



Universidad de Jaén

*Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*

# LA APOLOGÍA COMO DELITO ESPECIAL EN EL TERRORISMO

ANA BELÉN CASADO ARENAS  
Tutor: DR. JUAN LUIS FUENTES OSORIO  
Profesor de Derecho Penal

Mayo, 2019

**Resumen:** Este trabajo trata del análisis de la aplicación de la apología como delito especial en el ámbito del terrorismo, recogida por el artículo 578 del CP. Será necesario repasar el panorama histórico normativo y observar la evolución de la apología, así como de los delitos de terrorismo en nuestro sistema penal. Para profundizar en la apología del terrorismo, hemos de delimitar su alcance como acto preparatorio, recogido en el artículo 18.1 CP, para establecer el ámbito típico del tipo autónomo del artículo 578 CP. Es procedente estudiar la tipificación de figuras que no resultan objetivamente peligrosas para el bien jurídico tutelado, como la difusión de mensajes con contenido incitador de los apartados 1 y 2 del artículo 579 CP. Consecuencia de ello será la restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión, por lo que hemos comprobar si queda justificada dicha restricción a través del castigo de conductas apologéticas.

**Palabras clave:** Actos preparatorios punibles, apología, provocación, terrorismo, enaltecimiento o justificación del terrorismo, provocación al terrorismo, libertad de expresión.

**Abstract:** In this project, it will be analyzed the enforcement of apology as a special crime in the field of terrorism, in the article 578 of the Criminal Code. It is pertinent to review the normative perspective and to observe the evolution of the apology, as well as the crimes of terrorism in our penal system. To deepen the apology, we must define its scope as a preparatory act, in the article 578 of the Criminal Code, to establish the typical scope of the crime of article 578. It will be study the penalty of figures that are not objectively dangerous, as the diffusion of messages with inciting content, of the paragraphs 1 and 2 of the article 579. The consequence of this will be the restriction on freedom of expression, so it is important to check if this limitation is justified by the punishment of the apology.

## ÍNDICE

<b>1</b>	<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
1.1	Estado de la cuestión.....	5
1.1.1	La regulación de la apología en el sistema penal español y su conexión con el terrorismo.....	5
1.1.1.1	Evolución de la regulación de la apología.....	5
1.1.1.2	Reforma introducida por la LO 2/2015.....	7
1.1.2	Los delitos de terrorismo en el sistema penal español tras la reforma de la LO 2/2015.....	8
1.1.2.1	Normativa precedente.....	8
1.1.2.2	Reforma Código Penal en materia de terrorismo: LO 2/2015.....	10
1.2	Objetivos.....	13
1.3	Metodología.....	13
<b>2</b>	<b>ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES.....</b>	<b>14</b>
2.1	Conspiración para delinquir.....	15
2.2	Proposición para delinquir.....	16
2.3	Provocación para delinquir.....	17
2.4	La apología .....	17
<b>3</b>	<b>EL DELITO DE ENALTECIMIENTO O JUSTIFICACIÓN DEL TERRORISMO .....</b>	<b>21</b>
3.1	Tipificación de la apología como conducta especial en los delitos de terrorismo, artículo 578 CP.....	23
3.1.1	Bien jurídico protegido por el delito de enaltecimiento o justificación de delitos terroristas o de sus autores.....	24
3.1.2	Delimitación del ámbito de aplicación del artículo 578.....	25
<b>4</b>	<b>SANCIÓN DE CONDUCTAS SIN RIESGO POTENCIAL PARA EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA PROVOCACIÓN AL TERRORISMO Y LA DIFUSIÓN DE CONTENIDOS INCITADORES A LA COMISIÓN DE DELITOS DE TERRORISMO, REFERENCIA AL ARTÍCULO 579 .....</b>	<b>31</b>

5	<b>CONTROVERSIA ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA APOLOGÍA COMO EXPRESIÓN DE IDEAS O EXALTACIÓN DE IDEOLOGÍAS.....</b>	<b>35</b>
6	<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>39</b>
7	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>42</b>

## 1 INTRODUCCIÓN

Este proyecto tiene como objetivo principal profundizar en la tipificación de la apología como una conducta especial dentro del terrorismo. Para ello es necesario, en primer lugar, abordar la cuestión de los actos preparatorios hasta llegar a la apología, recogida en el artículo 18,2 de nuestro Código Penal, que necesariamente nos conducirá hasta su comparación con la provocación, al exigirle como requisito que se trata de una provocación punible.

En el análisis de la tipificación de la apología encontramos, de un lado, su sanción como conducta general, tal y como recoge el artículo 18 CP y, de otro lado, su sanción como conducta especial y específica, en el artículo 578 CP. En este sentido, encontramos en los delitos de terrorismo recogidos por el Capítulo VII del Título XXII del Código Penal, la tipificación de una apología específica en el artículo 578, del enaltecimiento o justificación de actos de terrorismo o de sus autores. Este artículo nos plantea la cuestión del posible conflicto entre la tipificación general de la apología como conducta preparatoria punible y la apología específica del artículo 578 CP. Si consideráramos que el artículo 578 recoge una apología específica, supondría un tipo privilegiado dentro de los delitos de terrorismo, ya que aplica una pena inferior que si aplicáramos el régimen general del artículo 18, lo que conculcaría el principio de proporcionalidad. Sin embargo, si se trata de un tipo menos grave, en el que se castiga el ensalzamiento de ideologías de manera idónea para llevar a cabo una conducta delictiva, llevaría a la conclusión de que verdaderamente el artículo 578 recoge una conducta que no necesariamente supone un riesgo potencial para el bien jurídico en cuestión, sino que simplemente lleva al castigo de la expresión de ciertas ideas o ideologías o a la difusión de estas, como recogen los apartados 1 y 2 del artículo 579.

Esta última idea nos lleva a otra cuestión esencial de este proyecto, el conflicto que tiene lugar entre el delito de enaltecimiento o justificación de actos terroristas o sus autores, con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Para analizar tal cuestión, es necesario profundizar en la jurisprudencia al respecto, para determinar cuándo surge un conflicto con la libertad de expresión y cuándo se trata de conductas que suponen un apoyo a actos de terrorismo y que constituyen un riesgo para el bien jurídico en cuestión.

## 1.1 ESTADO DE LA CUESTIÓN

### 1.1.1 La regulación de la apología en el sistema penal español y su conexión con el terrorismo

Antes de comenzar a profundizar con la tipificación de la apología como conducta especial, es necesario indagar en su regulación. Estoy de acuerdo con BERNAL DEL CASTILLO, en que la regulación de la apología ha estado marcada por una Política Criminal expansionista<sup>1</sup>, en la medida que suponen una anticipación de la tutela penal a conductas sin riesgo objetivo para el bien jurídico<sup>2</sup>. Este adelantamiento de las barreras punitivas suponen una injerencia en el derecho fundamental a la libertad de expresión, así como ideológica, al castigar la expresión de ideas o políticas que objetivamente no suponen un riesgo real, pese a ser merecedoras de reproche o repulsión social.

#### 1.1.1.1 Evolución de la regulación de la apología

El concepto y la sanción de la apología siempre han estado ligados a la represión de los actos de terrorismo. La primera vez que se tipificó la apología en nuestro sistema penal fue con el Decreto Ley de 1845 de Prensa e Imprenta. Ello se debía a la especial protección o interés que suscitaba la expresión de ideas a través de tales medios y el peligro de su posible instrumentalización para fines ilícitos. En este sentido, se recogió como falta por primera vez en el Código Penal de 1870. A pesar de haber estado presente desde este momento en el sistema penal español, ni el legislador, ni la jurisprudencia o doctrina, dieron razones o explicaron la motivación de su tipificación.

Se recogió como delito en 1894, pero solo para actos de terrorismo y colocación o tenencia de explosivos, quedando su ámbito de aplicación restringido. El Código Penal de 1928, lo amplió a delitos contra el orden público y de seguridad colectiva<sup>3</sup>.

---

1 BERNAL DEL CASTILLO (2017), p. 9.

2 No obstante, siempre hay que tener presente que la anticipación de la tutela penal a la que nos referimos, según argumenta parte de la doctrina, depende de la clase de peligro considerado ex ante, al que se refiera la misma. De modo que siempre es necesario argumentar o justificar la tipificación de ciertas conductas en la capacidad de resultado o lesión para el bien jurídico que ex ante tiene el peligro. Vid. FUENTES OSORIO (2006), p. 6.

3 CAMPO MORENO (2000), p. 66.

En la etapa de la República, se recogía la apología en relación a comportamientos que no se consideraban punibles. El Código Penal de 1932 incorporó de nuevo la falta, mientras que se preveía como delito en la normativa especial, entre la que cabe destacar la ley de Terrorismo y Explosivos de 1934 o en 1935 la Ley de Vagos y Maleantes.

En la etapa del régimen franquista, el ámbito de la apología creció con la finalidad de evitar la delincuencia política, siendo recogida en el Código Penal de 1944 también específicamente como delito (artículo 268), dentro de los delitos contra la seguridad del Estado, y genéricamente para cualquier hecho delictivo, como falta (artículo 566,4º). Se mantuvo así hasta la reforma del Código con la LO 4/1980, que introdujo la apología dentro de los delitos realizados por bandas o grupos armados, imponiendo una pena inferior, además esta ley que recogió la doble sanción de la apología como delito (art. 268) y como falta (art. 566,4º). Resulta importante en esta etapa, el Decreto Ley 10/1975, sobre Prevención del Terrorismo, que definió por primera vez la apología y la dotó de un amplio margen de actuación, que sin embargo, no duró hasta la democracia. Y por último, el Decreto Ley 3/1979, que al igual que el anterior, recogió un amplio margen de conductas de apología, incorporando tal conducta en la normativa relativa al ámbito del terrorismo.

En este punto, la LO 2/1981, reformó el Código Penal y con ello el artículo 216 a). También la Ley Orgánica 9/1984<sup>4</sup>, como ley antiterrorista especial, que con su artículo 10, introdujo una extensa lista de hechos delictivos que entraban en el ámbito de apología del terrorismo. Todo ello produjo un caos en la regulación de tal figura y en cuanto a su definición, pero la presente ley sintetizó y reinterpretó el concepto de apología y las acciones que entraban en la misma. La LO 3/1988 y la LO 3/1989, reformaron el Código Penal y la LECr.; en este sentido, la LO 3/88 restituyó los artículos 216 a), 268 y el 566,4º, lo cual supuso la entrada de nuevo en el Código Penal de los delitos de terrorismo y la eliminación de una normativa especial a tal efecto (la LO 3/89 destipificó la falta de nuevo).

---

4 Sobre la misma, se dictó la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/87, declarando inconstitucional el artículo 1,1º párrafo 2º, en relación a la suspensión de garantías.

A raíz de los actos racistas que se dieron en el ámbito comunitario, los Estados actuaron cooperadamente, lo que produjo una reforma de los sistemas penales para la prevención de delitos de genocidio, así como de conductas de elogio o exaltación de este tipo de ideologías (artículos 137 bis y 165,3).

La LO 4/1995, de reforma del Código Penal, fue un punto de inflexión en la regulación de la apología, que pasó a ser una forma de provocación (artículo 18), suprimiéndose como delito autónomo, lo que supone una ruptura con la regulación anterior. Se recogió en este campo para delitos de genocidio en el artículo 607,2 y en relación al odio, violencia o discriminación en el artículo 510,1. Los delitos de terrorismo pasaron a formar parte de aquellos que atentaban contra el orden público.

La LO 7/2000 reformó la figura de la apología en el terrorismo. A diferencia del anterior Código de 1995, introdujo un tipo autónomo y específico a tal fin, el artículo 578. Esto tiene como consecuencia principal que se elimine la exigencia de la incitación directa, es decir, con este nuevo tipo no se prevé la apología como una provocación, no configurándose como un acto preparatorio en sí. Tras esta reforma la LO 5/2010, introduce en el Código Penal el artículo 579,1 referente a actos preparatorios, entre los que incluye la provocación y la difusión de ideas o mensajes que apoyen la comisión de delitos de terrorismo, que aunque guarde relación con la figura de la apología, no se recoge como tal.

#### 1.1.1.2 **Reforma introducida por la LO 2/2015**

Tras la reforma en materia de terrorismo que introduce la LO 2/2015, la figura de la apología queda regulada, de un lado como un tipo autónomo y general en el artículo 18, de otro para conductas específicas en los artículos 578 y 579.

Hemos de tener claro, aunque más adelante profundicemos, que la apología se recoge en el artículo 18, de modo general, como un acto preparatorio punible y como una forma de provocación<sup>5</sup>. Esto quiere decir que como el resto de actos preparatorios, solo resulta punible en el caso de que esté expresamente tipificada a tal fin. Si tenemos en cuenta la evolución en su regulación podemos observar la expansión que hace el legislador en esta

---

5 BERNAL DEL CASTILLO (2017), p. 8.



figura, incluyendo el castigo de la apología en delitos autónomos, que no encajarían completamente dentro de los requisitos que prevé el artículo 18, como provocación directa, sino que lo que se castiga es una provocación indirecta. Estos delitos autónomos también encierran la problemática de una tutela penal anticipada a conductas que no incitarían directamente a la comisión de delitos, entrando en conflicto la falta de riesgo para el bien jurídico con la restricción a la libertad de expresión, así como la ideológica, como derechos fundamentales.

En este sentido encontramos los artículos anteriormente citados, el enaltecimiento o justificación de los actos de terrorismo y sus autores (Art. 578), el nuevo artículo 510<sup>6</sup> sobre la apología del genocidio y el artículo 579,1, que recoge la provocación para cometer delitos de terrorismo. Suponen una pena diferente y menor, de la que se prevé a modo general en el artículo 18, de modo que, por ejemplo, el artículo 578 impondría una pena inferior al de éste, que rebajaría uno o dos grados. Esto llevaría a una situación en la que se castiga de un modo más grave la provocación que la apología, como una forma de la misma, para un determinado grupo de delitos.

### **1.1.2 Los delitos de terrorismo en el sistema penal español tras la reforma de la LO 2/2015**

#### **1.1.2.1 Normativa precedente**

La legislación antiterrorista en España es una respuesta a los actos de terrorismo sufridos desde que comenzó la democracia. Es necesario mencionar que la actuación de la organización terrorista ETA y sus continuos ataques durante más de 50 años, tuvieron como consecuencia que la regulación anterior se caracterizara por la persecución y el castigo de estos delitos, pero referidos al ámbito nacional. Cuando se produce este cese en su actividad, el sistema penal español lleva a cabo la persecución de quienes han participado en tales actos, pero también amplía la tipificación de actos de terrorismo a conductas de

---

<sup>6</sup> Antes de la reforma de LO 1/2015, la apología del genocidio se encontraba regulada en el artículo 607 C.P., pero a raíz de la Decisión Marco 2008/913/JAI, pasó a ser recogida por el artículo 510, donde se recogen conjuntamente ambas conductas.

apoyo o solidaridad ideológica, de humillación a víctimas, ensalzamiento de tales crímenes y de quienes hubiesen participado o incluso la difusión de contenido incitador<sup>7</sup>

El Código Penal de 1995 recoge los delitos de terrorismo dentro de aquellos contra el orden público, no definiendo el concepto de delito de terrorismo, sino que recoge aquellas condiciones que convierten a un hecho delictivo en delito de terrorismo (atendiendo a la finalidad perseguida, que se lleve a cabo por un grupo o banda terrorista, así como la pertenencia del sujeto a los mismos).

A pesar del cese de actividad de ETA, la evolución normativa en materia de terrorismo ha sido mayor a partir del año 2000. En este sentido, Gil Gil<sup>8</sup> argumenta que uno de los motivos que lo propiciaron fue el endurecimiento de las penas y su ejecución, así como una ampliación del ámbito típico de los delitos de terrorismo, todo ello marcado por la creciente actividad del terrorismo yihadista tanto a nivel interno como comunitario. Este tipo de terrorismo presenta peculiaridades en lo referente a su organización y funcionamiento, al llevarse a cabo a través de diferentes sedes o células autónomas, que actúan independientemente en un determinado país a la hora de llevar a cabo atentados, reclutamiento o adoctrinamiento con fines terroristas. Sin embargo, actúan conforme a las directrices difundidas por Al Qaeda, tratándose de una organización piramidal, jerarquizada y de gran expansión, teniendo un papel fundamental en este campo las nuevas tecnologías para el adoctrinamiento y el intercambio o difusión de las ideologías que integran la *yihad*<sup>9</sup>.

La legislación antiterrorista ha sido modificada desde 1995 en varias ocasiones, siendo la culminante y más importante la LO 2/2015, que abarca este ámbito en su totalidad. La primera reforma desde el Código de 1995 la lleva a cabo la LO 7/2000, que por un lado, modifica el “terrorismo urbano” (*kale borroka*), entendido como aquel que sin suponer un grave riesgo, implica violencia y miedo llevados a cabo en su gran mayoría, por sujetos menores de edad. Entre la legislación reformada, entra la LO5/200 de Responsabilidad

---

7 En este sentido, resulta interesante observar esta extensión en el ámbito de los delitos de terrorismo, tal y como realiza MIRA BENAVENT (2013a), p. 5.

8 GIL GIL (2015), p. 334; QUINTERO OLIVARES (2017), p. 15.

9 En este sentido, la STS n. 503/2018, de 17 de julio, define y explica las diferencias existentes entre el terrorismo de ETA y el yihadista, entre las que destaca la organización jerarquizada y la difusión de ideas a través de medios, así como su financiación.

Penal de los Menores y el artículo 577 que viene a recoger el terrorismo individual, suponiendo un adelantamiento de la tutela penal a conductas consistentes en la mera tenencia de armas o explosivos, que solo resultará aplicable cuando tenga una connotación terrorista. También introduce una reforma en la apología del terrorismo, que como he explicado anteriormente, quedaba regulada por el Código de 1995 como una forma de provocación, volviendo con esta reforma a tener la connotación de delito autónomo. La LO 20/2003, introdujo la figura del artículo 576, que sancionaba la financiación del terrorismo<sup>10</sup>. Tras la reciente reforma operada en 2003, llegó la LO 2/2005, que vació de contenido los artículos reformados por la ley anterior.

Más importante resulta en este aspecto la LO 5/2010. sobre todo en materia de organizaciones y grupos terroristas, atendiendo a la DM 2008/919 del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 sobre la lucha contra el terrorismo. En esta reforma también destacan la tipificación expresa de actividades relativas a la captación y adoctrinamiento para fines terroristas; y la provocación para la comisión de delitos de terrorismo. Con respecto a las organizaciones y grupos criminales, esta reforma crea el artículo 571, donde se recogen delitos de pertenencia e integración en grupos y organizaciones terroristas. Mientras que el artículo 572, condiciona los delitos de terrorismo (recogidos por la Sección 2ª, como delitos de terrorismo) a la pertenencia a grupos u organizaciones terroristas (suprimiendo el concepto de banda armada).

#### 1.1.2.2 **Reforma Código Penal en materia de terrorismo: LO 2/2015**

Los delitos de terrorismo han sido uno de los campos en los que mayor incidencia ha tenido la reforma operada por la LO 2/2015, motivada por las nuevas formas de terrorismo yihadista<sup>11</sup> y por la creciente preocupación internacional, tal y como refleja en su Exposición de Motivos, aludiendo a la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

---

<sup>10</sup> La reforma introducida por la LO 20/2003 tuvo una vigencia muy breve, ya que la posterior LO 2/2005 derogó los artículos modificados por la misma por recoger conductas que carecían de la suficiente peligrosidad o gravedad para merecer un castigo, manteniendo tan solo el artículo 576.

<sup>11</sup> OLMEDO CARDENETE (2015), p. 1417.

La reforma de 2010 recogió uno de los aspectos más importantes y más alarmantes del terrorismo yihadista, la captación, adoctrinamiento y el adiestramiento para fines terroristas. Si bien es cierto que quedaron tipificados, esta reforma recalca el carácter expansivo e internacional de esta organización, así como el riesgo social que supone la instrumentalización de Internet para el adoctrinamiento y difusión de ideologías yihadistas, y la necesidad de una anticipación de la tutela penal a este tipo de comportamientos.

Vamos a desarrollar brevemente aspectos de gran importancia en la reforma operada por la LO 2/2010. En primer lugar, la reforma fija su atención en las células y grupos terroristas, equiparando la organización (art. 570 bis.1) al grupo criminal (art. 570 ter. 1) y extendiendo ambos conceptos a los delitos de terrorismo, atendiendo tanto la finalidad de llevar a cabo delitos de terrorismo (art. 571), como que actúen conforme al artículo 573,1.<sup>12</sup> En cuanto a los delitos terroristas, se elimina la diferencia entre pertenecer o colaborar con un grupo terrorista, y aquellos que se llevan a cabo por terceros extraños que ni colaborar ni integran estos grupos. Asimismo, se prevé en el art. 572 la conducta de promoción, constitución, organización y dirección (número 1), y la pertenencia y participación activa (número 2).

Se reforma el artículo 573, que en sí no nos ofrece una definición de terrorismo, sino que condiciona el hecho a que se produzcan una serie de delitos considerados como graves, teniendo que cumplir además una serie de finalidades que recoge el tipo, excluyendo aquellos delitos menos graves y leves, salvo que estén recogidos a tal efecto<sup>13</sup>. Uno de los aspectos más destacados de la reforma es que desliga el concepto de terrorismo del elemento subjetivo, referente a la necesidad de que exista detrás del acto una organización o grupo terrorista. De manera que el delito de terrorismo deja de estar supeditado al grupo u organización terrorista, para estarlo a las finalidades descritas por el artículo 573.

Otro elemento a destacar es la pena prevista por el artículo 573 bis, 1,1 para los delitos de terrorismo “*la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la*

---

12 Resultan interesantes en este punto, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (2015) pp. 1340 y 1341; CANO PAÑOS (2015), PP. 910-912

13 ZARAGOZA AGUADO (2015), p. 613.

*muerte de una persona*”. Podemos decir, como argumenta CAMPO MORENO<sup>14</sup>, que se trata de una pena exagerada, teniendo en cuenta nuestro sistema penal, que está integrado por penas que ya se dilatan lo suficiente en el tiempo. Aunque esta pena permanente incorpora la nota de revisable, no es más que una característica utilizada para evitar o pasar un estudio de constitucionalidad.

Los delitos de adoctrinamiento, captación y adiestramiento o formación para fines terroristas, vienen recogidos en el artículo 575. La conducta de adoctrinamiento castiga tanto la conducta activa como la pasiva, pero siempre atendiendo a la finalidad terrorista de la misma. Por otro lado, el autoadiestramiento, supone el castigo de aquel que, no formando parte ni colaborando con ninguna célula o grupo terrorista, se forma a sí mismo para los mismos fines, teniendo especial relevancia la instrumentalización de Internet.

Por último, nos referimos a delitos en los que más adelante profundizaremos. Por una parte, el enaltecimiento o justificación de delitos terroristas o de sus autores, actos de humillación a las víctimas recogido en el artículo 578. Como he mencionado anteriormente, este delito fue introducido por la LO 7/2000, para el que la reforma que ahora tratamos ha supuesto la elevación de la pena, introducción del término “medios de amplia difusión” (realmente no supone una gran novedad, ya que se preveían medios de difusión en la anterior redacción, entre los que cabe incluir Internet al ser un concepto amplio), un nuevo subtipo agravado motivado por la perturbación de la paz pública y por último, una norma procesal.

Por otro lado, el artículo 579. La reforma de la LO 2/2015, introduce la sanción de conductas consistentes en la difusión de ideas idóneas para incitar a la comisión de delitos de terrorismo que podrían encajar en los actos preparatorios punibles como una forma de provocación, pero que sin embargo suponen una provocación indirecta. Además, también se recogen por el mismo precepto los actos preparatorios punibles, lo que supone a mi entender, una extensión de la tutela penal, ya que se castigan los actos preparatorios referidos a delitos de terrorismo, teniendo en cuenta que en estos se encuentran como ya hemos visto, actos que encajarían como conductas preparatorias.

---

14 CAMPO MORENO (2015), p. 45.

## 1.2 OBJETIVOS

A través de este proyecto pretendo analizar y resolver las siguientes cuestiones:

- (1) Estudio de las conductas preparatorias punibles
- (2) Analizar la apología como provocación punible
- (3) Estudio de la apología como conducta especial en el delito de enaltecimiento de actos de terrorismo o sus autores, recogido en el artículo 578 CP
- (4) Indagar en la sanción de conductas sin riesgo potencial para el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.
- (5) Profundizar en el conflicto de la apología como tipo especial en el ámbito del terrorismo, con el derecho fundamental a la libertad de expresión.

## 1.3 METODOLOGÍA

Para analizar correcta y adecuadamente la conducta especial de apología del terrorismo, tras un repaso histórico-normativo a cerca de la misma y de los delitos de terrorismo, comenzaré conceptos básicos como son los actos preparatorios punibles. Ello me permitirá determinar el ámbito típico de la apología como una conducta preparatoria y compararla con la conducta especial del artículo 578. Realizaré un estudio sobre artículos y posiciones doctrinales, así como de la jurisprudencia al respecto, analizando los elementos del tipo, bien jurídico, delimitación del ámbito típico y valoración del precepto.

En relación al mismo, es necesario el estudio de conductas que no encajan ni en el 578 ni el 579,3, pese a referirse a conductas preparatorias, como son la provocación al terrorismo y la difusión de contenido incitador a la comisión de delitos de terrorismo, previstos por el artículo 579 1 y 2.

Una vez analizados estas conductas especiales, llevaré a cabo un estudio y análisis de la restricción al derecho fundamental de libertad de expresión e ideológica, para comprar la necesidad de la tipificación de tales conductas, así como su amparo constitucional.

## 2 ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

Los actos preparatorios solo resultan punibles si expresamente se tipifican en el Código Penal como tales. Antes de entrar en su concepto, hemos de tener en cuenta que nuestro sistema penal se rige por el principio de impunidad de los mismos, lo que quiere decir que el castigo de las conductas preparatorias no se recoge expresamente en ningún precepto<sup>15</sup>. Esta idea responde al momento en el que se sitúan tales conductas, muy alejado de la lesión del bien jurídico en cuestión. Tal y como explica la doctrina, los artículos 17 y 18, suponen una excepción a dicha regla, al prever expresamente como únicos actos preparatorios punibles la conspiración, la provocación y la proposición, pese a la existencia de otros. Nuestro Código Penal lleva a cabo la tipificación de los actos preparatorios a través de un sistema de *numerus clausus*, bien solo para unos delitos o preceptos concretos o en relación a una clase de delitos recogida en un Título o Capítulo del Código Penal.

Para definir el acto preparatorio debemos tener en cuenta que se trata de un hecho independiente, una conducta facilitadora, que posibilita la consecución de otro hecho delictivo posterior a este. El fundamento de su punición responde a la puesta en peligro del bien jurídico protegido, la exteriorización de la voluntad, o bien la conmoción causada a la colectividad.

Aunque se trata de actos que se califican como independientes, no se consideran autónomos, por lo que no prevén formas de participación en los mismos, sino que suponen la implicación de terceros en la conducta o en el plan criminal del autor, lo que eleva el peligro para el bien jurídico protegido, suponiendo un mayor riesgo de que la conducta delictiva se consume o al menos se intente. Siguiendo esta idea podemos decir que en estos casos lo que verdaderamente se castiga no es en sí la peligrosidad que reviste la conducta para el bien jurídico, sino la peligrosidad del sujeto como fundamento de la punición de los actos preparatorios, lo que llevaría a una vulneración del principio de proporcionalidad que rige el Derecho penal.

El acto preparatorio tiene lugar entre la fase interna –entendida como aquella deliberación o pensamiento del sujeto– y la fase externa –la propia materialización del

<sup>15</sup> Vid. ALONSO RIMO (2017), p. 4.

pensamiento a través de actos que sin llegar a ser ejecutivos suponen una puesta en riesgo para el bien jurídico en cuestión<sup>16</sup>-. Estas conductas encajarían dentro de los delitos de peligro abstracto, ya que al ser conductas facilitadoras, que *per se* no entrañarían la lesión del bien jurídico, posibilitan la consecución de un hecho posterior, que será la propia conducta delictiva, a pesar de encontrarse en un momento muy lejano a la lesión del mismo. Son conductas que si se consideran independientemente, no resultan idóneas para lesionar directamente al bien jurídico, pero que suponen un paso previo a ello, por lo que precisan del elemento intencional del sujeto de llevar a cabo el hecho delictivo posterior a la conducta preparatoria. Nuestro sistema penal no puede castigar conductas que no encierran una verdadera gravedad o riesgo para el bien jurídico, sino tan solo aquellas que aún siendo preparatorias y anteriores a la ejecución del delito, suponen un mayor riesgo de que se lleve a cabo la conducta. Lo contrario tendría como consecuencia que se castigaran únicamente los actos preparatorios en los delitos más graves, aquellos que realmente manifiesten una peligrosidad objetiva *ex ante*.

Si tenemos esto en cuenta podemos concluir que la punición de los actos preparatorios en nuestro Código Penal, responde a las teorías objetivas y destaca por ser una anticipación de la tutela penal a conductas meramente preparatorias, que no resultan potencialmente peligrosas para el bien jurídico<sup>17</sup>. Entre los diferentes ámbitos en los que aparece esta anticipación, nos referiremos a los delitos de terrorismo, donde al igual que en relación a otros delitos graves, se va a extender en gran medida el ámbito de los actos preparatorios.

## 2.1 Conspiración para delinquir

En primer lugar, el Código Penal recoge en su artículo 17 una definición de conspiración, en este sentido establece que la misma existe “*cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo*”.

---

<sup>16</sup> MIR PUIG (2016), p. 346.

<sup>17</sup> Estas tesis objetivas encuentran la razón de su tipificación en el especial peligro que reviste la implicación de terceros en el plan criminal, para el bien jurídico que se protege. De este modo, si tenemos en cuenta que se trata de actos muy anteriores al delito, tendríamos un escaso número de delitos en los que se considerarían punibles los actos preparatorios. Sin embargo, nuestro sistema penal contiene un extenso número de delitos para los que se prevé la punibilidad de actos preparatorios. Lo cual pone de manifiesto que, siguiendo un criterio objetivo, la penalidad de los actos preparatorios para determinados delitos supone una tutela penal anticipada. Vid. ALONSO RIMO (2018), p. 465 y 466.



Una parte de la doctrina entiende que no es necesario que se dé en los sujetos la resolución para cooperar en la ejecución de la conducta delictiva, simplemente es necesario en este caso que los sujetos intervengan para que se resuelva la ejecución de la conducta. La conspiración supone para la doctrina, una anticipación de la coautoría, de manera que para que se dé tal situación deben los coautores decidir conjuntamente llevar a cabo la conducta delictiva que se trate. Tal como se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “*la conspiración es una conducta delictiva de pura intención, que existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo*”<sup>18</sup>.

En cuanto a los requisitos necesarios para que se dé esta figura, existe unanimidad por parte de la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, establece el Tribunal Supremo la exigencia de que “se acredite que en el delito que se pretende cometer concurrían todos los elementos de hecho que se requieren para esa figura de infracción principal; [...] que dos o más personas se pongan de acuerdo para la ejecución del delito y que resuelvan ejecutarlo”.

## 2.2 **Proposición para delinquir**

Según el artículo 17.2 del Código Penal, existirá proposición “*cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo*”. De esta manera, para que exista proposición, el sujeto debe haber resuelto cometer el delito, de manera que suponga una inducción o una tentativa de inducción frente al sujeto a quien invita a participar en el delito que ha resuelto ejecutar por sí mismo.

Como indica el precepto, la proposición tiene como requisito principal la invitación a un tercero. Esta invitación ha de cumplir una serie de requisitos determinantes para la existencia de la figura de la proposición, como son que la misma se dirija directa y personalmente al tercero a quien se invita a la ejecución de la conducta delictiva, que la misma tenga el carácter de concreta, así como de persuasiva. Éste último es quizás uno de los elementos esenciales de la figura de la proposición, ya que el sujeto que incita o intenta convencer a otro para que resuelva ejecutar el hecho delictivo, ha de hacerlo de una manera que favorezca la resolución de la ejecución de la conducta, no es necesario en tal caso que llegue a convencerlo, sino que sea útil a tal efecto.

---

<sup>18</sup> Tribunal Supremo, Sentencia N.º 872/2006, de 11 de septiembre.

### 2.3 Provocación para delinquir

Atendiendo al artículo 18 del Código Penal, existirá provocación “*cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito*”.

Es necesario destacar que este artículo, en contraste con su anterior redacción, no nos proporciona una clara definición o concepto de lo que podemos entender por una provocación punible<sup>19</sup>. La provocación requiere que el sujeto “incite” a la perpetración de un delito. El fin que principalmente va a perseguir el autor es instigar a otros sujetos para que éstos resuelvan ejecutar la conducta que se trate, que ha de estar tipificada como delito por la ley. Siempre tiene que tratarse de una incitación directa, a diferencia de lo que ocurre en la apología, donde se requiere una incitación indirecta o encubierta.

Ha de diferenciarse en este caso la incitación de la inducción, conducta exigida para la proposición para delinquir. En este sentido, establece el Tribunal Supremo que “la inducción implica que la persona influida o instigada, además de adoptar la resolución ejecutiva del hecho antijurídico entre en la fase realizadora del mismo cualquiera que sea el grado alcanzado en ella<sup>20</sup>”.

El sujeto incitador, en este caso, ha de tener como objetivo conseguir que el o los destinatarios ejecuten la conducta delictiva. Esto quiere decir que no solo provoca que nazca la conducta resolutoria en los sujetos destinatarios, sino que quiere conseguir que se consuma el hecho delictivo por éstos.

### 2.4 La apología

La regulación de la apología en el Código Penal da un giro radical a partir de la L.O. 10/1995. Aparece recogida en el artículo 18,1,2 del Código, definiendo tal figura 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. La apología sólo será delictiva*

---

<sup>19</sup> ALONSO RIMO (2010), p. 22.

<sup>20</sup> Tribunal Supremo, Sentencia 187/1986, del 21 de marzo.

*como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.*

El Código Penal de 1995 exigía como requisito para la punibilidad de la apología, que la misma fuese una provocación punible, desapareciendo como delito autónomo. Ya planteaba la doctrina el problema de aplicación práctica que supondría este elemento de incitación directa que encerraba la provocación, al castigar en ensalzamiento de delitos o de sus autores sin la suficiente fuerza instigadora que se le exige a la provocación, no siendo más que una forma de la misma. Y es que el concepto de apología que se introdujo tras la reforma de 1995 limitó su eficacia práctica por la dificultad de probar que la conducta de ensalzamiento era suficiente y capaz de crear este riesgo para el bien jurídico, es decir, capaz de crear en los destinatarios la resolución de llevar a cabo la conducta delictiva.

Existen diversas posturas en la doctrina acerca de su naturaleza jurídica. De un lado, se califica a esta figura como un acto preparatorio; otros, la califican como un delito autónomo; y por último, como una conducta postdelictiva, no siendo más que una postura dentro de los que la consideran como un delito autónomo.

En primer lugar, un sector califica la figura de la apología como un delito autónomo. Para los autores que defienden esta postura, la apología es la sola manifestación pública en términos de elogio o exaltación, un apoyo o solidaridad ideológica con determinados delitos, sin ningún otro requisito o exigencia. Sin embargo, esta postura adolece de un elemento esencial, la identificación de un bien jurídico autónomo. Estos autores se refieren como tal a la seguridad pública, orden público, etc., bienes jurídicos abstractos y muy amplios.

Puede considerarse la apología como un acto preparatorio, siendo solo punible en el caso en que la ley expresamente la regule como tal. Su punición encuentra su justificación en adelantar las barreras de la tutela penal a acciones de simple exaltación o exteriorización de meras ideologías, lo relevante entonces será cuestionarse el grado de instigación o de convicción que pueden tener para que nazca en el destinatario la resolución de ejecutar una conducta delictiva.

Es en este punto, en el de “incitar” a la comisión de un delito, donde nace el conflicto con la figura de la provocación para delinquir, al tratarse la misma de una especie dentro de la provocación, ya que el mismo tipo penal establece como uno de los requisitos principales para la apología que se trate de una provocación punible. Existen diversas posturas en cuanto al elemento de incitación que se observa en la apología, entre las que sacamos en claro que la apología consiste en la manifestación mediante la utilización de elogios o exaltación de ideologías relacionados con conductas tipificadas como delictivas. Sin embargo, observa en este sentido el Tribunal Constitucional, que “la conducta presumiblemente apologética es precisa que vaya acompañada de juicios de valor que demuestren que el autor asume el contenido apologético de los mismos”.<sup>21</sup>

La apología como conducta especial dentro del género de la provocación, tiene elementos afines a esta, por lo que hemos de atender entonces al ánimo perseguido por el autor. Al igual que ocurre con la provocación, en la apología es elemento *sine qua non* que el sujeto incitador o provocador tenga como objetivo principal que los destinatarios resuelvan ejecutar la conducta delictiva, es decir, quiere que se consume el hecho delictivo por éstos, no simplemente incitarlos a ello.

En resumen, la parte de la doctrina que defiende a la apología como un acto preparatorio, encuentra la justificación de su naturaleza jurídica, en el peligro que supone para el bien jurídico que se protege, la incitación por parte de un sujeto a terceros para llevar a cabo la comisión de un delito contra el mismo. De modo que si la consideramos como un acto preparatorio, es necesario que se dé el elemento subjetivo de la incitación a la comisión de una conducta delictiva, aunque no se recoja expresamente en el tipo.

Antes de la reforma operada por la LO10/1994 sobre el Código Penal, la diferencia entre ambas figuras radicaba en el modo de llevar a cabo la incitación a la comisión del delito. Mientras que en la provocación, la incitación se realizaba de un modo directo, claro y preciso, en la apología se hacía de una manera totalmente contraria, siendo de una manera más mitigada y oculta. Tras dicha reforma, la apología y la provocación tienen el mismo contenido. Esto quiere decir que como elemento punitivo de la apología, está el carácter

---

21 Tribunal Constitucional, Sentencia 199/1987, 16 de diciembre, Fundamento Jurídico 4º.

inequívoco de la incitación, pero siempre realizado a través de una exteriorización indirecta a base de ideas o doctrinas.

La verdadera diferencia entre ambas figuras radica, por tanto, en el modo de llevar a cabo tal incitación, no en el carácter de inequívoca que ha de tener la misma, sino en el modo de exteriorizarlo. Mientras que en la apología la incitación se hace sobre “ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor<sup>22</sup>”, en la provocación no es necesario este enaltecimiento, sino que basta con una conducta incitadora a la perpetración de un delito. Aquí hay que analizar con todo detalle la conducta incitadora del autor, que por una parte puede ensalzar o elogiar determinadas conductas o a sus autores, pero también por otra, puede pasar de esta alabanza a llamar explícitamente a delinquir, lo cual entraría dentro del ámbito de la provocación (Alonso Rimo, 2010).

Esto quiere decir que para analizar la idoneidad de la provocación, acudimos a las circunstancias o cualidades de la persona destinataria, así como el grado de persuasión del mensaje; en cambio, para la apología es necesario realizar un juicio hipotético en abstracto de las circunstancias y naturaleza de la incitación a cometer el delito (Campo Moreno, 2000). Se habrán de valorar objetivamente todas las circunstancias que rodean a la conducta, pero más si cabe subjetivamente, en relación al ánimo incitador y su idoneidad para considerarla como provocación punible.

Es en este punto principalmente donde aparece su dificultad práctica y probatoria, pero sobre todo donde nace la restricción al derecho fundamental de libertad de expresión, castigando conductas que suponen una extensión del ámbito punitivo de la provocación al ensalzamiento del delito o autor, considerados como una provocación indirecta (a pesar del elemento de incitación directa que se le exige a la apología para considerarla delictiva).

---

22 Artículo 18 del Código Penal.

### 3 EL DELITO DE ENALTECIMIENTO O JUSTIFICACIÓN DEL TERRORISMO

La producción normativa en materia de terrorismo, pese al cese de actividad de ETA, aumentó a partir del año 2000 como consecuencia de la preocupación a nivel internacional por el nuevo fenómeno terrorista, el *yihadismo*. El terrorismo yihadista, además de caracterizarse por su organización como ya he referido anteriormente, lo hace por el modo de llevar a cabo este tipo de actos, por medio de una guerra o lucha contra aquellos que son considerados por éstos como “infiel”<sup>23</sup> por no seguir el islam o bien por no hacerlo, en sentido estricto, conforme indica la religión. Este tipo de sujetos llevan a cabo propaganda terrorista, así como discursos y mensajes de odio, que tienen como finalidad principal el ensalzamiento de los actos de terrorismo, incitar a los destinatarios a participar y a unirse a ellos, así como adoctrinar a posibles o futuros integrantes. La alarmante situación creada por la creciente radicalización ideológica y la expansión del yihadismo, ha provocado una alarma internacional, dando lugar a la actual reforma en materia de terrorismo.

A raíz de esta preocupación se lleva a cabo la Resolución del Consejo de Seguridad, con motivo de que los Estados lleven a cabo normas que erradiquen las formas de terrorismo, así como medios de apoyo, financiación, entre los que principalmente se encuentra la instrumentalización de las nuevas tecnologías y comunicaciones que incitan a apoyar actos de terrorismo, así como a quienes participen de los mismos. La evolución normativa en este ámbito abarca todo tipo de conductas<sup>24</sup>, extendiendo el ámbito de los delitos de terrorismo a aquellas que realmente no suponen un riesgo si quiera relevante para el bien jurídico que se protege.

La reforma introducida por la LO 7/2000, 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, introdujo en nuestro sistema penal el artículo 578, en el que se castigaba el “enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de difusión pública o difusión” de los

---

23 GALÁN MUÑOZ (2018), p. 246.

24 BERNAL DEL CASTILLO (2016), p. 39.

delitos de terrorismo, así como de aquellos que hubiesen participado en tales hechos , o la humillación o desprecio a las víctimas o familiares<sup>25</sup>.

Se produce un choque con el tipo general de apología que recogía el artículo 18 C.P., ya que el Código Penal de 1995 estableció como requisito principal para que existiese apología, que se diera una incitación directa a la comisión de un hecho delictivo. Mientras que el tipo recogido por el artículo 578 suponía una apología específica en la que no se requería la incitación directa, sino que constituía un tipo autónomo que castigaba la incitación indirecta a la comisión del hecho delictivo. Tal y como recoge la Exposición de Motivos de la misma ley, “no se trata de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas”, sino de castigar actos que provocan inquietud y perturbación en la sociedad, y que, en palabras de CAMPO MORENO<sup>26</sup>, no pueden verse amparados por la libertad de expresión<sup>27</sup>.

Desde su incorporación dentro de los delitos de terrorismo hasta la actualidad, ha sido objeto de discusión doctrinal, referente al requisito de la incitación directa o indirecta, la legitimidad del precepto, solapamiento con el tipo general de apología, entre otros; siendo uno de los más relevantes el conflicto vigente entre la regulación de este tipo con el derecho fundamental a la libertad de expresión, al que más tarde me referiré. Mientras que la jurisprudencia por su parte, ha tratado en los numerosos pronunciamientos al respecto, de delimitar el contenido del injusto típico del enaltecimiento del terrorismo.

En mi caso, analizaré la tipificación de la apología como una conducta especial en los delitos de terrorismo, estructura típica, así como sus consecuencias jurídico-prácticas.

---

25 La reforma de la LO 7/2000, sustituyó al anterior 578, que recogía el castigo de la conspiración, provocación y proposición para cometer delitos de terrorismo, que pasaron a estar comprendidos en el artículo 579 C.P.

26 CAMPO MORENO (2001), p. 1751.

27 Otros autores, por el contrario, consideran que se trata de un delito de opinión, que castiga la expresión de ideas sin incurrir en una incitación directa. Vid. URBANO CASTRILLO (2016), p. 3342.

### **3.1 Tipificación de la apología como conducta especial en el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, artículo 578 CP**

La aplicación práctica de la apología del artículo 18 quedó limitada tras la reforma de 1995, al exigir que constituyera una provocación punible. Con la introducción del artículo 578 se abrió la veda a la represión de tales conductas, ya que se había producido un periodo de impunidad o de laguna legal para ciertos actos, por no encajar en los requisitos del tipo penal de provocación punible. La situación que precedió a la creación del artículo 578 reflejaba una situación de impunidad para actos de humillación a víctimas, exaltación y elogio a grupos terroristas, ello se debía principalmente a que nuestro sistema penal solo castigaba tales conductas en la medida que constituyeran una incitación directa a la comisión de tales delitos, no el elogio o la justificación de dichos actos o sus autores, sino que debían constituir una incitación idónea para crear la resolución de delinquir. Como explica la Ley 7/2000 en su Exposición de Motivos, no se trata de llevar a cabo una restricción del derecho a la libertad de expresión, sino de combatir el enaltecimiento o elogio de los actos terroristas y sus autores, además de proteger a víctimas y familiares de los mismos. A pesar de ello se defendió la postura de la provocación punible exigida a la apología, por estimar que se protegía con ello la libertad de expresión de un modo más eficaz que si se posibilitara el castigo mediante la incitación indirecta del elogio o la expresión de ideologías u opiniones políticas, por mucho reproche social que merecieran.

Cabe preguntarse ahora qué bien jurídico tutela el artículo 578,1, cuál su esfera de actuación y qué conductas abarca el tipo. Respondiendo a la última cuestión, además de castigar el enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo y de sus autores, también castiga el menosprecio o humillación a las víctimas de tales actos y a sus familiares, pero nos centraremos en su primera dimensión, la apología como conducta especial en los delitos de terrorismo.



### 3.1.1 *Bien jurídico protegido por el delito de enaltecimiento o justificación de delitos terroristas o de sus autores*

Antes de entrar en el bien jurídico protegido en el delito del art. 578, hemos de analizar y dejar claro qué se protege en los delitos de terrorismo. Puede decirse que cuando hablamos de delitos de terrorismo, lo hacemos de actos que pueden atentar contra la libertad, la integridad física la propiedad, orden público o seguridad del Estado, por lo que podemos concretar que se trata de delitos pluriofensivos, o que lesionan varios bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos.

El artículo 578 recoge un delito autónomo, por lo que es necesario que tenga un bien jurídico propio que justifique la restricción del derecho a la libertad de expresión<sup>28</sup>. Resulta una cuestión sobre la que no existe plena certeza, pese a recalcar la necesidad de punición que merecen las conductas que recoge el tipo por la alarma social que generan, la jurisprudencia no concreta el bien jurídico tutelado por el precepto, aludiendo a la paz social y el orden público. La jurisprudencia se ha pronunciado en varias sentencias sobre el tema, entre las que podemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 600/2009, de 5 de junio, en la que argumenta que el bien jurídico es la defensa contra ideas que elogian y fomentan este tipo de delitos, así como la lucha contra quienes atentan contra la paz social mediante la promoción pública de actos terroristas o de sus autores. O la conocida Sentencia del Tribunal Supremo 149/2007, de 26 de febrero, que argumenta a favor de la apología del terrorismo que la misma trata de evitar la “creación de un clima proclive de violencia”, es decir, la creación de un entorno o clima social que favorezca la comisión de delitos de terrorismo. También resulta relevante la Exposición de Motivos de la LO 7/2000, que proclama la tutela de “la perplejidad e indignación de la sociedad”. Tampoco es una discusión zanjada en la doctrina, de un lado encontramos autores que argumentan a favor de que el bien jurídico que se protege es la inseguridad colectiva a través de la paz pública, mientras que otros encuentran en la creación de un panorama que favorezca la comisión futura de actos terroristas que lesionen una pluralidad de bienes jurídicos, la justificación

---

<sup>28</sup> Vid. Tribunal Constitucional, Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre. En este sentido justifica la restricción a la libertad de expresión cuando la conducta sea capaz de poner en riesgo bienes jurídicos que necesiten tutela penal.

del precepto<sup>29</sup>. Realmente ni la doctrina ni la jurisprudencia llegan a una conclusión sobre el tema, solo se refieren a bienes jurídicos amplios y abstractos, no justificando ciertamente con ello la restricción a la libertad de expresión que hace el precepto.

### 3.1.2 *Delimitación del ámbito de aplicación del artículo 578 C.P.*

La apología está regulada como acto preparatorio, por tanto, como conducta general en el artículo 18,1 C.P. Se regula dentro de la provocación, como una forma de la misma, al requerir expresamente que se dé el elemento de incitación directa a la comisión de un hecho delictivo. Con la introducción del artículo 578, se produce un solapamiento entre ambas figuras, al suponer un tipo especial de apología, con requisitos que se distancian de la incitación directa que requiere el artículo 18 C.P.

Es importante en este punto analizar el margen de actuación que tiene la apología como acto preparatorio, sobre todo si tenemos en cuenta la tipificación de conductas específicas apologéticas en la Parte Especial, entre las que encontramos el artículo 578. Si consideramos que la apología está regulada como un acto preparatorio, surge la duda de si se aplica, en relación con el artículo 579,1 a todos los delitos de terrorismo y de forma específica por el artículo 578. Partir de esta idea, significaría que el artículo 578 supone una ampliación del ámbito de aplicación de la apología, ya que además de aplicarse como conducta preparatoria en general para todos los delitos de terrorismo, se aplicaría también por este precepto a conductas que, lejos de ser consideradas provocaciones directas, suponen en sí mismas una incitación indirecta a la comisión de dichos actos. Surge un debate doctrinal en cuanto al elemento incitador, de un lado, aparecen autores que requieren que la conducta revista un mínimo instigador, aunque no entre en la provocación directa que se le exige a la apología. Mientras que otros autores, como CUERDA ARNAU, defienden la interpretación gramatical del precepto<sup>30</sup>.

La primera postura sería la más correcta a la hora de justificar el tipo del art. 578, sin embargo estaríamos acogiendo un concepto de apología del terrorismo que cabría tanto en el artículo 18 como en el 579. La solución que le da a ello la doctrina es considerar que el

---

29 GALÁN MUÑOZ (2018), p. 272.

30 CUERDA ARNAU (2007), p. 107 y ss.

artículo 18 en relación con el art. 579, castigan un tipo de provocación directa (provocación punible por entrañar una provocación directa y explícita), mientras que el art. 578 recogería una apología provocadora, es decir, una provocación indirecta que no entraría en el tipo del artículo 18 (castigada con una menor pena que la del artículo 579, por suponer éste un mayor riesgo para el bien jurídico).

La segunda postura es la más acogida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. La misma implica el castigo del ensalzamiento o justificación de delitos terroristas o sus autores, pero a diferencia de lo expuesto, no requiere si quiera un mínimo incitador, sino que meramente se castigarían actos que no suponen “una provocación a la comisión de hechos delictivos”, desvinculándose totalmente de la figura de la apología del artículo 18, tal y como explica la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2007. Si asumiésemos esta posición doctrinal, el ámbito típico del delito del artículo 578 abarcaría la sanción de conductas que no entrañan un riesgo objetivo *ex ante* para el bien jurídico que se protege, solo se castigaría la exaltación pública, expresión de ideas o la mera solidaridad ideológica. es decir, conductas que no se considerarían delitos de peligro abstracto.

Este tipo guarda relación con el artículo 607,<sup>31</sup> donde se recogía en su anterior redacción la figura de la apología del genocidio. Se trata de un tipo especial, y al igual que ocurre con la apología del terrorismo se desgaja del elemento incitador, por lo que solo nos quedaría la expresión y el apoyo o adhesión a ideologías o políticas, una expresión de ideas amparada por el derecho a la libertad de expresión, que no constituye un hecho delictivo. Este artículo fue declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 235/2007, alegando que no puede castigarse una conducta carente de elemento incitador, de lo contrario adolecería de inconstitucionalidad, al no suponer un riesgo relevante para el bien jurídico que se pretende tutelar y que no entra en conflicto con ningún bien tutelado constitucionalmente necesitado de protección penal. Cabría trasponer tal ideal al castigo de la apología específica del terrorismo en la medida en que supone una restricción a la libertad de expresión e ideología, sin embargo, el tipo del art. 578 se encuentra amparado constitucionalmente, al referirse el castigo a conductas que, pese a no constituir una

---

31 Actualmente se recoge en el artículo 510, a raíz de la reforma operada por la LO 2/2015.

provocación directa a la comisión de delitos de terrorismo, albergan capacidad suficiente para incitar a la comisión de estos hechos delictivos<sup>32</sup>.

Es cierto que el precepto castiga aquellas exaltaciones o justificaciones que producen indignación y perplejidad en la sociedad, pero de acuerdo a la postura doctrinal que ve este tipo como una lucha contra el discurso de odio terrorista, se trata más bien de adelantar la intervención penal a mensajes de apoyo o adhesión al terrorismo<sup>33</sup>. Se trataría de una extensión del ámbito típico del delito de apología, más allá de una conducta preparatoria, a conductas que antes de la introducción del artículo 578, o bien no encajaban en el tipo de apología delictiva (carecían del elemento incitador suficiente) o bien no le eran de aplicación los tipos penales referentes a delitos de terrorismo. La jurisprudencia se ha pronunciado en varias sentencias sobre esta idea de “discurso de odio”<sup>34</sup>, argumentando que el ensalzamiento o justificación pública de los delitos de terrorismo y de sus autores, contribuyen a un apoyo a tales actos por parte del sujeto destinatario, creando además un clima de violencia, lo que afecta directamente al bien jurídico protegido por la gravedad<sup>35</sup> que encierra la conducta.

En conclusión, si se trata de castigar aquellas manifestaciones de apoyo o exaltaciones de tales fines, hemos de analizar casuísticamente la conducta para determinar si constituye gravedad e influencia suficiente, es decir, si entraña la provocación a la comisión de tales hechos delictivos. O por el contrario, limita gravemente la libertad de expresión, al no suponer al menos un mínimo de peligro para el bien jurídico.

Procede delimitar el contenido típico del delito y lo haremos basándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su Sentencia 106/2015, de 19 de febrero<sup>36</sup>.

---

32 Sentencia Audiencia Provincial 49/2008, de 29 julio de 2008.

33 Esto supondría justificar la tipificación de esta figura, que implica una restricción considerable del derecho a la libertad de expresión, a través de la peligrosidad que los discursos de odio suponen para los bienes jurídicos protegidos. Vid en este sentido BERNAL DEL CASTILLO (2016), p. 15; VIVES ANTÓN (2015), pp. 33 y ss.

34 Sentencia del Tribunal Supremo, 812/2011, de 21 de julio y Sentencia del Tribunal Supremo 676/2009, de 5 de junio.

35 Resulta necesario analizar el componente de “gravedad” como aquel que justifica un adelantamiento en la punición de determinadas conductas, sustituyendo en nuestro panorama normativo la culpabilidad por la peligrosidad. VIVES ANTÓN (2018), p. 29 y ss.

36 Lo hace recordando la jurisprudencia de la Sala, en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2006, de 26 de febrero, 585/2007 de 26 de junio y 539/2008, de 23 de septiembre.

Los elementos típicos del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, se resumen en los siguientes:

- (a) Acciones o palabras que justifiquen o ensalcen.
- (b) El objeto del ensalzamiento o justificación ha de ser, bien delitos de terrorismo (comprendidos entre los artículos 571 y 577 C.P.), o bien a sus autores o quienes hubiesen participado en su ejecución.
- (c) El ensalzamiento o justificación debe hacerse de forma pública o a través de cualquier medio de difusión.

Una vez que se fijan los elementos típicos del delito, habrán de ser analizados como hemos dicho caso a caso, a fin de comprobar que se da en la conducta el peligro objetivo que se requiere para que la conducta se considere delictiva.

En cuanto a los verbos que encierra el tipo, enaltecer significa elogiar o alabar, en este caso sería bien a delitos de terrorismo (Artículos 571 a 577 C.P.) o a quienes hubiesen ejecutado o hubiesen participado en la ejecución de los mismos. Mientras que justificar, significa defender la legitimidad de algo que es contrario al ordenamiento jurídico. No basta con que se dé tal conducta, sino que es necesaria la peligrosidad de crear un panorama de aceptación de tales delitos y sus autores, lo que en consecuencia provocaría la comisión de este tipo de delitos.

El discurso de elogio ha de revestir objetivamente el carácter enaltecedor o de justificación de los actos o autores del delito de terrorismo que se trate. No sería suficiente enaltecer o justificar, sino que dicho acto debe ir acompañado de la creación de un clima social violento a través de tales actos, que revista una incitación indirecta al mismo. Si castigáramos la mera exaltación o expresión de ideologías, estaríamos vulnerando con ello el derecho fundamental a la libertad de expresión e ideología, por lo que el tipo penal del artículo 578 no tendría cabida en el sistema penal, siendo inconstitucional.

El art. 578 supone un tipo especial con respecto a la apología, por lo que se requiere que se dé una incitación indirecta a la comisión de delitos<sup>37</sup>, de modo que entrañe una conducta idónea para poner en riesgo el bien jurídico. Cabe destacar el elemento subjetivo que se le requiere a la conducta, es decir, la intención que tiene el sujeto de justificar o ensalzar, incitando a la comisión de actos terroristas, lo que en la mayoría de los casos queda probado por el entorno social y el contexto en el que se realizan tales discursos de elogio, así como la capacidad de persuasión y el calado del mensaje en los destinatarios. Ello significa que debe analizarse la conducta en relación al contexto, a la finalidad que se pretende, el contenido que encierra el mensaje, entre otros factores.

Como puede reflejarse, la conducta típica requiere un comportamiento activo, no pudiendo realizarse el tipo por omisión, propia ni impropia (el sujeto debe realizar el discurso de exaltación o apoyo, de modo que si no lo hace no lleva a cabo la propia conducta típica). A pesar de ello se trata de un tipo abierto, lo que quiere decir que el enaltecimiento o justificación pueden llevarse a cabo de muy diversas formas.

Con respecto al objeto de la conducta, hay que precisar el objeto del enaltecimiento o justificación, que son las conductas de terrorismo recogidas entre los artículos 571 a 577, además de quienes las ejecuten o participen en su ejecución. Sobre los delitos de terrorismo surge una discusión doctrinal sobre si la conducta ha de referirse a delitos ya cometidos (siendo una conducta post delictiva) o bien, a aquellos que están por ejecutarse (considerando este tipo de apología como autónoma, referido a un delito futuro). Si consideráramos que es una conducta post delictiva, además de referirse a delitos ya ejecutados, debe ser una acción que incite a la comisión de futuros delitos de terrorismo. Mientras que si la consideramos como un tipo autónomo, eliminaríamos el elemento subjetivo, es decir, la intención del sujeto de provocar la resolución delictiva.

---

37 Si exigiéramos a la apología del terrorismo la incitación indirecta, sería innecesario el tipo, al quedar comprendida en la apología que con carácter general prevé el artículo 18 C.P.; de modo que cabría aplicar la apología como acto preparatorio en los delitos de terrorismo a través del artículo 579, como forma de provocación. Sin embargo, tal y como expresa la Exposición de Motivos de la LO 7/2000, se pretende castigar acciones independientes y que se distancian de lo que recoge el artículo 18, de modo que lo que se pretendía era el castigo de conductas que realmente no suponían una provocación punible a la comisión de delitos.

Otro elemento que genera controversia es el modo de realización del ensalzamiento o justificación, la forma pública o a través de medios de difusión, que es determinante para apreciar la gravedad de la conducta<sup>38</sup>. Debe ser objeto de estudio, caso a caso, ya que dependerá la eficacia o el calado del mensaje del modo de realizarlo, que puede ser bien a través de redes sociales, mensaje escrito, un acto o discurso público, atendiendo al público destinatario del mismo y a su capacidad de influenciarse, entre otros factores.

La apología no va dirigida a un grupo concreto de personas, individualizadas, sino que se dirige públicamente hacia una concurrencia de personas, por lo que la utilización de medios como Internet, televisión u otros es fundamental para lograr el objetivo de su autor. Por lo que este tipo de mensajes o discursos cuando se hacen en la esfera delo privado, es decir, hacia un grupo concreto, cerrado y escaso de personas, no encajaría en el tipo por no constituir una difusión “pública”, sino más bien estaría amparada por el derecho a la libertad de expresión e ideología por suponer una manifestación de ideas.

Es cierto que vivimos en un panorama social donde prácticamente todo se hace a través de las nuevas tecnologías, redes sociales, por lo tanto, a través de Internet, por lo que encierra una mayor peligrosidad y ello se ve reflejado en el Derecho Penal. Atendiendo a la nueva redacción del artículo 578<sup>39</sup>, podemos observar como además de endurecer las penas, se ha incluido la agravación del tipo cuando se lleve a cabo la conducta por medio de Internet y otros medios tecnológicos. En mi opinión resulta innecesaria tal connotación, ya que en su anterior redacción el tipo incluía cualquier medio de difusión, por entenderse como un concepto amplio. Además añade la facultad al Juez o Tribunal en el apartado 4 del artículo 578.de retirar contenido de Internet, borrarlo o destruirlo. Reflejo de ello es la actividad desarrollada por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con motivo de limitar las redes sociales de mensajes apologetas del terrorismo<sup>40</sup>.

La instrumentalización de las redes sociales para llevar a cabo conductas enaltecedoras o justificadoras del terrorismo actualmente es de notable importancia, al tener un mayor

---

38 BERNAL DEL CASTILLO (2016), p. 25.

39 LO 2/2015, reforma el artículo 578, introduciendo en su apartado 578,2 un tipo agravado en función de los medios utilizados para llevar a cabo la conducta típica.

40 TERUEL LOZANO (2018), p. 12.

número de receptores, así como la velocidad y gran difusión que tienen estos mensajes, lo que consecuentemente conduce a una mayor gravedad de la conducta. Si es cierto que el tipo anterior a la reforma de 2015 incluía cualquier medio de difusión, puede entenderse que no era necesaria la inclusión de Internet, pero la instrumentalización de tal medio para llevar a cabo apología del terrorismo, justifica la necesidad de añadir un tipo agravado en el momento en el que nos encontramos, donde es muy fácil acceder a este tipo de redes, lo que supone un mayor calado o influencia y un mayor número de receptores potenciales de dichos mensajes. Hay que destacar que las redes sociales plantean cierta problemática probatoria, sobre todo en la conexión objetiva de los mensajes y sus autores, ya que debe llevarse a cabo un estudio aislado y casuístico (esta cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia<sup>41</sup>).

#### **4 SANCIÓN DE CONDUCTAS SIN RIESGO POTENCIAL PARA EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ÁMBITO DEL TERRORISMO: LA PROVOCACIÓN AL TERRORISMO Y LA DIFUSIÓN DE CONTENIDOS INCITADORES A LA COMISIÓN DE DELITOS DE TERRORISMO, ARTÍCULO 579 CP**

Nuestro sistema penal se caracteriza por extender el ámbito de aplicación de los actos preparatorios a conductas que objetivamente no resultan peligrosas para el bien jurídico que se protege. En este sentido destacamos la modificación del artículo 579 tras la reforma de la LO 2/2015, en relación a la provocación del terrorismo. Este precepto castiga en su apartado 1 a quien a través de cualquier medio “difunda públicamente” mensajes con capacidad para incitar a la comisión de delitos de terrorismo, esto es la provocación al terrorismo. Asimismo recoge en su apartado 2 la incitación pública a la comisión de delitos de terrorismo, suponiendo la tipificación de conductas que se diferencian de la provocación del anterior precepto y que alcanza actos meramente preparatorios en los delitos de terrorismo<sup>42</sup>. Se trata igualmente de un solapamiento entre ambas figuras, con objeto de

---

41 En este sentido hacemos referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional 2/2012, de 17 de enero, la misma establece que la información que se comparte en las redes sociales es de público conocimiento y accesible para cualquier persona, además de resolver problemas prácticos en cuanto a la valoración de prueba en relación a las redes sociales.

42 BORGES TERRA (2017), p. 2.



perseguir la expansión del terrorismo yihadista y su creciente radicalización ideológica a través de Internet y redes sociales.

La previsión de estas figuras tiene como consecuencia su rechazo doctrinal, por entender que más bien se trata de un adelanto de la intervención penal a conductas que no entran en la provocación en sentido estricto (por carecer del elemento de incitación directa) que se llevan a cabo por medios de difusión masiva, como es sobre todo Internet. Se trata por tanto de adelantar la intervención penal a conductas que no contienen peligro real para el bien jurídico, a pesar de querer igualarse a los actos preparatorios, pese a no contener la incitación directa, lo que quiebra el principio de proporcionalidad por la pena que se le impone a dicha conducta. Procede su estudio para comparar y entender ambas figuras.

El artículo 579,1 queda redactado tras la reforma de la LO 2/2015 de la siguiente forma *“Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo”*. Este tipo tiene varios elementos a destacar, de un lado supone el castigo de una ideología considerada como radical por la gravedad que entraña, mientras que por otro hace referencia al medio a través del cual se difunden estos mensajes.

De otro lado, el apartado 2 del artículo 579 recoge por su parte que *“La misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa”*.

Se trata de una conducta preparatoria, que facilita o favorece la comisión del hecho posterior al que prepara. En este caso se trata de delitos de terrorismo, por lo que podríamos afirmar que se pretende la tutela penal de los mismos bienes jurídicos. Como he comentado anteriormente, los delitos de terrorismo son pluriofensivos, lesionan bienes jurídicos tanto individuales (vida, integridad física, etc.) y aquellos supraindividuales (paz, orden público).

Requisito esencial del tipo es que la difusión se haga públicamente, ello quiere decir que ha de ser hacia un grupo de personas (amplio e indeterminado), bien mediante un discurso, publicación en Internet, etc., pero que siempre ha de resultar idóneo para que pueda ser recibido por una concurrencia de personas. En cuanto al contenido idóneo del mismo, se refiere a que se trate de una posibilidad real de crear esta resolución delictiva.

Esta figura resulta confusa, además de reflejar la intención del legislador de querer abarcar todas aquellas conductas que no encajan en otros tipos, es decir, castiga la difusión pública de estos mensajes aún cuando sean tan indirectos<sup>43</sup> o abstractos que no puedan entrar en el delito de apología del terrorismo del artículo 578. Lo que castiga en sí mismo, no es una provocación propiamente dicha (cuya aplicación se haría por medio del artículo 579,3<sup>44</sup>), al no requerir para que se dé la conducta, una incitación directa a la comisión de hechos delictivos, sino una incitación indirecta o un apoyo para reforzar la comisión de delitos de terrorismo<sup>45</sup>.

Estoy de acuerdo con GALÁN MUÑOZ<sup>46</sup>, en que recoger este tipo de conducta llevaría a la consecuencia de sancionar la mera expresión o manifestación de este tipo de mensajes, cuando ex ante resulten objetivamente idóneos para crear la resolución de llevar a cabo delitos terroristas, aunque no tenga el sujeto realmente la intención de que su mensaje tenga tal efecto en los destinatarios. Por lo que se estaría castigando una incitación implícita e idónea para crear tal resolución, que dejaría paso a la sanción de conductas sin dolo directo de conseguir que se lleven a cabo dichos delitos, a pesar de que el mensaje incluyera una idoneidad objetiva para ello. En consecuencia, procede analizar mensaje a mensaje, para determinar si cabe su calificación como idóneo para la producción de tal resolución delictiva.

---

43 Se trata de castigar conductas que no requieren incitación directa, lo que se recogería propiamente por el artículo 579,3 como provocación, castigando actos que revistiendo capacidad para fomentar este tipo de actos de terrorismo, suponen una provocación genérica e indirecta. Vid. GARCÍA ALBERO (2016), p. 1940; CAMPO MORENO (2015), p. 80; BERNAL DEL CASTILLO (2017), p. 36.

44 El artículo 579,3 recoge los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer delitos de terrorismo.

45 OLMEDO CARDENETE (2015), p. 1140.

46 GALÁN MUÑOZ (2018), p. 254.

La provocación como acto preparatorio que castiga el artículo 18,1 C.P. requiere una incitación directa para la perpetración de un delito a través de cualquier medio público de difusión. Esta se aplica con carácter general a todos los delitos de terrorismo por el artículo 579,3, como hemos visto, por lo que cabe preguntarse qué castigan en realidad estas conductas de difusión.

Ambas figuras son consideradas como una forma de provocación, que ya está prevista por el 579,3. Ambos tipos tienen elementos afines con la figura de la provocación, en relación a los medios de difusión, la idoneidad del mensaje así como la incitación para llevar a cabo delitos de terrorismo. Pero también tienen una diferencia clave, que ha de ser analizada para comprobar si realmente es necesaria la tipificación de otra conducta de provocación al terrorismo, o simplemente se trata de una extensión de su ámbito de aplicación para no dejar sin castigo ninguna conducta que pueda mínimamente poner en riesgo al bien jurídico que se protege.

Cuando se lleva a cabo la difusión de estos mensajes incitadores al terrorismo, el autor no tiene realmente la intención de que su mensaje produzca la resolución delictiva, sino que pretende el castigo de aquella difusión de contenido que objetivamente resulte peligroso e idóneo para que nazca la resolución delictiva en los destinatarios. Mientras que para que la provocación sea punible, es requisito innegable que el autor actúe con dolo directo de crear la resolución delictiva en los destinatarios. Otra diferencia notable entre ambas figuras es que en el delito de difusión, en las dos modalidades, no especifica que se produzca la comisión de delitos de terrorismo, mientras que en la provocación es elemento indispensable. El legislador tipifica actos que pueden conducir a la ejecución de conductas terroristas, castigando con ello conductas ya previstas por otros tipos. En conclusión, cabe decir que lo que pretende el legislador con estas conductas de difusión es extender el ámbito de la provocación, dejando con ello atrás el requisito de la incitación directa para abarcar un mayor número de conductas.

## **5 CONTROVERSIA ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA APOLOGÍA COMO EXPRESIÓN DE IDEAS O EXALTACIÓN DE IDEOLOGÍAS**

Una vez analizados los delitos de los artículos 578 y 579, podemos afirmar que suponen una restricción del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. En vista de ello profundizaré en la justificación y constitucionalidad de su tipificación en constante colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión e ideológica. Todo ello desde un punto de vista teórico-práctico, atendiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema.

El derecho fundamental a la libertad de expresión es el derecho básico y el pilar fundamental de un Estado democrático. Este derecho fundamental juega un papel esencial a la hora de delimitar el ámbito típico de delitos como la apología del terrorismo, en los que se castiga la expresión de ideas e ideologías que objetivamente revisten especial peligrosidad. En este sentido es necesario destacar el papel para la defensa de la libertad de expresión, especialmente en el ámbito del terrorismo, tanto a nivel nacional como internacional.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos proclama en su artículo 10 el derecho de toda persona a la libertad de expresión, reparando en la posibilidad de ciertas restricciones que pueden imponerse mediante ley en una sociedad democrática<sup>47</sup>. Se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la naturaleza y necesidad de tipificación de conductas apologéticas en materia de terrorismo. En este sentido recalca la dificultad que entraña el castigo a este tipo de conductas, pero que a pesar de suponer una clara injerencia en este derecho es necesario encontrar un equilibrio entre tal injerencia y la necesidad de defensa de los Estados democráticos contra este tipo de ataques terroristas<sup>48</sup>.

---

47 Vid. Artículo 17 CEDH, establece que podrá excluirse de protección convencional cuando suponga la destrucción de libertades y derechos que se reconocen por el propio Convenio.

48 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos n.º 52273/07, de 9 de mayo de 2018.

La Constitución Española reconoce el derecho fundamental a la libertad de expresión en su artículo 20. Sin embargo, surge el conflicto en la determinación de cuándo una conducta pasa de ser una expresión de ideas, opciones políticas o ideologías, amparada en todo caso por el derecho a la libertad de expresión, a ser una expresión de ideas constitutiva de apoyo a una actividad delictiva y que además encierra un elemento incitador a su comisión. Realmente lo que se discute en la tipificación y naturaleza jurídica de estos delito apologéticos es que bien se basan en una dimensión de la libertad de expresión que no está amparada constitucionalmente, o bien en conductas que vulneran el principio de ofensividad del Derecho penal<sup>49</sup>.

La apología especial del terrorismo, como he señalado, no supone una provocación directa, sino que se trata de castigar conductas que no encajan en el tipo del artículo 18, al no ser provocaciones punibles. Parte de la doctrina estima que este tipo de conductas no suponen un riesgo relevante, por lo que la restricción del derecho a la libertad de expresión no quedaría justificada en la tipificación de la apología del terrorismo, sino que este derecho estaría protegido de un modo más eficaz si se castigaran estos actos mediante la provocación directa, a través de la apología genérica del artículo 18, que si se hiciera a través de una incitación indirecta por medio de la alabanza o elogio a conductas de terrorismo o de quienes participen en las mismas.

En este sentido destacamos la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 6/1981, de 16 de marzo, que delimita el derecho a la libertad de expresión y proclama que los ciudadanos están protegidos ante cualquier injerencia de los poderes públicos e incluso frente a la ley, en la medida en que establezca restricciones que resulten contrarias a la propia Constitución.

Pese a ello, es necesario recordar que la figura trata de castigar aquellos actos que necesitaban de un reproche penal por no poder quedar amparados por el artículo 18, como consecuencia de su inutilidad práctica tras la reforma de 1995. Con motivo de ello la LO 7/200 argumentó en su Exposición de Motivos a favor de la restricción al derecho de libertad de expresión, que no se trata de una limitación en sí misma, si no de perseguir

---

49 CUERDA ARNAU (2008), p. 38.

aquellos actos que provocan perplejidad e inquietud en la sociedad y que de ningún modo pueden incluirse dentro del derecho a la libertad de expresión. Surge entonces la cuestión sobre qué actos quedan amparados por este derecho y cuáles no.

Para dar solución a tal cuestión es de vital importancia la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre. El Tribunal determinó la inconstitucionalidad de la negación del genocidio del artículo 607,2 por entender que se encontraba amparado por el derecho a la libertad de expresión. De modo que, la simple proclamación de ideas no supone la creación de un panorama o clima social en el que se fomente la violencia, siendo inidónea para “crear una actitud de hostilidad”. El Tribunal exigía para justificar la sanción de tal conducta que la misma entrañara una incitación indirecta a la comisión de este tipo de delitos, no meramente la negación del genocidio, sino que supongan la adhesión, apoyo o solidaridad ideológica con las ideas manifestadas.

De modo que si la conducta de elogio o justificación de tales actos o de quienes participen en los mismos, resulta idónea para crear en sus destinatarios una resolución delictiva, constituye una especial peligrosidad y debe ser por ello castigada, por lo que no existirá entonces ninguna restricción inconstitucional a este derecho fundamental. Si extrapolamos esta resolución al delito de apología del terrorismo, sería constitucionalmente aceptable, al tratarse de una incitación indirecta, a diferencia de lo que ocurría con el artículo 607,2 C.P. La cuestión se resuelve entonces atendiendo a la idoneidad de la conducta para ser una incitación indirecta y no en la simple expresión de ideas amparada por el derecho fundamental, que no revisten ninguna peligrosidad para el bien jurídico tutelado por el tipo.

También resulta relevante la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 de junio. La misma proclama que el artículo 578 puede resultar un delito de odio y ello no estaría de ningún modo amparado bajo la libertad de expresión, ya que entraña un verdadero riesgo para el sistema de derechos y libertades y legitima al Estado para castigar este tipo de delitos y restringir con ello la libertad de expresión. Justifica el delito de odio entendiendo que la manifestación y elogio a este tipo de conductas crea un clima de hostilidad, violencia y apoyo social tanto para estos delitos como para los autores, lo que

fomenta gravemente su comisión y por tanto tales conductas son merecedoras, además del reproche social, de un castigo penal. Por el contrario, el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 95/2018, de 26 de febrero, ofrece postura contraria con respecto a las sentencias citadas, en relación al delito de humillación a víctimas y familiares de delitos de terrorismo, declarando en la misma que no pueden perseguirse meros comentarios o mensajes por mucho rechazo social que generen, si no generan un mínimo riesgo.

Hemos de tener claro que, pese a las posiciones contradictorias por parte de la doctrina y la jurisprudencia, para que el castigo de una conducta apologética esté justificada desde el punto de vista del derecho a la libertad de expresión, se requiere que el mensaje que se manifiesta, el discurso ideológico o la alabanza a personas que hayan intervenido en delitos de terrorismo, creen un clima hostil y de violencia, que fomente el apoyo a este tipo de delitos, fomentado su comisión y, por tanto, suponiendo una incitación directa a su ejecución.

## 6 CONCLUSIÓN

A través de la indagación sobre la apología del terrorismo, he podido llegar a las conclusiones que expongo a continuación.

Analizando el panorama histórico-normativo, puedo afirmar que el delito de apología ha estado sometido a un cambio constante, siendo un punto de inflexión la reforma que se llevó a cabo por la LO 4/1995. Esta ley suprimió la apología como delito autónomo y rompió con la tendencia precedente a ella, a consecuencia de lo cual se llegó a una situación de inutilidad práctica de la apología. La razón principal de ello fue que se considerara una forma de provocación punible.

En relación a la regulación del terrorismo por nuestro sistema penal, en los últimos tiempos ha sido objeto de varias reformas, siendo la última la más relevante y la que más cambios ha introducido. Ello es consecuencia del alarmante crecimiento y expansión que tiene el yihadismo actualmente, así como la instrumentalización de las nuevas tecnologías y de Internet para difundir esta ideología, fomentar el adoctrinamiento y ensalzar este tipo de delitos. La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas fue la que propició el pacto de Estado que dio lugar a la reforma operada por la LO 2/2015, la misma pedía a los Estados que se llevaran a cabo normas para erradicar este tipo de terrorismo.

En vista de este panorama y fruto de la reforma llevada a cabo por la LO 7/2000, aparece la apología del terrorismo. El delito del artículo 578 es un tipo especial de apología, autónomo y que se distancia claramente de la apología como acto preparatorio que recoge el artículo 18.

Una de las causas que fomentan la creación de este tipo es la referida inutilidad práctica del artículo 18, lo que dio lugar a que los actos de humillación a víctimas de terrorismo, exaltación de estos delitos y de sus autores, quedaran impunes por no encajar en la provocación punible que exigía el artículo 18.

La apología del terrorismo supone, por tanto, un tipo especial, que castiga la incitación indirecta a delitos de terrorismo. Como elementos principales, se requiere en este tipo que la conducta, lejos de ser una simple manifestación o exaltación de ideologías, entrañe



gravedad para el bien jurídico. Esto quiere decir que el mensaje enaltecedor o justificador ha de ser idóneo para causar en los destinatarios la resolución delictiva. En la práctica, resulta determinante el estudio caso a caso, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de un tipo muy abierto, en el que pueden incluirse una gran variedad de conductas que entrarían en su ámbito típico. Por ello es primordial analizar el entorno, la capacidad de influencia del sujeto, el discurso, la permeabilidad de los destinatarios, medios de difusión empleados, entre otros factores.

Sin embargo, podemos ver como a partir de la entrada en vigor del precepto, se han llevado a cabo numerosas sentencias en relación a apología terrorista, lo que hace que me cuestione si verdaderamente se trata de un delito justificado por la gravedad que constituyen este tipo de conductas. O más bien lo que se pretende es castigar el apoyo al terrorismo sin necesidad de que se de un componente incitador en la conducta

En cuanto al delito de difusión de mensajes incitadores a la comisión de delitos de terrorismo del artículo 579, se trata de conductas que castigan la difusión pública de ideologías consideradas como radicales y que por su contenido podrían favorecer la creación de un clima de aceptación de las mismas. Considero innecesaria la extensión que se hace de la provocación al terrorismo, ya que podría aplicarse perfectamente el artículo 579,3 que recoge genéricamente la provocación para todos los delitos de terrorismo. Sin embargo, las conductas que se recogen en su apartado 1 y 2, no encierran una incitación directa a la comisión de este tipo de delitos, sino que se castiga la posibilidad de que el mensaje sea objetivamente peligroso (ex ante) para el bien jurídico, eliminando el requisito de que el autor actúe con la finalidad de crear la resolución delictiva en los destinatarios, por tanto, prescindiendo del dolo directo del autor.

En definitiva, tal y como he podido observar a través de un estudio teórico práctico de estas cuestiones, se trata de una clara limitación e injerencia en el derecho fundamental a la libertad de expresión. Si bien es cierto que las conductas a las que me refiero resultan peligrosas y fomentan en gran medida la comisión de delitos de terrorismo, la aplicación práctica ha revelado que más bien lo que se trata es de castigar esta expresión de ideologías, alabanzas y referencias a diferentes sujetos, sin que realmente contengan el elemento

incitador suficiente para crear en los destinatarios la resolución de llevar a cabo cualquier acto de terrorismo. Por lo que se trata de una extensión de la aplicación de conductas preparatorias que, al no encajar en su previsión genérica, como ocurre con la apología y la provocación en los delitos de los artículos 578 y 579, suponen la creación de un tipo especial que no recoge los requisitos en se le exigen generalmente a dichas conductas, justificando la restricción al derecho fundamental a la libertad de expresión y, por tanto, legitimando constitucionalmente el castigo de la manifestación y elogio público a los delitos de terrorismo.

## 7 BIBLIOGRAFÍA

Alonso Rimo, A. (2010), “Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 4, pp. 13-80.

– (2017), “¿Impunidad general de los actos preparatorios?: La expansión de los delitos de preparación”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, pp. 1-75

– (2018), “¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos? Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva”, en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 38, pp. 461-510.

Bernal del Castillo, J. (2016), “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso de odio”, en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 16, pp. 13-43.

– (2017), “Actos preparatorios y provocación al terrorismo”, en *Cuadernos de política criminal*, n.º 122, pp. 5-45.

Borges Terra, L. (2017), “El delito de difusión de contenidos incitadores del terrorismo en España”, en *Revista brasileira de ciências criminais*, n.º 127, pp. 79-109.

Campo Moreno, J.C. (2000), *Los actos preparatorios punibles*, Valencia

– (2001), “El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, pp. 1751-1755.

– (2015), *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la L.O. 2/2015*, Valencia.

Cano Paños, M. A. (2015), “La reforma de los delitos de terrorismo”, en Lorenzo Morillas Cueva (dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado: Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Madrid, pp. 905-951.

Cuerda Arnau, M.L. (2007), “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial*, n.º 128, pp. 97 y 98.

– (2008), “Terrorismo y libertades políticas”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 3, pp. 61-97.

Fernández Hernández, A. (2015), “Organizaciones y grupos criminales (Arts. 570 bis, 570 ter, 572 y 574)”, en José González Cussac (dir.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia pp. 1337-1346.

Fuentes Osorio, J. L. (2006), “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 8, pp. 1-30.

Galán Muñoz, A. (2018), “El delito de enaltecimiento terrorista: ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso de odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 38, pp. 245-304.

García Albero, R. (2016), “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Pamplona , 10ª edición, pp. 1932-1938.

Gil Gil, A. (2015), “La expansión de los delitos de terrorismo en España a través del delito de pertenencia a organización terrorista”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Christian Steiner (coord.): *Terrorismo y Derecho Penal*, España, pp. 331-364.

Mir Puig, S. (2016), “Tipos de imperfecta realización: actos preparatorios punibles y tentativa”, en *Derecho Penal, Parte General*, 10ª Edición, Barcelona, pp. 341-372.

Mira Benavent, J. (2013), “El Derecho penal ante el fin de ETA: la cuestión de la criminalización de su entorno político e ideológico”, en *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria = revista de pensamiento e historia*, nº 45, pp. 4-15.

Olmedo Cardenete, M. (2015), “Capítulo 17: Delitos contra el Orden Público (VI): De las organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo”, en Lorenzo Morillas Cueva (dir.): *Sistema de derecho penal: parte especial*, 2ª edición, Madrid, pp. 1415-1447.

Quintero Olivares, G. (2017), “El terrorismo como cuestión jurídica presente y futura”, en Tamara Martínez Soto; Víctor Manuel Moreno Catena (dirs.): *El Estado de Derecho a prueba*, Madrid, pp. 15-26.

Teruel Lozano, G. M. (2018), “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo”, en *Indret: revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, pp. 1-35

Urbano Catrillo, E. (2016), “Título XXII: delitos contra el orden Público”, en Julián Sánchez Melgar (coord.): *Código Penal: Comentarios y jurisprudencia*, Madrid, pp. 3349-3464.

Vives Antón, T.S. (2015), “Sobre la apología del terrorismo como “discurso” del odio”, e Miguel Revenga Sánchez (dir.), *Libertad de expresión y discurso del odio*, Madrid, pp. 33-49.

– (2018), “Garantías constitucionales y terrorismo”, en Alberto Alonso Rimo; María Luisa Cuerda Arnau, Antonio Fernández Hernández (dirs.): *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, pp. 27-34.

Zaragoza Aguado, J. A. (2015), “De los delitos de terrorismo (artículos 573 a 580), en Manuel Gómez Tomillo, Antonio M.<sup>a</sup> Javato Martín (dirs.): *Comentarios prácticos al Código Penal*, Vol. 6, Navarra, pp. 605-684.