo se limita a proteger el honor de las personas individualmente consideradas, sino que también puede encargarse de proteger los comportamientos típicos que se produzcan a un colectivo. El honor como bien jurídico protegido hay que entenderlo en un sentido objetivo (Notoriedad social, imagen pública, fama... etc) y en un sentido subjetivo (Conciencia y sentimiento de la persona hacia su valía o prestigio). En este último sentido, hay que tener en cuenta que la persona individualmente considerada posee una serie de expectativas personales que están condicionadas por las cualidades que le asigna la propia sociedad y que dichas expectativas tienen una relación profunda con el concepto del honor.¹⁸

Asimismo, pese al innegable papel fundamental e imprescindible que desempeña el derecho a la libertad de expresión e información en un sistema constitucional y democrático de Derecho, estos no están exentos de límites, siendo susceptibles de ser limitados con el objeto de preservar otros derechos fundamentales. Ya el Tribunal Constitucional en la STC 2/1982, de 29 de enero, en su fundamento jurídico quinto reconoció que *“todo derecho tiene sus límites, que, (...) con relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”*. Pese a ello, la extensión y límites de los citados derechos continúan siendo objeto de constante discusión por la doctrina debido a la imposibilidad de otorgar una solución definitiva y satisfactoria para cualquier supuesto¹⁹. Así pues, los tribunales, tanto a nivel nacional como supranacional, acuden a una ponderación casuística para la resolución de conflictos que surjan entre entre los derechos de libertad de expresión e información y el

¹⁷ Vid. STC 214/1991, de 11 de noviembre y STC 176/1995, de 11 de diciembre

¹⁸ Vid. AAN 9 de Julio de 2008, razonamientos jurídicos 3 y 3.2 parte final.

¹⁹ Así pues, la admisibilidad constitucional de limitar los discursos políticos justificando, una supuesta naturaleza terrorista, constituye una de las cuestiones que ha generado mayor polémica doctrinal.

precepto legal objeto de este trabajo, ya que, han sido múltiples las dudas doctrinales su compatibilidad ²⁰.

Así pues, y de forma más específica, podemos esclarecer que la figura mencionada del artículo 578 del Código Penal no surge de la mera discrepancia política, ya que no se puede entender como en un Estado democrático de Derecho se proteja el honor de una persona o un colectivo limitando a su vez posicionamientos políticos o ideológicos. Esto iría manifiestamente en contra del artículo 20.1 de la Constitución Española (“*Se reconocen y protegen los derechos: A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*”) y por lo tanto, contra la libertad de expresión, así lo designó el Tribunal Constitucional²¹: “*El art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas*”. Así que, como consecuencia directa del amplio contenido establecido tanto en jurisprudencia como en doctrina, la libertad de expresión no solo contiene la libre difusión de ideas, sino también la libertad de crítica “*aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe 'sociedad democrática'*”²² Por lo tanto, y teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre de 2007²³, se puede afirmar de forma rotunda y esclarecedora que “*es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan*” Por lo tanto, que la libertad de expresión es válida tanto

²⁰ Vid. Revista de Derecho Político, núm. 69, 2007, págs. 181-218 Libertad de expresión, terrorismo y límites de los Derechos Fundamentales por ANTONIO MAGDALENO ALEGRÍA, Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Cantabria

²¹ Vid. STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6

²² Vid. STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4

²³ Vid. En relación con la STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2

para las opiniones vertidas consideradas favorables o inofensivas, como para aquellas que pudieran contrariar o inquietar al propio Estado o a una parte de la población. En virtud de lo expuesto, queda en manos del ofendido la carga de soportar los agravios que pueda sentir a raíz de algunas opiniones que puedan ultrajar o mancillar su honor y no, en manos de la persona o personas que vierten dichas opiniones. Por lo tanto, justificar la violencia como medio para alcanzar determinadas metas políticas o enaltecer a los sujetos que cometieron dichos actos terroristas por considerarlos una especie de combatientes o guerrilleros en pos de una supuesta libertad, son conductas totalmente legítimas a pesar de que puedan resultar ser ofensivas²⁴.

Asimismo, establece el autor VIVES ANTÓN²⁵ que existen ciertos daños, que aunque se desprenden de determinados actos de expresión, no pueden utilizarse como justificación a una limitación legal de los mencionados actos, como son los daños a ciertos individuos, que adquieren falsas creencias a consecuencia de los actos de expresión, o consecuencias nocivas que se desprenden del acto de expresión que indujo a los agentes a creer que esos actos deben realizarse. Así pues, sosteniendo el autor que la libertad de expresión no puede quedar reducida a expresiones verdaderas, fundamentado esto último en un orden político racional, constituyendo una libertad básica el expresarte, tachando de incongruente dejar en manos del Estado la capacidad de decisión sobre el conocimiento de determinadas creencias e ideas. Por lo que, en definitiva, acaba concluyendo el mencionado autor, que pese a no constituir una conclusión un juicio de constitucionalidad relativo al delito de apología al terrorismo, el penar la simple expresión de ideas, creencias y opiniones refleja una falta de confianza en la capacidad, de naturaleza indudablemente democrática, para la formación de opiniones y convicciones propias, constituyéndose dicha reflexión como base ineludible de la libertad de expresión e información²⁶. En la misma línea se pronuncia el autor BERNAL DEL CASTILLO²⁷, el cual considera que, si bien el delito de apología del terrorismo se podría justificar con cierta cautela, en el caso de que dicha actuación delictiva se reproduzca sobre víctimas del terrorismo no se puede decir lo mismo, ya

²⁴ Conviene recordar la cita anteriormente mencionada, al respecto de que la libertad de expresión no solo contiene la libre difusión de ideas, sino también la libertad de crítica *“aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe 'sociedad democrática'”* establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007.

²⁵ Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J. Provocación y apología: delitos de terrorismo, Madrid 2002, 78 y ss.

²⁶ ídem

²⁷ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J. Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo. La Ley 2001, págs 1628 y 1630.

que “*se trata de conductas que se multiplican y que, por dirigirse contra personas que han sido, en ellas mismas o sus familiares, víctimas de una acción terrorista, merecen un reproche absoluto, pero de ahí a castigarlas penalmente va a un abismo.*”²⁸ Incluso, se llega a preguntar cuán necesaria es la tipificación de la conducta recogida en el artículo 578 del Código Penal, puesto que dicha conducta podía encajar perfectamente, según su naturaleza, en un delito de injurias o delitos contra la integridad moral recogidos en el artículo 173 y siguientes del Código Penal²⁹ En la misma línea de opinión, CAPITA REMEZAL coincide en el reproche de dichas conductas desde un punto de vista moral y ético pero “*esto no justifica que una conducta reprobable en el ámbito moral, se eleve a categoría de ilícito penal*”³⁰

4.2 La defensa de la libertad o seguridad general de las personas. Los delitos de clima.

El bien jurídico del artículo 578 también se puede observar desde el punto de vista de los “*delitos de clima*”, concepto establecido por Feijoo Sánchez, el cual establecía que los artículos 510, 578 y 607.2 del Código Penal constituían delitos de clima que debían ser tratados como delitos contra el “*orden público*”³¹ . Los delitos de clima son aquellos que, en palabras de Llobet Anglí “*protegen la paz pública, tanto desde su dimensión subjetiva, esto es, el sentimiento colectivo de seguridad, como desde su dimensión objetiva, es decir, aquella situación de estabilidad social: Un clima que no incite al delito o a la violencia*”³². El apartado 3 del artículo 578: “*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*” es un ejemplo literal de la exactitud de la definición de delitos de clima, por la cual, a través de dicha perspectiva de alteración del orden público, tanto desde una dimensión subjetiva, como de una dimensión objetiva, es posible observar como aquellas conductas que realizan un enaltecimiento o justificación de determinadas acciones de índole terrorista pueden

²⁸ Ídem pág 1630.

²⁹ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J. Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000..., cit 1630.

³⁰ Vid. CAPITA REMEZAL, Mario. Análisis de la legislación penal antiterrorista, Ed. Colex S.A. 1ª Edición, Madrid, 2008. cit, 171.

³¹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. Reseña del libro Der Zweistufige Deliktsaufbau, de Klaus Rinck (La estructuración del delito en dos niveles), Berlín 2000, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo LIII 2000, p 1211.

³² Op. cit. LLOBET ANGLÍ, Mariona. p 400.

llegar a colaborar con la creación o mantenimiento de un “*clima*” de alarma y miedo. Lo cual, está íntimamente ligado con la finalidad intimidatoria del propio terrorismo, o sea, establecer un “*efecto amenaza*”³³ dentro de la sociedad que desestabilizaría el sentimiento de seguridad preponderante en la propia sociedad. Se presupone que este efecto estaría generado por los mensajes de solidaridad y justificación de actuaciones terroristas tendentes a originar un segundo “*efecto multiplicador*”³⁴ de los delitos de terrorismo. Esto se explicaría con la posibilidad de que dichos mensajes de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo podría conllevar la emersión de simpatizantes que pudieran perpetrar estos mismos delitos, ya sea como miembros de una banda terrorista o como colaboradores de dicha banda.³⁵ Al respecto, Maqueda Abreu determinó que lo que puede imputarse a la apología al terrorismo es su capacidad objetiva de derivar en adhesiones a la actuación terrorista, pero en su opinión “*castigar en razón a ello, supone un avance peligroso del control jurídico penal en detrimento del ejercicio de libertades fundamentales, como la de expresión, y la quiebra, por tanto, de las reglas de juego propias de un Estado de Derecho*”³⁶ Además, la sanción de este tipo de acciones puede derivar en la multiplicación de conductas terrorista por parte de los sujetos que ya han sido “*convertidos*” en adeptos.

Por lo tanto, existe la posibilidad de que el mero elogio o adulación del terrorismo pueda crear determinadas situaciones idóneas para que las acciones terroristas que resulten dañinas para la población se multipliquen, haciendo que el nerviosismo y la inquietud de los habitantes aumente. En conclusión, la paz pública podría verse menoscabada por la creación de un “*clima*” en el que podrían favorecerse los delitos de la misma naturaleza que aquellos que han sido objeto de aceptación o justificación.

Se establecería de esta manera al delito de clima como un “*injusto autónomo contra la seguridad colectiva o la paz pública*”³⁷ pero, a pesar de que la doctrina en su

³³ Vid. LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. La intervención penal frente a la xenofobia, Ed. Universidad del País Vasco, 1ª edición, p.323. 2000.

³⁴ Ibid. p. 296.

³⁵ Lo cual tiene un ejemplo práctico en la actualidad con la captación de jóvenes adeptos a la causa yihadista a través del enaltecimiento o la justificación de delitos terroristas a través de las redes sociales.

³⁶ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa. Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología, Poder Judicial, pág. 27. 1987.

mayoría, configura los delitos de clima como injustos autónomos que atentan contra la paz pública, hay que señalar que también se puede explicar los delitos de climas como un “*injusto preparatorio*”³⁸ En este caso, la punición de este tipo de delitos tendría un motivo diferente, ya que en este caso la acción delictiva se antepone al menoscabo del bien jurídico, mientras que en el caso del delito de clima como un injusto autónomo contra la paz pública, la acción delictiva está propiciando de por sí, la propia lesión de un bien jurídico. De esta manera, y continuando con lo establecido para con los delitos de clima como injusto preparatorio, se podría establecer esta la apología a los delitos de terrorismo como una incitación indirecta para cometerlo. Hay doctrina al respecto que defiende la tesis de la apología al terrorismo como una incitación indirecta, como por ejemplo, Bernal del Castillo, el cual considera el propio artículo 578 del Código Penal como un acto de incitación indirecta que solo podría ser punible “*si esa conducta genera una situación potencialmente peligrosa, la cual debe deducirse del contenido de los mensajes, de las circunstancias de las manifestaciones, de los medios de difusión, etc.*”³⁹ o Campo Moreno, que defiende dicha postura considerando que el legislador ha configurado el artículo 578 del Código Penal como un “*delito de preparación*” del cual no se espera un menoscabo del bien jurídico normativizado, sino que se “*aventaja a un hecho que se da por seguro, adelantando drásticamente la barrera de protección*”⁴⁰. Esta forma de entender el artículo 578 del Código Penal vendría a proteger los bienes jurídicos individuales atacados por las acciones terrorista y no la paz pública como venía defendiéndose con los delitos de clima como injusto autónomo. Además tendrían un añadido extra en relación con, los posibles menoscabos que se produjeran en un futuro hacia intereses personales, ya que los delitos de clima entendidos como injusto preparatorio tienen la posibilidad de incitar a terceros a la comisión de delitos, por lo tanto tendría un componente preventivo que sirve para evitar la comisión de dichos posibles delitos.

Considerar la apología al terrorismo tipificada en el artículo 578 del Código Penal, tanto como un delito de clima tanto como injusto autónomo, como injusto

³⁷ Op. cit. LLOBET ANGLÍ, Mariona. p 400.

³⁸ Ibid. 401.

³⁹ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. aptdo II, 2001.

⁴⁰ Vid. CAMPO MORENO, Juan Carlos. Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: La L.O. 2/2015, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 26. Valencia, 2015.

preparatorio, trae consigo un problema primordial: La sustracción de de autonomía al individuo para transmitirla al Estado. Lo cual nos llevaría al absurdo de determinar que son los representantes de los ciudadanos quienes deciden qué ideas o creencias deberían conocer los propios ciudadanos ya que la propia sociedad es recelosa consigo misma para formar sus propios ideales o principios y de esta manera nos encontraríamos con que *“se trata a sus miembros como niños o seres inmaduros necesitados de una protección impropia de un sujeto adulto y responsable”*⁴¹

Ahora bien, tenemos que entender que en un estado democrático en el que rige el principio de soberanía popular se tiene que presuponer que la sociedad está conformada por sujetos que tienen la capacidad para decidir por sí mismos, o sea, sujetos que en base a un razonamiento lógico son capaces de llegar a una solución de forma correcta. Por lo que *“si una tercera persona decide delinquir voluntariamente con base en manifestaciones de otros que son producto de la libertad de expresión y del pluralismo político propios de un Estado democrático, se rompe el nexo de imputación entre la expresión y el daño”*⁴² Es normal pues, que los ciudadanos, en base a dicho razonamiento decidan no cometer delitos, ya que si alguien que haya recibido los mismos estímulos que el resto de ciudadanos decidiera cometer algún tipo de actividad delictiva, tendría que realizarlo bajo su propia responsabilidad. Por lo tanto, y siguiendo la opinión de Llobet Anglí: *“ya que la aprobación de delitos y la exaltación de sus autores sólo pueden tener consecuencias nocivas si alguien se deja impresionar por tales ideas, es este sujeto el único que tiene que ser responsable cuando reproduzca la conducta alabada o justificada”*⁴³ De esta manera, se entiende que la apología debe castigarse cuando se manifieste como forma de provocación directa a la comisión de los delitos anteriormente descritos, al igual que se entiende que lo que el artículo 578 del Código Penal castiga no es la mera exposición de ideologías o doctrinas que puedan llegar a ser consideradas peligrosas para la sociedad (Y que al fin y al cabo son manifestaciones de opiniones, fruto de la libertad de expresión o la mera discrepancia política), sino la resolución criminal a cometer delitos incorporados en el tipo de terrorismo, producto de esa expresión.

⁴¹ Op. cit. LLOBET ANGLÍ, Mariona. p 403. En remisión a LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. La intervención penal frente a la xenofobia, Ed. Universidad del País Vasco, 1ª edición, pág.328, 2000.

⁴² Ibid. p. 403, en remisión a VIVES ANTÓN, Tomás S. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico, Ed. Universidad de Valencia, pág. 288. 2004.

⁴³ Op. cit. LLOBET ANGLÍ, Mariona. p 404.

4.3 El impedimento de acciones que puedan favorecer la comisión de futuras infracciones

Muy ligado a lo expuesto anteriormente con los “*delitos de clima*”, también se puede entender el artículo 578 del Código Penal como una forma de prevención ante la ejecución de actos delictivos que pudieran ser realizadas por terceras personas. Por lo que se busca una preparación ante posibles sujetos peligrosos que, ante determinadas situaciones, deciden realizar una serie de acciones enaltecedoras o justificativas del terrorismo que conllevan un peligro cierto para la sociedad. Se busca evitar este tipo de acciones mediante una “*presunción de peligrosidad*”⁴⁴ que se realiza sobre el sujeto que vierte las declaraciones objeto de apología al terrorismo, ya que según las circunstancias, dichas declaraciones podrían pasar de la mera exposición a la realidad. El razonamiento que se sigue para poder evitar acciones que puedan favorecer la comisión de futuras infracciones se puede entender de la siguiente manera: Si una persona, a través de sus redes sociales decide realizar una serie de declaraciones de forma virulenta donde hace referencias constantes a la justificación de los actos terroristas llevados a cabo por personas “*yihadistas*” en distintos lugares de Europa, podemos entender que esa persona se está manifestando como un sujeto peligroso (A través de la anteriormente mencionada presunción de peligrosidad) a través de sus proclamaciones y por lo tanto, lo mejor para la sociedad sería rechazar este tipo de declaraciones de forma preventiva antes de que dicho “*sujeto peligroso*” pueda tener la oportunidad de ejecutar delitos que por el momento simplemente enaltece o justifica.

Sin embargo, castigar de forma preventiva este tipo de proclamaciones nos llevaría al error de situarnos en el límite del Derecho Penal de autor, “*ya que permite castigar a quienes profesan una ideología afín a opciones radicales y violentas para así no correr con el riesgo de su libertad*”⁴⁵. Esto equivaldría a una medida de seguridad preventiva del delito y no a la pena, establecida por el legislador, en el artículo 578 del Código Penal, por lo que este planteamiento preventivo no puede justificar la tipificación actual del mencionado artículo.

⁴⁴ Ibid. pág 406.

⁴⁵ Ibid.

4.4 El respaldo psíquico que pueda proporcionarse hacia actividades de una banda armada terrorista

En cuanto a la última posibilidad mencionada como delimitadora del bien jurídico del artículo 578 del Código Penal, podemos encontrar la vinculación de determinadas conductas de enaltecimiento o justificación con la continuación de las actividades peligrosas por parte de la propia banda armada terrorista, ya que las propias declaraciones justificativas podrían servir de apoyo moral para que la banda armada continúe desempeñando su actividad delictiva. Por lo tanto, puede entenderse que los actos de aquellos sujetos que apoyan ideológicamente a una banda armada terrorista, no solo pueden reforzar la determinación de que la conducta de la banda armada terrorista pueda verse justificada, sino que además puede alentar a continuar con dicha conducta ilícita. Por lo que estos sujetos se convierten en cómplices, pero no en cómplices materiales, sino en cómplices psíquicos de la actividad realizada por una banda terrorista, en este sentido se manifiesta el Auto del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 2002, el cual determina que en la apología se alaba *“una conducta ajena en la cual no se participa materialmente sino sólo de forma ideal de aprobación y solidaridad”*.

Teniendo en cuenta lo expuesto, hay que hacer una diferencia primordial: No es lo mismo realizar una declaración en defensa o alabando algún acto terrorista, que animar a seguir cometiendo esos mismos delitos. Manifestar una declaración como *“Adelante ETA”* tendrá la misma estructura que la persona que incita a su amigo, el cual está cometiendo un delito a que no se detenga, lo que significa que es constitutiva de complicidad psíquica en el propio delito. Pero a pesar de que pueda ser constitutiva de complicidad psíquica, esta modalidad delictiva poco tiene que ver con la apología, ya que la expresión *“Adelante ETA”* poco tiene que ver con el enaltecimiento o la justificación de los delitos de terrorismo. En definitiva, si la declaración alentadora y exultante del terrorismo que se manifiesta de forma amplia y abierta anima a los propios miembros de la banda armada terrorista a continuar con su actividad terrorista, serán estos quienes deban responder por la responsabilidad de los hechos que han sido ejecutados, y no aquellos que los respaldaron psicológicamente. Por lo que: *“no existe una relación de imputación entre las conductas apologetas y los posibles actos de*

*violencia que puedan repetirse en el futuro.*⁴⁶ Además, la tipificación legal de la apología actividad delictiva no ha conseguido “*modificar en lo más mínimo la evolución del fenómeno terrorista ni minar en un ápice el apoyo social al mismo*”⁴⁷ Así que el castigo de dicha modalidad por el razonamiento de evitar la futura comisión de actividades delictivas supone una limitación del derecho fundamental de libertad de expresión que contribuiría a la no consecución de ninguna efectividad práctica, ya que no previene la comisión de dichas actividades delictivas.

5. Toma de postura

Teniendo en cuenta lo establecido anteriormente, podemos concluir que ninguno de los bienes jurídicos mencionados (El honor de las víctimas de terrorismo o de sus familiares, la defensa de la libertad o seguridad general de las personas, el impedimento de acciones que puedan favorecer la comisión de futuras infracciones y el respaldo psíquico que pueda proporcionarse a una banda terrorista armada) conforman de manera legítima la tipificación del artículo 578 del Código Penal, ya que ninguno de dichos bienes jurídicos se encuentra en una posición de ser merecedor de tutela jurídico penal en perjuicio del derecho fundamental de la libertad de expresión. Así pues, a pesar de que la conducta tipificada en el artículo 578 del Código Penal pueda causar daños a la sociedad, está amparada por el derecho fundamental de la libertad de expresión, el cual, dentro de su contenido, posibilita la manifestación de opiniones y disidencia política. Por lo tanto, debe considerarse el artículo mencionado como inconstitucional, en virtud del artículo 20 de la Constitución Española. Al respecto han habido varias manifestaciones doctrinales entre las que destacan Campo Moreno, el cual se pregunta si: “*Puede estimarse razonablemente justificado en una sociedad democrática que una libertad tan fundamental como la de información (y de igual modo, la de expresión) pueda quedar tan gravemente cercenada (...) en base a intereses jurídicos tan difusos como los que se adivinan (se esconden) bajo el tipo delictivo de la apología?*”⁴⁸ o . Vives Antón, el cual indica que “*no se trata de que la apología sea inocua; sino, quizás,*

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Vid. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995, Ed. Civitas, pág.965. 2005.

⁴⁸ Vid. CAMPO MORENO, Juan Carlos. Represión penal del terrorismo, Ed. General de Derecho, S.L. Valencia, pág. 222. 1997.

de que algunos daños o peligros bien reales, que proceden del ejercicio de algunas libertades no pueden, en el marco de un ordenamiento jurídico racional, combatirse por medio de la restricción de la libertad". Y, llega a la conclusión de que *"en algunos ámbitos de libertad haya de defenderse por sí misma, esto es, sin ayuda de la coacción estatal"*⁴⁹ A la misma conclusión, pero fundamentándola en base al principio de proporcionalidad o el desaliento que puede provocar la condena penal, ha llegado Cuerda-Arnau. Establece que, partiendo del *"juicio de proporcionalidad estricta como un instrumento que sirve para cotejar los costes y beneficios globales que en términos de libertad se derivan de la norma penal, el efecto desaliento vendrá a sumarse a la escasa gravedad de dicha conducta para empujar hacia abajo la pena imponible."*⁵⁰

A pesar de la defensa de este trabajo frente a que la apología del terrorismo establecida en el artículo 578 del Código Penal es una figura que no está legitimada para encontrarse en el ordenamiento jurídico, hay que destacar el alcance de las dos conductas típicas que prevé dicho precepto: Esto es justificar y enaltecer. Según la Real Academia Española la palabra *"justificar"* viene a significar *"Hacer [una cosa] que otra cosa sea admisible o no parezca censurable, inadecuada o inoportuna."* Por lo tanto, cuando se justifica un hecho se realiza una observación subjetiva de que las consecuencias o hechos acontecidos son admisibles o correctos junto a observación objetiva de esos mismos hechos. y se realiza por lo tanto un análisis que forma parte de un juicio normativo-ético. Ante esto, hay que determinar que la justificación del terrorismo rebosa los límites de la mera explicación objetiva y subjetiva de los hechos y que, por lo tanto, una justificación de tal calibre es capaz de irritar al colectivo social, ya que en un Estado democrático, es la sociedad considerada como un colectivo la que tiene que cargar con los agravios que puedan causar este tipo de declaraciones, pero que sin duda, no deberían ser castigadas en el ámbito penal. Un sector de la doctrina considera de hecho, que el término *"justificación"* en el artículo 578 del Código Penal plantea más cuestiones que el término *"enaltecimiento"* debido a que justificar no siempre significa alabar. Así se ha manifestado Ruiz Landáburu al afirmar que *"(...) se puede justificar una conducta bien porque se considera buena, digna de elogio e imitable, o por otros muchos motivos que no precisamente implican un desprecio al*

⁴⁹ Op. cit. VIVES ANTÓN, Tomás S. p. 38

⁵⁰ Vid. CUERDA-ARNAU, María Luisa. Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, Revista General de Derecho Penal, págs 27-28, 2007.

bien jurídico protegido.”⁵¹ o Ramos Vázquez, el cual considera que “*la introducción del término ‘justificación’ puede plantear mayores dificultades puesto que dicha conducta no comporta per se alabanza alguna a la conducta justificada, sino la aportación de argumentos para defender la realización de la misma*”⁵².

Sin embargo, y a pesar de la opinión predominante que comporta el concepto “*justificación*” en el artículo 578, si se entiende que algunos comportamientos puedan ser constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y que por lo tanto se puede castigar penalmente siempre y cuando reúna los requisitos del elemento típico del delito de menosprecio o humillación de las víctimas o sus familiares.⁵³ Así pues cualquier persona puede de forma legítima justificar los atentados de una banda terrorista realizando homenajes por considerar a sus miembros libertadores, enterrarlos con honores... etc, pero esta persona también puede, mediante el elogio, realizar una ofensiva directa al honor de las personas dañadas por el hecho terrorista, lo cual no tiene que ser necesariamente la misma conducta que se determinaba en un principio, por lo que en este caso sí sería lícito el castigo de dicha conducta. Por ejemplo, aquellas personas que acudan al entierro de una víctima por un delito de terrorismo y saquen en mitad de la ceremonia pancartas alabando las acciones del supuesto ejecutor terrorista, podría ser considerado como un ataque directo al honor de esa persona, así como realizar una pintada que exprese una frase alabando al ISIS en el lugar de los hechos de un atentado perpetrado por este mismo grupo terrorista y donde han habido múltiples víctimas. Estas conductas van más allá de la mera libertad de expresión y la disidencia política y como tal, deben ser castigadas.

Ahora bien, según la ley existente, deberemos entender cuál sería la concepción más favorable para los tribunales españoles a la hora de aplicar este precepto en relación con el bien jurídico del artículo 578 del Código Penal. De esta manera, considero que la configuración del delito de apología al terrorismo como un delito de clima es la

⁵¹ Vid. RUIZ LANDÁBURU, M^a José. Provocación y apología: delitos de terrorismo, Ed. Colex S.A. Editorial Constitución y Leyes, 1^a edición, Madrid, pág. 71. 2002.

⁵² Vid. RAMOS VÁZQUEZ, Jose Antonio. Terrorismo e intervención pena: la LO 7/2000 y los límites del “*ius puniendi*”, Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de las Ciencias Penales, pág. 117. 2001-2002.

⁵³ Lo cual pertenece al ámbito de la protección del honor y la dignidad de las víctimas y sus familiares de los delitos de terrorismo y que ya se ha abordado en el apartado: “*El honor de las víctimas del terrorismo o de sus familiares. Límite con el Derecho Fundamental a la libertad de expresión*” de este mismo trabajo.

configuración que establece una mayor restricción de su marco típico, tanto desde el punto de vista de la paz y el orden público, como desde la perspectiva de la provocación indirecta a la comisión de delitos. Solo desde este punto de vista se podría dejar de lado la subjetividad que produce la indignación o el miedo de este tipo de acciones y, por lo tanto, eliminar así el peligro que produce el hecho de castigar determinados comportamientos que tengan su origen en la sensación de la sociedad de terror o humillación. De esta manera sólo se castigarían aquellas conductas de apología al terrorismo que fueran aptas para incurrir en los comportamientos de los grupos más radicales de la ciudadanía, debido a otras circunstancias como la relevancia social del sujeto activo de la acción, el contenido de sus declaraciones o la trascendencia pública que tenga su marco de actuación. Según Llobet Anglí, los requisitos para que puedan castigarse, desde el punto de vista de los delitos de clima en virtud del artículo 578 del Código Penal son los siguientes: *“En primer lugar, la trascendencia o relevancia del sujeto activo de las declaraciones en el colectivo considerado influenciado por las mismas, en orden a la comisión de futuros delitos; en segundo lugar, la violencia como objeto del enaltecimiento o la justificación, no los ideales políticos, ni las meras figuras de terroristas, por muy representativas que éstas sean; y, por último, la perpetración de estos hechos en lugares y condiciones que aseguren la transmisión de su contenido a dicho colectivo maleable, es decir, al segmento social identificado con las actividades y finalidades de una banda armada terrorista.”*⁵⁴ En este sentido y teniendo en cuenta dichos requisitos, no se puede comprender la relevancia que pueda tener los comentarios de un adolescente vertidos en la red social de Twitter (Ya que, es un sujeto irrelevante para el colectivo influenciado) en comparación con el líder religioso de una religión musulmana que pueda alabar la figura de Bin Laden por su papel con la *“Guerra Santa”* en España.

⁵⁴ Op. cit. LLOBET ANGLÍ, Mariona. p 414 a 415.

6. Conclusión final

Como conclusión final y a raíz de la investigación realizada sobre el bien jurídico a proteger en el delito de apología del terrorismo del artículo 578 del Código Penal, me dispongo a realizar las siguientes afirmaciones:

1. Como ya se ha mencionado en el apartado de "*Toma de postura*" el delito de apología del terrorismo, tipificado en el artículo 578 del Código Penal no debería continuar vigente a día de hoy debido a que no está legitimado para encontrarse en el ordenamiento jurídico. El principal argumento a favor de esta opinión es la cercanía con la que operan las declaraciones que forman el hecho típico del delito con figuras relevantes como el principio de insignificancia o irrelevancia. Aunque sea especialmente complicado establecer con total lucidez las fronteras que separan a las aportaciones escasas a la ideología de una banda terrorista armada de actos activos de colaboración con dicha banda, la mera existencia de las primeras como posibles acciones que estén encajadas en el tipo objetivo es indicativo de que las conductas de apología deberían pensarse con la multa, y no con penas privativas de libertad de hasta 3 años.

2. El artículo 578 del Código Penal debe entenderse en contra del artículo 20 de la Constitución Española debido a que la protección de ninguno de los bienes jurídicos mencionados durante este trabajo supone una necesidad tan mayúscula de merecer una tutela jurídico penal en perjuicio del derecho fundamental de la libertad de expresión. Dentro del mencionado derecho fundamental está la posibilidad de expresar la disconformidad y la disidencia política que muchas veces puede llegar a confundirse con apología al terrorismo. Algo inaceptable, en el día de hoy, en un Estado democrático y de derecho. La apología del terrorismo tipificada como modalidad delictiva que no requiere la incitación directa a delinquir y que consiste en enaltecer o justificar los actos de terrorismo o a sus autores presenta bastante dudas en cuanto a su legitimidad a pesar de que la libertad a expresar los propios pensamientos no sea absoluta o que dentro de la apología no existe una carencia de bien jurídico (Los delitos de clima). Pero a pesar de estas razones a favor de su permanencia en el ordenamiento jurídico, encuentro que ninguna justifica su supervivencia en el propio ordenamiento a costa de la libertad de expresión, no solo entendida como un derecho individual. sino

como un principio configurador de nuestro sistema democrático desde los anales de la historia democrática española.

3. Así pues, considero que aunque existan declaraciones que justifiquen o halaguen el uso de la violencia como método para alcanzar determinadas metas políticas que puedan causar desconcierto o extrañeza entre todo o parte de un colectivo social, es la razón de encontrarnos en un sistema democrático lo que alienta a dicho colectivo a tener que cargar con los posibles agravios que puedan sentir por el vertido de dichas declaraciones. De la misma manera que, si un tercero al escuchar o leer una de estas declaraciones decide delinquir, será dicho tercero quien deba hacerse responsable de sus acciones y responda por las posibles lesiones que sus actos hayan cometido. Ya que partimos de la premisa de que vivimos en una sociedad formada por sujetos libres y responsables que eligen comportarse al amparo de la Ley.

Así que, teniendo en cuenta los puntos explicados en esta conclusión, considero primordial la realización de una revisión al artículo 578 del Código Penal, como se realizó con el artículo 607 del mismo Código sobre el delito de apología del genocidio, el cual fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, eliminando el segundo apartado que hacía referencia a la apología del genocidio. Estimo que el perjuicio para la sociedad, en cuanto a la inseguridad jurídica que genera, es mayor que el posible beneficio que pueda producir la existencia de dicho artículo.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Observaciones en torno a la ley orgánica 7/2000 de modificación del código penal en materia de terrorismo, 2001.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos. Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: La L.O. 2/2015, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos. Represión penal del terrorismo, Ed. General de Derecho, S.L. Valencia, 1997.
- CAPITA REMEZAL, Mario. Análisis de la legislación penal antiterrorista, Ed. Colex S.A. 1ª Edición, Madrid, 2008.
- CUERDA-ARNAU, María Luisa. Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, Revista General de Derecho Penal, págs 27-28, 2007.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995, Ed. Civitas, 2005.
- FARALDO CABANA, Patricia. Derecho Penal de Excepción: Terrorismo e inmigración, Tirant Monografías, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2007.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino. La criminalidad organizada ante la justicia, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1ª Edición, Sevilla, 1996.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. La intervención penal frente a la xenofobia, Ed. Universidad del País Vasco, 1ª edición, 2000.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derecho Penal del terrorismo: Límites de su punición en un Estado democrático. Ed. La Ley, grupo Wolters Kluwer. 1ª edición, abril de 2010.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología, Poder Judicial, 1987.
- RAMOS VÁZQUEZ, Jose Antonio. Terrorismo e intervención pena: la LO 7/2000 y los límites del "ius puniendi", Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de las Ciencias Penales, págs 89-126, 2001-2002.
- REBOLLO VARGAS, Rafael. Aproximación a la jurisprudencia constitucional: Libertad de expresión e información y límites penales, PPU Barcelona, 1992.

- REBOLLO VARGAS, Rafael. La provocación y la apología en el nuevo Código Penal: La exteriorización de la voluntad delictiva. Universidad Autónoma de Barcelona, Tirant Monografías, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 1997.
- RUIZ LANDÁBURU, Mª José. Provocación y apología: delitos de terrorismo, Ed. Colex S.A. Editorial Constitución y Leyes, 1ª edición, Madrid, 2002.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. Sistema democrático y concepciones del bien jurídico, Ed. Universidad de Valencia, 2004.

