

DISCURSO TERRORISTA, DISCURSO DE ODIOS
Y EL DELITO DE ENALTECIMIENTO/HUMILLACIÓN
(ART. 578 DEL CÓDIGO PENAL): ¿RIESGO O IMPOSICIÓN
DE UNA DETERMINADA VISIÓN DEL PASADO?*

*Terrorist Speech, Hate Speech and the Crime of
Glorification/Humiliation (Art. 578 of the Penal Code):
is it a Risk or an Imposition of a Particular Previous Vision?*

Manuel CANCIO MELIÁ
Universidad Autónoma de Madrid

Recibido: 31 de julio de 2021
Aceptado: 19 de octubre de 2021

RESUMEN

El delito de exaltación del terrorismo o de los terroristas, contenido en el art. 578 del Código Penal español, castiga dos tipos de conducta: la exaltación del terrorismo o la humillación de sus víctimas. El Tribunal Supremo español lo ha entendido de dos modos diferentes en su jurisprudencia: o como una (mera) ofensa o como el riesgo de un daño futuro. Se argumenta con frecuencia que este delito implica un discurso de odio. Este ensayo trata de mostrar que, mientras que el terrorismo comparte algunos elementos con los delitos referidos a los discursos del odio, no debería confundirse con ellos, y al mismo tiempo que no hay espacio en el marco español de los delitos de discursos de terrorismo para un delito como la ofensa contenida en el art. 578 SPC, que sería considerada inconstitucional.

Palabras clave: precursor de delitos de terrorismo; delitos de discursos del odio; exaltación del terrorismo y humillación a sus víctimas; daño/ofensa como ilicitud delictiva; ilicitud de las ofensas por terrorismo.

ABSTRACT

The crime of glorification of terrorism offenses or terrorist offenders enshrined in art. 578 of the Spanish Penal Code punishes two kinds of conduct:

glorification of terrorism or humiliation of its victims. It has been understood in two distinct ways by case law of the Spanish Supreme Court: either as (mere) offense or as risk of future harm. It is often argued that this crime entails hate speech. This paper tries to show that while terrorism shares some elements of hate speech crimes, it should not be confused with them, and that there is no room in the framework of Spanish communication offenses in the realm of terrorism for a crime as the offense contained in art. 578 SPC, which is to be held unconstitutional.

Key words: precursor crimes of terrorism; hate speech offenses; glorification of terrorism and humiliation of its victims; harm/offense as criminal wrongfulness; wrongfulness of terrorism offenses.

1. INTRODUCCIÓN

El delito que criminaliza el art. 578 del Código Penal (= CP) es una infracción muy peculiar, que contiene dos alternativas de conducta muy diferentes, aunque ambas consistan en conductas de comunicación: por un lado, “exaltar” delitos de terrorismo o a sus autores, por otra, “humillar” a víctimas de tales infracciones. No es frecuente que los ordenamientos de nuestro entorno incluyan un delito similar. Tampoco está claro cuál es su contenido de injusto: como se expondrá en el texto que sigue, por un lado, puede considerarse una especie de provocación indirecta, la génesis de un riesgo de ulteriores hechos de terrorismo. Por otro, sin embargo, la *praxis* mayoritaria y algún sector de la doctrina consideran que la infracción se pena por sí misma, retrospectivamente, no por su potencial futuro, sino por haber vulnerado sentimientos colectivos. Dicho en los términos del debate anglosajón, se castiga, entonces, como *offense* (y no como *harm*). Por otra parte, las dos alternativas de conducta (la de exaltación y la de humillación) que incorpora la figura son muy diferentes en cuanto a sus dimensiones de injusto, lo que favorece la notable inseguridad sobre el alcance del precepto, una inseguridad que se ha intensificado últimamente, como se mostrará, hasta el punto de que puede decirse que hay, en realidad, dos líneas jurisprudenciales incompatibles.

Hay que recordar que la introducción del delito en el año 2000 supuso un auténtico cambio de rumbo: cabe decir que se había alcanzado con el nuevo Código Penal de 1995 cierto consenso –materializado por el legislador en la redacción dada al art. 18.1, párrafo 2º CP¹– respecto de que la mera expre-

1. Aunque, como es sabido, de forma ciertamente tortuosa, generando la apariencia de que la apología, en general, sigue siendo punible, cuando las exigencias típicas impiden

sión de ideas favorables al delito cometido o a su autor no podía constituir infracción criminal²: en palabras de Rodríguez Mourullo, en fin, en el diseño general del Código, la apología³ carece de “sustantividad propia”⁴. Las dos décadas transcurridas desde entonces muestran lo errado de suponer que la cuestión estaba cerrada: la apología volvió transmutada en el art. 578 CP en la LO 7/2000⁵. De hecho, la evolución que ha conducido a criminalizar numerosas conductas comunicativas en cuya cúspide cabe colocar a los delitos de discurso de odio experimentó un impulso muy notable con la LO 7/2000 y la introducción del nuevo delito de exaltación/humillación, inexistente durante los años de mayor intensidad de la actividad terrorista de ETA.

En efecto, el legislador del año 2000⁶ tipificó (sin que, en lo que se alcanza a ver, esta concreta opción de criminalización exista en ningún ordenamiento de nuestro entorno) conjuntamente dos conductas –la de “enaltecimiento o

la punición de la mera apología: *vid.* sólo Barquín Sanz, J./Olmedo Cardenete, M. (1999) en: Cobo del Rosal, ComCP I, pp. 895 y ss.

2. Así pudo afirmar Vives Antón que con el CP 1995 culminaba un “proceso deflacionario” (después de la inflación de la regulación anterior al establecimiento del actual orden jurídico-político) de castigo de la apología (Vives Antón, T.S., *Estudios Penales y Criminológicos* 25 [2005], p. 423). Sin embargo, en el panorama general trazado por la regulación del art. 18 CP había desde el principio un cuerpo extraño: la figura del art. 607.2 CP, referida a los delitos de genocidio (que amenazaba de pena la “difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”; como es sabido, el TC declaró en 2007 la inconstitucionalidad de la alternativa típica de “negar” *tout court*); *vid.* en sentido crítico, por todos, Feijoo Sánchez, LL. 1998-6, pp. 2271 y ss., 2280; STC 235/2007.

3. Y, como ya formuló Carbonell Mateu (“Terrorismo: algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal”, en: Gómez Colomer/González Cussac [ed.], *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, 2006, pp. 51 y s.), si se pretendía utilizar la nueva terminología del “enaltecimiento” para evitar que sea evidente la contradicción con el art. 18 CP, ello, desde luego, no se ha logrado.

4. En: *idem*/Jorge Barreiro, ComCP, 1996, p. 83.

5. Zaragoza Aguado (en: Gómez Tomillo/Javato Martín (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. VI, 2015, pp. 665 y s.), por ejemplo, así lo asume.

6. Este tipo de infracción no estaba contemplada en las DM 2002 (*vid.* sólo Asúa Batarrita, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en: Area de Derecho penal [ed.]/Echano Basaldúa [coord.], *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*. Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Deusto. Magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia, 2002, pp. 41 y ss., p. 70) y 2008 y aparece por primera vez (“glorificación”) como forma de provocación indirecta en la Directiva de 2017 (art. 5.).

justificación”⁷ de delitos terroristas o sus autores y la de determinados actos de vejación grave de las víctimas de las infracciones de terrorismo, “humillación” – que poco o nada tienen que ver⁸. Como es obvio para cualquiera que conozca lo que sucedía en aquellos años en el País Vasco, la tipificación de la segunda alternativa de comportamiento respondía a una práctica específica de determinados sujetos próximos a ETA que existió en España durante algún tiempo, consistente –por increíble que parezca tanta crueldad– en acosar de diversos modos a víctimas y familiares de víctimas de ETA. La práctica ya no existe, pero la conducta tipificada sigue en el Código y es aplicada. Parecía claro, ya inicialmente, que se pretendía emboscar una criminalización discutible en otra que no lo parece tanto: en efecto, en muchos casos se trataba de una (moralmente incalificable, pero jurídico-penalmente clara) *injuria gravísima* llevada a cabo con ocasión de la comisión previa de delitos de terrorismo⁹.

Aquí no se pretende entrar en el debate específico acerca de la legitimidad o ilegitimidad de incriminar este tipo de infracciones¹⁰ en el campo de tensión

7. El TS, en su STS 224/2010, de 3 de marzo, afirma que “más evanescente y vaporoso se presenta el tipo penal de enaltecimiento/justificación” (FJ 3).

8. Feijóo Sánchez, “Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000”, en: RJUAM 4 (2001), pp. 9 y ss., p. 49; *vid.* también la mezcla argumentativa en la Exposición de Motivos entre referencias en la línea del potencial de incitación de ambas modalidades de conducta y la referencia a la humillación de las víctimas; al respecto, Benlloch Petit, “El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad”, en: ADPCP 2001, pp. 175 y ss., p. 202.

9. Asume esta posición expresamente la STS 224/2010, de 3 de marzo. En una línea similar también Muñoz Conde, PE²¹, p. 790, afirmando que en la segunda conducta inculpada parece clara la necesidad de pena (aunque vinculándola de modo más genérico a la “dignidad”). Otra cuestión es si debe existir tal delito sólo para las víctimas de terrorismo; cfr. también la argumentación en este sentido de Mira Benavent, “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (ed.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, 2018, pp. 299 y ss., 306 y ss. *Vid.* la posición de lege ferenda en Cancio Meliá/Díaz López, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal, 2019, § 5.III.b).

10. *Vid.*, desde una perspectiva crítica, sobre el problema específico de la apología del terrorismo, al hilo de la introducción del delito contenido en el art. 578 CP en 2000, sólo Feijóo Sánchez, RJUAM 4 (2001), pp. 49 y ss., 57; Cancio Meliá, JpD 2002, pp. 19 y ss., 26; Manjón-Cabeza Olmeda, “Apología del terrorismo”, en: Octavio de Toledo y Ubieto/Gurdiel Sierra/Cortés Bechiarelli (coord.), Estudios penales en recuerdo del

entre intervención del legislador y la dimensión institucional del derecho fundamental a la libre expresión de opiniones, que conduciría fuera del ámbito de discusión que aquí pretende establecerse como objeto de análisis¹¹. Se trata de abordar problemas más allá de (o previos a) la libertad de expresión.

profesor Ruiz Antón, 2004, pp. 553 y ss., pp. 574 y ss.; Vives Antón, EPCr 25 (2005), pp. 399 y ss., 420 y ss.; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez, Derecho penal del enemigo 2, pp. 893 y ss.; Ramos Vázquez, “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”, en: AFDUC 12 (2008), pp. 771 y ss., 781 y ss., todos ellos con diferentes argumentaciones y referencias y llegando a un diagnóstico muy crítico (*vid.* también con carácter general sobre los nuevos delitos de manifestación en el CP español, desde la perspectiva de la evolución político-criminal, Cancio Meliá, “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en: Jakobs/Cancio Meliá, Conferencias sobre temas penales, 2000, pp. 125 y ss.). En cambio, encontraron vías de justificación (parcial) de la infracción de la primera alternativa de conducta del art. 578 CP, por ejemplo, Benlloch Petit, ADPCP 2001, pp. 181 y ss., 203 y ss. (“injurias colectivas” en la estela de la STC 176/1995 [caso del cómic “nazi SS”]); Bernal del Castillo, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código penal en materia de terrorismo”, en: LL 2001, pp. 1627 y ss., 1629 (la conducta como una especie de provocación difusa o de menor cuantía); Ruiz Landáburu, Provocación y apología delitos de terrorismo, 2003, pp. 79 y ss., con ulteriores referencias.

11. Tampoco se entrará a discutir específicamente, desde el punto de vista empírico, los efectos colaterales fácticos que puede llegar a tener la inexistencia de una tipificación de la exaltación/justificación si no existen barreras normativas a la incriminación global: *vid.* sólo el caso de la tan controvertida STS 29.11.1997 (caso Mesa Nacional de Herri Batasuna), en la que lo que no podía entrar por la puerta de la (entonces inexistente) criminalización de la apología del terrorismo (vía art. 18 CP) se hizo entrar por el TS por la puerta, abierta ad hoc (esto es, en contra de su propia jurisprudencia previa), de la colaboración (cfr. al respecto sólo Manjón-Cabeza Olmeda, en: LH Ruiz Antón, pp. 565 y ss., 570 y ss.).

Una vez introducida la infracción de “autorradicación” en el art. 575.2 II CP en la LO 2/2015 (*vid.* sobre este proceso, desde el punto de vista empírico, últimamente la sintética descripción [hablando de una “pirámide” de la radicalización, que va de la radicalización cognitiva, pasa por la radicalización conductual y llega al ejercicio de la violencia] hecha por Spena, “Io ho ragione; tu sei morto!” Su terrorismo e radicalizzazione”, en: Militello/Spena (ed.), Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche, 2018, pp. 249 y ss., 253 y ss., 263 y s., con ulteriores referencias), el delito de enaltecimiento contenido en el art. 578 CP –cuestión que también ha de quedar fuera de consideración aquí– puede llegar a operar en la práctica como una especie de tipo privilegiado para casos menos graves de este delito de “autorradicación”, o dicho de otro modo, el autoadoctrinamiento como tipo cualificado del enaltecimiento; cfr. al respecto sólo Puente Rodríguez (DLL nº 8967, 25.4.2017, pp. 3 y s., 7): “Lo que el delito de autoadoctrinamiento supone en ocasiones en la práctica no es más, al menos por el momento, que la sanción de una modalidad agravada del enaltecimiento. Y lo es por la sencilla razón de que para poder

Lo que interesa ahora es si esta infracción es susceptible de ser integrada en el sistema típico de los delitos de terrorismo en el CP español, y, en su caso, el alcance dogmático que pueda tener. Para abordar este programa, y teniendo en cuenta lo vaporoso de la definición típica, habrá que considerar el campo de aplicación concreto de la infracción; así se podrá determinar también cuál es el fenómeno social concreto frente al cual el legislador quería reaccionar en el momento de introducir el precepto y cuál es su entendimiento actual.

En todo caso, en cuanto delito de terrorismo –tal es al menos su apariencia inicial–, el delito de enaltecimiento/humillación se integra en un panorama, generado por sedimentación legislativa (scil.: reformas parciales no meditadas), en el que son numerosas las conductas de comunicación aprehendidas por el CP, como se esboza a continuación. La confusión en cuanto al alcance del precepto se manifiesta con especial claridad en los últimos tiempos, en

castigar a quien se autoadoctrina es necesario, con carácter general, que éste manifieste su opinión”. En una línea próxima se manifiesta Bayarri García, “Los nuevos delitos de terrorismo. Adoctrinamiento activo y pasivo vs. enaltecimiento y provocación a la comisión de delitos terroristas”, en: Alonso Rimo et al. (ed.), *Terrorismo*, 2018, pp. 279 y ss., 294 y s., en cuya opinión el nuevo delito absorbería posibles infracciones de los arts. 577, 578 y 579 CP (!), debido a que la dinámica comisiva del proceso de auto-radicalización pasa por la emisión de variantes de discurso terrorista – esta constatación de la autora parece difícilmente rebatible, y muestra que la regulación española está estructuralmente mal diseñada. *Vid.* también Cancio Meliá/Díaz López, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? (n. 9), § 5.II.

Sobre la relevancia que tienen en la descripción de la amenaza terrorista (en el plano de la ONU y de la UE) en su configuración actual la figura del modelo de adhesión *ex post facto* de los llamados lone wolves y en general las peculiaridades del llamado terrorismo “yihadista” (en particular, la cuestión de la doble vía que Daesh logró perseguir durante los últimos años, teniendo tanto el control [para]estatal de territorio, sobre todo en Siria e Irak (con lo que se puso especial atención en el –como hoy sabemos– [al menos de momento] efímero fenómeno del “delito de viaje” a territorios “controlado[s] por un grupo u organización terrorista”, *vid.* hoy, en el caso español, el art. 575.3 CP), *vid.* sólo Galli, en: Mitselgas et al. (ed.), *Research Handbook*, 2016, pp. 401 y ss.; Mendoza Calderón, RP 41 (2018), pp. 136 y s., ambas con ulteriores referencias; señala con razón, sin embargo, Corral Maraver, *Democracy and Security Review VII* (2017), pp. 201 y ss., 227, que “...no hay que olvidar que no todo el terrorismo en Europa es de origen islamista, ni siquiera el mayoritario. Así se desprende de los propios informes de EUROPOL (UE Terrorism situation and trend report 2010), que indican que la mayor parte de los actos de terrorismo en suelo europeo sigue teniendo origen territorial o ideológico y está conformado por grupos antiglobalización, activistas por derechos de los animales, anarquistas, grupos ideológicos vinculados a la extrema derecha, etc...”.

los que ha pasado a ser común conectar la infracción con los delitos de (discurso de) odio, y, en particular, el art. 510 CP¹²: la consideración (por parte de medios de comunicación, e incluso de tribunales y doctrina) del “discurso terrorista” del artículo 578 CP como exponente del “discurso de odio”¹³. En este sentido, por ejemplo, Zaragoza Aguado llega a afirmar que “una muy consolidada doctrina jurisprudencial señala que lo que se trata de penalizar por esta vía es el discurso del odio”¹⁴, o ha dicho recientemente Galán Muñoz que “[e]ste delito es uno de los numerosos y controvertidos instrumentos creados por el legislador penal español para luchar contra el discurso del odio terrorista; siendo posiblemente el que de forma más frecuente se ha utilizado por nuestros Tribunales con tal propósito”¹⁵.

En la jurisprudencia española la infracción en cuestión está siendo interpretada, también en las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de dos modos completamente divergentes, por mucho que las resoluciones en cuestión intenten suavizar verbalmente las discrepancias de fondo que cabe observar en el entendimiento de la infracción, con las graves implicaciones que ésta tiene, como acaba de señalarse. En esencia, cabe caracterizar las dos líneas de interpretación del siguiente modo: la primera de ellas pretende, bajo el pretexto de una interpretación literal del texto del art. 578 CP, entender esta infracción como un mero delito de tabú formal, en el que basta pronunciar alguna de las comunicaciones que pueden ser típicas, en un entendimiento gramatical del precepto, con independencia de la posible intención y del contexto objetivo en el que se viertan esas manifestaciones, concebidas como “ofensa” (formal). Esta línea jurisprudencial del TS se contraponen abiertamente a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional

12. Cfr. Cancio Meliá/Díaz López, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? (n. 9), § 2.II. y V.

13. La conexión entre el discurso terrorista y el discurso del odio existe también en la discusión italiana; así, por ejemplo, Mazzanti (“L’adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell’immigrazione”, DiPC1/2017, pp. 26 y ss., 38 y ss., 42) respecto del Derecho penal y administrativo de extranjería en Italia; sobre la discusión en torno a la delimitación de ambos conceptos –sobre bases normativas muy diversas de la europea-continental– en el círculo jurídico anglosajón, cfr. Cancio Meliá/Díaz López, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? (n. 9), § 3.II.

14. En: Gómez Tomillo/Javato Martín (dir.), Comentarios prácticos al Código Penal, t. VI, 2015, pp. 663 y ss., 670.

15. Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, EPCr 38 (2018), pp. 245 y s.

en la materia. La segunda línea de interpretación, por el contrario, intenta adaptar los requisitos de esta jurisprudencia constitucional a la interpretación del delito de exaltación/humillación del art. 578 CP, exigiendo como elemento del tipo la concurrencia de un riesgo de ulteriores acciones de índole terrorista provocadas por la manifestación en cuestión (esto es, en la línea de la exigencia del “clear and present danger” de la US *Supreme Court* en *Brandenburg vs. Ohio*¹⁶). Las dos sentencias en las que se presenta con mayor claridad la existencia de estas dos líneas jurisprudenciales incompatibles son, probablemente, la STS 4/2017 (caso *Strawberry*), que defiende una interpretación literal y rechaza exigir ningún riesgo de actividad terrorista derivado de las manifestaciones en cuestión, y, por otro lado, la STS 95/2018 (caso *Cassandra*), en la que el TS precisamente sí exige tal nexo de riesgo para considerar típica la conducta¹⁷.

2. DELITOS DE TERRORISMO Y CONDUCTAS DE COMUNICACIÓN

Son múltiples las conductas de comunicación que pueden integrar el comportamiento típico de un delito de terrorismo. Surge, probablemente en primer lugar para el observador que siga la prensa –en el caso español– precisamente el delito de exaltación o justificación y menosprecio o humillación del art. 578 CP. Sin embargo, hay otras infracciones encuadradas entre los delitos de terrorismo –por un lado, en la lógica anticipatoria de la incriminación omnicomprendensiva de cualquier conducta de *colaboración* con una organización o con un autor terrorista; por otro lado, desde la LO 2/2015, se parte sin más de una supuesta *peligrosidad individual* (“autoadoctrinamiento”)– en los también podrán hallarse presentes elementos típicos consistentes en conductas de comunicación.

16. Cfr. sólo Petzsche/Cancio Meliá: “Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offences”, en: Counter-terrorism, Constitutionalism and Miscarriages of Justice. A Festschrift for Professor Clive Walker, ed. Lennon, /King & McCartney, 2018, pp. 151 y ss.

17. Vid. el análisis en Cancio Meliá: “¿Strawberry o Cassandra? Sobre la imposible convivencia de dos visiones antagónicas del art. 578 CP en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en: de Vicente Remesal *et al.* (dir.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, volumen II, editorial Reus, Madrid, 2020, pp. 1497 y ss.

Así sucede en algunas hipótesis de delitos de colaboración por adoctrinamiento o adiestramiento con autores u organizaciones terroristas, art. 577.2 CP, o en la infracción de proto-provocación del art. 579.1 CP (difusión de “consignas o mensajes” idóneos para incitar a la comisión de delitos de terrorismo): en las conductas típicas de estas infracciones puede haber –y de hecho hay con cierta frecuencia– manifestaciones que ataquen a un determinado colectivo de víctimas por su pertenencia al mismo, incitando a la violencia con parámetros discriminatorios. Del mismo modo, en muchas ocasiones, son las manifestaciones activas del posible autor de un delito de “auto-adoctrinamiento” (art. 575.2 2º inc. CP), consistentes en manifestaciones de odio con frecuencia, las que permiten “medir” el grado de “radicalización” o probar la actitud interna con la que es consumido por el sujeto determinado material de lectura o audiovisual.

Más allá de esta coincidencia fenomenológica que cabe apreciar entre delitos de discurso de odio en sentido estricto con las conductas tipificadas en distintas infracciones de terrorismo consistentes en actos de comunicación, lo cierto es que la estrategia terrorista tiene como característica general y esencial que hace uso, en su “lenguaje violento”, de un mecanismo de comunicación que implica la génesis de una intimidación masiva¹⁸. Ese elemento nuclear de “terror”, sin embargo, no está aislado en lo que se llama terrorismo, sino que se inscribe en una política en la que se trata de simular un enfrentamiento armado con el Estado (cuando en realidad se carece de fuerza militar para hacerlo), mediante una relación triangular: el colectivo terrorista ataca a un círculo de personas que de algún modo representa (en la representación utilizada por el colectivo) al Estado desafiado (los militares; los funcionarios de policía; determinados representantes políticos; la población mundial *infiel* entera), generando así una intimidación masiva que debe influir en la actitud del Estado, y, sobre todo, generar una situación de hegemonía en el grupo social a cuya representación y liderazgo político aspira, en última instancia, el colectivo terrorista. Para ello, es necesario que la violencia terrorista se presente ante ese “público”, ese “campo propio” del colectivo que hace uso del terrorismo, como violencia *legítima*, justificada, equiparable a la que se ejerce en legítima defensa o en una guerra justa.

En esa medida, es preciso que las víctimas de los hechos de la violencia terrorista sean definidas desde la perspectiva de los autores terroristas de

18. Vid. Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pp. 167 y ss.

acuerdo con parámetros de categorización-neutralización¹⁹ propios de los delitos de odio: el “objetivo” legítimo es cosificado como mero enemigo²⁰. El funcionario de policía del “Estado opresor”, por ejemplo, no es ya un ser humano o un servidor público, es un sujeto que ha elegido libremente estar del lado de la injusticia, un “cerdo” (en palabras de la dirigente de la *primera generación* de la RAF Ulrike Meinhof²¹), un “perro” (*txakurra*) o un “cipayo” (*zipaio*), o, en la versión actual, mucho más *inclusiva*, cualquier ciudadano de un Estado occidental, un “politeísta” o un “cruzado”.

Esta característica general del mecanismo de comunicación propio del terrorismo se proyecta necesariamente sobre las conductas de comunicación definidas como infracciones terroristas. Puede suceder que actos de comunicación terroristas en sentido estricto (como una provocación en el sentido del art. 579.2 CP) impliquen un fragmento de discurso que promueve el odio contra el colectivo de “objetivos” (“debemos golpear con dureza a los *españolazos* uniformados para expulsar a las fuerzas de ocupación de nuestra patria”; “hay que matar a los cristianos que se reúnan esta Navidad en la catedral para echar a su ejército de nuestra tierra”) de la comunicación terrorista. Partiendo de este elemento de la estrategia terrorista, ha de determinarse, entonces, en qué medida las infracciones antes mencionadas, delitos de terrorismo que consisten en conductas de comunicación –y podrían llegar a compartir un determinado campo de supuestos de hecho con los delitos de odio–, se ajustan en realidad a los elementos definitorios del concepto jurídico-penal de terrorismo cuando se limitan a un “discurso del odio”. Como se viene diciendo, lo que aquí interesa es, muy especialmente, en el caso español, el delito de enaltecimiento y humillación del art. 578 CP. Corresponde ahora intentar ofrecer una clasificación de los diversos actos de comunicación que son aprehendidos por los preceptos penales en materia de terrorismo, para

19. Cfr. Cancio Meliá, Los delitos de terrorismo, pp. 64 y ss., con ulteriores referencias.

20. Así, se puede hablar de que se lo define como “radicalmente otro”, se produce un proceso de “alterización” (othering) de la víctima, llegando a una desconexión moral respecto de la violencia practicada contra las víctimas; *vid.* últimamente la síntesis ofrecida por Spena, en: Militello/Spena (ed.), *Mobilità*, 2018, pp. 254 y ss., 263 y s., con ulteriores referencias.

21. Pronunciadas en una entrevista en 1970, poco antes de pasar a la clandestinidad; Ulrike Meinhof es la protagonista y la frase citada el elemento culminante de una obra de teatro de Elfriede Jelinek; *vid.*, por ejemplo, la crítica en *Neue Zürcher Zeitung* de 30.10.2006, <http://www.nzz.ch/2006/10/30/fe/articleEM1UY.html>.

así poder calibrar la posición que en este marco corresponde a los discursos específicos del art. 578 CP²².

Tanto desde la perspectiva de las ciencias sociales como desde la jurídico-penal se suele considerar que el terrorismo es esencialmente una estrategia de comunicación²³. Para que su actividad pueda tener opción de alcanzar sus objetivos, es necesario que la sociedad destinataria de su mensaje sepa cuál es la amenaza, y qué agenda y quiénes están detrás de ella. En consecuencia, la comunicación es un elemento central de cualquier estrategia terrorista. Al igual que en el ámbito del discurso del odio, el discurso terrorista encuentra en Internet un espacio relativamente seguro para propagar su ideario, reclutar nuevos adeptos y poder “colocar” sus mensajes puntuales de modo masivo y en un plano internacional²⁴, y ello con un potencial de penetración nunca visto.

Aunque cada vez es más claro que no se trata en absoluto del único factor de radicalización, la propaganda *on line* jugó un papel relevante en muchos atentados recientes, como en el ataque en el puente de Westminster en Londres o en el atentado con explosivos cometido en Manchester²⁵. Una vez que los países occidentales han adquirido conciencia de esta realidad, una parte muy importante de las medidas políticas y legislativas en el plano internacional y estatal se centra ahora en el discurso terrorista²⁶. Como consecuencia de

22. *Vid.* sobre lo que sigue Petzsche/Cancio Meliá, en: Lennon/King/McCartney (ed.), *A Festschrift for Professor Clive Walker*, pp. 151 y ss.

23. *Cfr.*, por ejemplo, Schmid/de Graaf, *Violence as Communication*, 1982, *passim*; Zöllner, “Willkommen in Absurdistan – Neue Straftatbestände zur Bekämpfung des Terrorismus”, *GA* 2010, pp. 607, 612 y ss.; Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pp. 67 y ss., con ulteriores referencias.

24. Europol, *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2017* (La Haya 2017) pp. 25 y ss., 29 y ss.

25. *Vid.*, por ejemplo, Neumann/Maher, “London attack: How are UK extremists radicalised?”, *BBC News* (5.6.2017). En todo caso, la investigación empírica sugiere que las redes sociales off line son tan importantes como las on line, especialmente, en lo que se refiere a la radicalización hasta el punto de superar el umbral del paso a la acción; respecto del caso español, *vid.* sólo Reinares/García-Calvo, *Actividad yihadista en España, 2013-2017: de la Operación Cesto en Ceuta a los atentados en Cataluña*, en: http://www.real-institutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/dt13-2017-reinares-garcia-calvo-actividad-yihadista-en-espana-2013-2017-operacion-cesto-ceuta-atentados-catalunya.

26. Por ejemplo, tanto la Convención del Consejo de Europa sobre prevención de terrorismo de 2005 como la Decisión Marco 2008/919/JAI, que reformó la DM 2002/475/

esta nueva estrategia, se han creado delitos de discurso terrorista en todos los Estados miembros de la UE²⁷. En estas infracciones, como es obvio, precisamente no es necesario que exista un concreto resultado; se trata, entonces, de delitos de preparación o *precursor crimes*²⁸. En cuanto tales, se plantea con carácter general la cuestión de hasta qué punto subsiste en cada una de las infracciones el vínculo –por tenue que sea– con alguna lesión posterior, esto es, que se presenta el riesgo de que se confunda el discurso terrorista (en cuanto acto terrorista legítimamente criminalizado) con determinado discurso *sobre* terrorismo (en cuanto mera difusión de opiniones difícilmente soportables)²⁹.

Si examinamos los delitos de discurso terrorista presentes en las legislaciones occidentales, cabe establecer tres categorías: la primera de ellas comprende actos de comunicación que suponen el comportamiento típico de la *colaboración* con una organización (o, en España, desde el cambio estructural en la LO 2/2015, un autor individual) terrorista. Esto es, el comportamiento típico consiste en un apoyo de índole material que no va dirigido a un concreto acto delictivo –en tal caso, como indica el art. 577.1. III CP, entran en juego las figuras de participación delictiva–, sino al mantenimiento de la organización en sí misma o, en el caso de autores individuales –aunque esta hipótesis, en lo que se alcanza a ver, aún no ha sido objeto de un proceso en

JAI, obligan específicamente a criminalizar la provocación pública de delitos terroristas, línea que sigue en la Directiva de 2017. *Vid.* por todos Petzsche, “The Penalization of Public Provocation to Commit a Terrorist Offence – Evaluating Different National Implementation Strategies of the International and European Legal Framework in Light of the Freedom of Expression”, ECLR 7 (2017), pp. 241, 243 y ss.

27. Mientras la DM 2002 estuvo dedicada sobre todo –como reacción a los atentados de 11.9.2001 en EE. UU.– al establecimiento de un “suelo” mínimo de regulación en materia de Derecho Penal antiterrorista (*vid.* sobre esto sólo Cancio Meliá, Los delitos de terrorismo, 2010, pp. 142 y ss.), hasta entonces ausente en muchos Estados miembro, la DM 2008 se dedicó ante todo a las conductas de adoctrinamiento/captación. Sobre la implementación de la Convención del Consejo de Europa y la DM 2008 en Alemania, Reino Unido y España cfr. el exhaustivo análisis de Petzsche, *Strafrecht und Terrorismusbekämpfung – Eine vergleichende Untersuchung der Bekämpfung terroristischer Vorbereitungshandlungen in Deutschland, Großbritannien und Spanien*, 2013; sobre el caso español en relación con la DM 2008 *vid.* Cancio Meliá, en: de la Cuesta Arzamendi et al. (ed.), *Armonización*, pp. 304 y ss.

28. *Vid.* Cancio Meliá/Petzsche, “Precursor Crimes of Terrorism”, en: Walker/Lennon (ed.), *The Routledge Handbook of Law and Terrorism*, 2015, pp. 194 y ss.

29. Petzsche/Cancio Meliá, en: Lennon et al. (ed.), *Counter-Terrorism*, 2018, pp. 151 y ss., 153.

España–, un comportamiento genérico de apoyo material al estatus de *terrorista in spe* del sujeto individual que recibe el apoyo.

Como muestra en el caso del ordenamiento español expresamente el elenco abierto de conductas típicas del art. 577.1 CP, los comportamientos allí previstos comprenden también actos de comunicación: proveer información, realizar conductas de captación o de adoctrinamiento o adiestramiento.

En este ámbito, la información es un medio de apoyo material directo para la actividad terrorista, un instrumento de fortalecimiento de la organización terrorista o de los planes de actuación de un individuo terrorista: así, por ejemplo, puede tratarse de información referida a “objetivos” de la actividad terrorista, o de la transmisión de datos sobre la actividad de los órganos de persecución penal, o referidos a los medios materiales de ejecución de los delitos terroristas nucleares³⁰.

Queda así excluida la interpretación de otros actos de comunicación distintos de los que tengan tal condición de apoyo directo que es la esencia de la colaboración: en concreto, la expresa mención del art. 577.1 CP a que puede darse colaboración “con las actividades *o con los fines* de una organización, grupo o elemento” terrorista. Si esta mención se concibe como mera adhesión, como apoyo difuso –en consonancia con el *slogan* “todo es ETA” utilizado en algunos sectores judiciales y políticos en la fase final de la persecución penal del “entorno” de esta organización terrorista–, el elemento estructural de la colaboración (el apoyo material)³¹ no está presente³² – se trata-

30. *Vid.* la exhaustiva clasificación hecha por Mestre Delgado, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, 1987, pp. 198 y ss.; Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pp. 236 y ss., 241 y ss., sobre la extensa casuística en relación con ETA.

31. Esta espita –el entendimiento de la mera adhesión como modalidad del delito de colaboración– puede considerarse hermenéuticamente cerrada por doctrina y jurisprudencia; cfr. Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, pp. 248 y ss.

32. En el caso alemán la misma problemática de la posible incriminación de la mera adhesión a título de colaboración, de la mera propaganda (*Sympathiewerbung*) –generado por el terrorismo de la RAF en los años setenta y ochenta del siglo pasado, que contaba con ciertos círculos de apoyo– evidentes excesos de incriminación vinieron dados por la posibilidad de establecer formas típicas de propaganda por parte de sujetos no vinculados orgánicamente al grupo: así se llegó a una situación en la que se perseguía por colaboración con organización terrorista a quien realizara una pintada de apoyo (“¡Viva la RAF!”); o el mero hecho de dibujar del símbolo de esa organización). Aparte de la desaparición endógena de este fenómeno de terrorismo, tuvo que ser el legislador –en el año 2002 (o sea, después de la autodisolución formal de la organización)– el que cortara estos excesos dejando en claro en la redacción típica que las conductas de mera propaganda (sin llegar a la captación) sólo entran en el alcance del tipo en caso de ser llevadas a cabo

ría, en todo caso, en el Derecho positivo español actual, de alguna infracción de pre-provocación, a las que se alude seguidamente, aquí, como parte de la tercera categoría, como modalidades del discurso terrorista de provocación (posiblemente: “captación” o “adoctrinamiento”).

La *segunda categoría* –desconocida hasta muy recientemente en los ordenamientos occidentales, y que sólo ha tenido entrada en algunos pocos, entre ellos, el español– supone la extensión de la lógica de la colaboración –en cuanto apoyo material en la preparación de delitos terroristas nucleares (esto es, los actos de violencia implícitos en cualquier estrategia terrorista para alcanzar el efecto de intimidación masiva)– a estadios aún anteriores a los de la colaboración, y en el marco de la esfera de una sola persona: *los actos pre-preparatorios individuales* mediante actos de recepción de comunicación (sin contacto personal), sea para la preparación material de la preparación de delitos nucleares de terrorismo (en el CP español, tipificados en el art. 575.2 I, “auto-adiestramiento”), sea que se trata de una preparación para la preparación a través de la génesis de –digamos– una disposición mental adecuada que algunos ordenamientos incriminan bajo el rótulo de “auto-adoctrinamiento” o “auto-radicalización”, tipificada por la LO 2/2015 expresamente en sus modalidades *on* y *off line* (art. 575.2 II y III CP, acceso habitual a contenidos o –ha de subrayarse, teniendo en cuenta la historia reciente española– *posesión* de textos perniciosos por *auto-adoctrinantes*). Aquí se aborda la tipificación no de la emisión, sino de la recepción de determinados actos de comunicación: se trata de la toma de conocimiento de determinados elementos de información que conducirían a (¿o revelarían?) la disposición del sujeto activo a prepararse para pasar de algún modo a la acción (la comisión de delitos de terrorismo). En este sentido, podemos hablar de un discurso terrorista *interior*, de una actividad comunicativa (de recepción) solitaria.

La *tercera categoría*, finalmente, consiste en aquel discurso terrorista que se dirige directamente a un círculo de destinatarios indeterminado con el fin de ganarlo para la comisión de determinados delitos nucleares de terrorismo, o a integrarse o colaborar con una organización terrorista (es decir, a cometer delitos de organización terroristas) o –desde la LO 2/2015– con individuos que de algún modo vayan a cometer alguna infracción de terrorismo: en este

por miembros de la organización como parte de sus actividades de pertenencia; *vid.* la información, por ejemplo, ya en NK²–Ostendorf, § 129 n.m. 3; sobre el estado actual de la cuestión *vid.* sólo Petzsche, ECLR 7 (2017), p. 251; Lohse, “§ 129a StGB”, en: Satzger/Schluckebier/Widmaier (ed.), StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, 2^a ed., 2014, n.m. 29.

sentido, cabe hablar –en un sentido amplio– de conductas de *provocación*. En este ámbito, la poco meditada política legislativa habida en España desde el año 2000 (en las reformas de las LO 7/2000, 5/2010 y 2/2015) ha conducido a que se hayan ido generando diversas “capas” de sedimentación legislativa descoordinada, de modo que las conductas de provocación a la realización de delitos de terrorismo se presentan deslavazadas en dos sectores distintos de la regulación positiva de los delitos de terrorismo³³.

Así, por un lado, aparece formalmente como modalidad de colaboración la conducta (comunicativa) de “*captación, adoctrinamiento...* que esté dirigida o, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo” (art. 577.2 CP). Se presenta así como una modalidad de colaboración un comportamiento que, obviamente, tampoco satisface los requisitos del modelo típico de “colaboración”: aunque, como es obvio, estas conductas pueden favorecer la actividad de la organización o de los autores terroristas, no hay contacto con estos, sino una incidencia directa en los destinatarios, por lo que no cabe hablar de “colaboración” en sentido estricto, que se encuentra vinculada al concepto de apoyo material (desde fuera) a la organización o un concreto autor; en consecuencia, las conductas, directamente dirigidas a un círculo de destinatarios, descritas como “captar” y “adoctrinar” deben entenderse como comportamientos de provocación (al menos, a un delito de organización, a ingresar en o colaborar con una organización o un autor terrorista).

También existe –como no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos de terrorismo–, por otro lado, la provocación, proposición y conspiración en el sentido de los arts. 17 y 18 CP, tipificadas en el art. 579.3 CP, junto con una modalidad de “incitación” realizada “públicamente o ante una concurrencia de personas” (art. 579.2 CP) y un comportamiento de pre-provocación o provocación difusa, consistente en difundir 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” (art. 579.1 CP). Tamaño *overkill* tipificador deja,

33. *Vid.* el detenido análisis de las diversas formas de provocación o similares en el CP español, y su relación con la colaboración mediante “adoctrinamiento” ofrecido por Galán Muñoz, EPCr 38 (2018), pp. 251 y ss., señalando lo difícil que resulta deslindarlas de la mera emisión de ideas, pp. 259 y ss.

desde luego, cubierta cualquier conducta que lejanamente pueda tener relación con la provocación *sensu stricto*³⁴.

Estos son los tres discursos terroristas (esto es: actos de comunicación que constituyen delitos de terrorismo) que presenta el ordenamiento español a día de hoy, que se cuenta, como se ha indicado, entre los más amplios de los países occidentales: *quartum non datur*. Para alcanzar el objetivo de las presentes páginas, deberemos verificar cuál es la modalidad de discurso terrorista que los comportamientos tipificados en el art. 578 CP pueden llegar a integrar.

3. ¿UN NEXO DE RIESGO?

Situándonos en el delito de enaltecimiento, como antes se anunciaba, la situación en doctrina y jurisprudencia es muy confusa a día de hoy. Por un lado, como se ha podido observar últimamente, por ejemplo, en la STS 95/2018 (caso *Cassandra*) –y ésta es la línea de interpretación que ha establecido el TC, sobre todo, en las STC 235/2007, existe una corriente, doctrinal y jurisprudencial, conforme a la cual los diversos delitos en materia del discurso terrorista de provocación deben mostrar una determinada idoneidad en términos de éxito de su comunicación, esto es, deben ser capaces de generar un riesgo de ulteriores actos de terrorismo. Una vez que se categoriza el delito del art. 578 CP como perteneciente a esta clase de discurso terrorista, le resultan de aplicación todos los elementos restrictivos en vigor, en particular, establecidos en la jurisprudencia del TC y en las normas de armonización europeas³⁵.

34. Desde el punto de vista aquí adoptado, de hecho, la reforma de la LO 5/2010 dejó (definitivamente) fuera de juego el elaborado intento de Alonso Rimo (RDPCr 4 [2010], pp. 55 y ss., 64 y ss., 66 y ss.) de encontrar un espacio propio para el art. 578 CP como provocación en sentido estricto, pero implícita: la nueva modalidad de incitación mediante “consignas o mensajes”, así como la conducta de “adoctrinamiento”, formalmente tipificada como modalidad de colaboración, han cegado cualquier espacio en este sentido.

35. *Vid.* la perspectiva general sobre la situación en las normas europeas en materia de provocación-instigación que ofrece Petzsche, “The Legitimacy of Offences Criminalising Incitement to Terrorist Acts: a European Perspective”, próximamente en: Llobet Angli/Cancio Meliá/Walker (ed.), *Precursor Crimes. The Criminalisation of Terrorism Risk Offences in Comparative Perspective*, en prensa para Edward Elgar Publishers, Reino Unido (12/2020).

Parece claro que ésta es una argumentación (minoritaria en la jurisprudencia ordinaria) que no deriva del tenor literal del texto (ni de la voluntad del legislador de 2000), sino que es consecuencia de un determinado entendimiento del marco constitucional en el que se mueve la infracción. De hecho, la otra opción interpretativa –la de afirmar que basta la mera manifestación tipificada, sin referencias de futuro o de contexto, representada de modo especialmente claro por la STS 4/2017 (caso *Strawberry*), y claramente mayoritaria en la jurisprudencia ordinaria–, desde este punto de vista, como ha afirmado Alonso Rimo, “...encuentra difícil encaje en nuestro sistema constitucional”³⁶.

En este contexto, como se ha señalado en la doctrina repetidamente, cobra especial relevancia el pronunciamiento del TC en su Sentencia 235/2007 respecto del hasta entonces delito de *negación* o justificación del genocidio (art. 607.2 CP)³⁷. Como parece claro, la proximidad de la conducta incriminada en ambos preceptos hacía que la posición del Tribunal sobre esta infracción debe incidir en su visión del delito del art. 578 CP³⁸. En lo que aquí interesa, la resolución tiene una doble dimensión: por un lado, declara la inconstitucionalidad de la modalidad de conducta de mera “negación” del genocidio, pero, por otro, mantiene la constitucionalidad de la alternativa típica referida a la “justificación” de esos delitos, aportando criterios de interpretación que son directamente trasladables al ámbito del art. 578 CP, en el que la exaltación y la humillación pueden conectarse con ulteriores hechos:

Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que, aunque sea de forma indirecta, supongan una provocación...

36. Cfr. Alonso Rimo, RDPCr 4 (2010), p. 38.

37. Sobre las dimensiones político-criminales de la regulación en diversos ordenamientos, y especialmente en el plano europeo, *vid.*, por todos, Fronza, *Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, 2018, *passim*.

38. *Vid.* sólo Ramos Vázquez, AFDUC 12 (2008), pp. 789 y ss.; Alonso Rimo, RDPCr 4 (2010), pp. 56 y ss.

Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos... de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

...Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal³⁹.

Como se observa, en este contexto habría que constatar efectos concretos (un clima de violencia y hostilidad) que de algún modo pudieran atribuirse al discurso en cuestión. Una posición que tiene como presupuesto que exista una audiencia potencial⁴⁰ –en nuestro ámbito, una audiencia potencialmente terrorista– que llevara hacia delante la cadena de riesgo pasando a la acción.

En efecto, como cabía esperar, el TC no ha abandonado esta línea de interpretación del alcance posible de la exaltación/apología, y en un desarrollo lógico de su posición de 2007 –y en consonancia con la comprensión de la apología/glorificación tanto en el Convenio del Consejo de Europa y en la Directiva UE 2017/541 (art. 5), antes citados– afirma en su STC 112/2016⁴¹ que

...la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada

39. STC 235/2007, FJ 9.

40. Jakobs afirma que la legitimidad de la norma alemana correspondiente, teniendo en cuenta el pasado colectivo de Alemania, podrá afirmarse mientras haya “una audiencia dispuesta” (“Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts” [1995], en: idem, *Strafrechtswissenschaftliche Vorträge* [ed. Pawlik], 2015, p. 85).

41. Cfr. últimamente sobre esta resolución el análisis de Galán Muñoz, *EPCr* 38 (2018), pp. 279 y ss., con ulteriores referencias.

tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores.⁴²

En el mismo sentido se ha manifestado el TC recientemente al anular la sentencia del TS en el caso Strawberry, estableciendo en su STC 35/2020 que

...no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal. Esta afirmación, sin embargo, no resulta suficiente, por sí sola, para entender completada en su integridad la ponderación constitucionalmente necesaria con carácter previo al examen de la tipicidad, en la medida en que no permite conocer cuáles han sido las bases sobre las que se puede concluir que la conducta del recurrente debía ser considerada como un ejercicio, sea o no extralimitado, del derecho a la libertad de expresión –con la consiguiente entrada en juego del principio de proporcionalidad en la restricción de un derecho fundamental– o debía ser excluida de este concepto.

El Tribunal constata que en las resoluciones impugnadas se ha hecho también una referencia al uso de las nuevas tecnologías como elemento amplificador del daño e, igualmente, que se ha dedicado especial atención al contenido de los mensajes emitidos por el recurrente y su efecto sobre la dignidad e integridad moral de las personas mencionadas en ellos. Ambos aspectos –contenido, emisión y efectos de los mensajes–, como se desprende de lo que hemos afirmado, forman parte de los criterios que hay que tomar en consideración cuando se da cumplimiento a la exigencia previa de ponderación del derecho a la libertad de expresión antes de analizar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo aplicable a la conducta imputada al recurrente.

Sin embargo, el Tribunal considera que también estas argumentaciones resultan insuficientes, pues se observa la ausencia de consideraciones en relación con la dimensión institucional de la libertad de expresión: valoración de la importancia de los mensajes controvertidos desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas en consonancia con el pluralismo propio de una sociedad democrática; ponderación de si tales mensajes son susceptibles de ser interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas; consideración acerca de si la condena penal de los mensajes podría producir un efecto desaliento o acarrear la desnaturalización del derecho a la libertad de expresión por parte de quienes se propongan ejercerla mediante la utilización de medios o con contenidos similares; estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, en su autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y de sus destinatarios, es equiparable a la

42. STC 112/2016, FJ 3.

defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional. Frente a la falta de consideraciones de esta naturaleza, se advierte que en la resolución impugnada se afirma concluyentemente que resultaba irrelevante ponderar cuál era la intención –irónica, provocadora o sarcástica– del recurrente al emitir sus mensajes, en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, con el contexto en que se emitían los mensajes y con el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos.

No corresponde a nuestra jurisdicción pronunciarnos sobre si la intención perseguida con los mensajes enjuiciados se integra como elemento en el tipo objeto de acusación. Ahora bien, desde la perspectiva de la exigencia constitucional de ponderar previamente la eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión, aquella intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho.

La posición central que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia. La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental⁴³.

Parece claro, entonces, que para el TC la conducta del art. 578 CP debe inscribirse, para poder ser una infracción legítima desde el prisma del derecho fundamental a la libertad de expresión, en el tercero de los discursos genuinamente terroristas que aquí se ha identificado: la provocación en

43. STC 35/2020, FJ 5.

sentido amplio, esto es, la génesis de un riesgo de fortalecimiento de la actividad terrorista nuclear. En este sentido, cabe imaginar casos en los que exaltación sea provocación, como se ha venido señalando en el texto. Sin embargo, como ha mostrado el análisis conceptual y de la aplicación de las conductas de exaltación como formas de provocación, queda claro que para ello debe darse una precondition: la existencia de un terrorismo activo al que se pretende reforzar mediante el discurso provocador. Sin este elemento, el discurso de exaltación no puede llegar a ser –ya conceptualmente– discurso terrorista de provocación.

4. ¿“OFENSA” A LOS “SENTIMIENTOS COLECTIVOS”?

Sin embargo, como se ha indicado, no es éste el entendimiento de la infracción que ha guiado a la jurisprudencia dominante de la jurisdicción ordinaria en muchos de los pronunciamientos habidos sobre la figura delictiva, en particular, en los pertenecientes a lo que se puede denominar “segunda fase” de su aplicación, una vez terminada la historia de ETA como organización terrorista activa en el año 2011 (en la “primera fase”, se trataba sobre todo de mensajes dirigidos al mundo de la “izquierda abertzale”; en la segunda, producida sobre todo *on line*, se trata normalmente de personas ajenas al entorno de alguna organización terrorista en activo).

Esta segunda vía de fundamentación del injusto de la infracción⁴⁴ está no en los posibles efectos futuros (el tipo básico del art. 578.1 CP no establece exigencia alguna de esta índole), en los riesgos generados, sino en el impacto –por así decirlo– *simbólico* que tiene el discurso de exaltación: se trata de una conducta intolerable porque supone una *ofensa* –en terminología estadounidense utilizada recientemente en este ámbito por Miró Llinares⁴⁵–, una *lesión a los sentimientos colectivos*⁴⁶, o, dicho de modo menos amable, la mera

44. Cfr., por todos, la exposición de Alonso Rimo, RDPCr 4 (2010), pp. 55 y ss., con amplias referencias, bajo el rótulo de “delito autónomo o de clima”.

45. “Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos “César Strawberry” y “Cassandra Vera”, en: LH Terradillos Basoco, 2018, pp. 1433 y ss., 1436 y ss.

46. Cfr., por todos, Hörnle, “Der Schutz von Gefühlen im Strafgesetzbuch”, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (ed.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, pp. 268 y ss.; *vid.* sobre el problema particular en relación con el art. 578 CP últimamente Carbonell Mateu, en: Alonso Rimo et al. (ed.), Terrorismo, 2018, pp. 331 y ss., 341 y ss.; Galán Muñoz, EPCr 38 (2018), pp. 272 y ss.

infracción de un tabú social⁴⁷. En la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, puede considerarse que esta perspectiva es mayoritaria, y queda representada sobre todo por la sentencia 4/2017, dictada en el caso *Strawberry*: no hay que comprobar ningún nexo de riesgo, el tipo no lo exige, basta con que se pronuncien las palabras de exaltación o humillación.

En este sentido, conviene indicar que es muy discutible que sea cierto que, como sostiene Alonso Rimo⁴⁸, sea (siempre) político-criminalmente preferible intentar interpretar este tipo de infracciones, si es hermenéuticamente posible, como delitos de preparación (es decir, con conexión de futuro), ya que la solución por un delito autónomo implicaría siempre “un incremento (todavía) mayor de la presión punitiva”⁴⁹.

Por el contrario, desde el punto de vista aquí asumido, es de temer que aquí estemos ante una elección entre Satanás y Belcebú: la reducción a la peligrosidad es una pendiente deslizante⁵⁰, supone la aceptación del paradigma policial de la prevención fáctica (exclusiva) como criterio legítimo en la criminalización⁵¹, y por ello no ofrece mayor salvaguardia frente a una interpretación expansiva de la figura en cuestión: siempre se puede encontrar algún tenue hilo de riesgo, si se busca con suficiente interés, igual que la interpretación en la línea de centrar el análisis en la “offense” ya hecha admite interpretaciones delirantemente amplias⁵². Desde el punto de vista aquí adoptado, la cuestión de la (i)legitimidad de la alternativa típica de exaltación es cualitativa, no cuantitativa, y se puede abordar desde ambas perspectivas teóricas con idéntico resultado.

47. Así ya Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, 2010, p. 285; se trata, por así decirlo, de la versión mendaz o degenerada de la protección de una institución social, en el sentido desarrollado por Jakobs.

48. En: idem/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (ed.), *Terrorismo*, 2018, pp. 215 y ss., 222 y ss.

49. Op. cit., p. 222; cursiva en el original; *vid. ya* antes idem, *RDPCr 4* (2010), pp. 13 y ss., 56 y s.

50. Como reconocía, desde el punto de vista aquí adoptado, implícitamente el propio Alonso Rimo (*RDPCr 4* [2010], p. 61) al comentar con acierto la doctrina de la “incitación indirecta” del TC: “...no resulta convincente la opción del TC de apoyar en el tan reiterado –como evanescente– elemento incitador indirecto la fundamentación de la limitación a las libertades fundamentales (y en particular aquí a la de expresión) que comporta la incriminación de esta clase de conductas” (cursiva añadida).

51. *Vid.* Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pp. 101 y ss., 111 y ss.

52. Cfr. el análisis de varias de resoluciones decisivas de los últimos años en Cancio Meliá/Díaz López, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?* (n. 9), § 4.II.

En este contexto teórico de la lesión simbólica u *offense* –en el que ahora no es posible entrar, como es obvio–, desde luego, no hemos avanzado nada si decimos: es que es una ofensa (o una *offense*); es que se protegen sentimientos colectivos⁵³. Habrá que explicitar si es legítima intervención penal más allá de estas “explicaciones”.

Por un lado, en este sentido, hay argumentaciones que se limitaban a afirmar –y cuya sinceridad debe elogiarse, desde luego–, en el momento de la introducción del precepto, que resultaba sencillamente insoportable contemplar los actos públicos de reafirmación de los partidarios de ETA. Desde la perspectiva de la noción de “Derecho penal” del enemigo⁵⁴ –es decir, de acuerdo con el punto de vista aquí adoptado, en un análisis de legitimidad⁵⁵–, parece claro que esta vertiente „simbólica“ dominante en este discurso consiste aquí en proclamar un mero *tabú* a la expresión de determinadas opiniones, algo obviamente incompatible con el principio de lesividad.

En todo caso, más allá de toda consideración sobre la legitimidad de tal legislación penal, en el plano descriptivo, queda claro, como subraya Jakobs⁵⁶, que tal clase de Derecho penal simbólico (en concreto, en referencia a los “delitos de protección de un clima”) es tanto más necesaria cuanto más débil sea la legitimidad de la Ley penal⁵⁷. Y, como es obvio, esta legitimidad se encuentra vinculada a la del sistema jurídico-político en su conjunto:

53. Y, desde la perspectiva aquí adoptada, tampoco podrá bastar con que constatemos que se trata de sentimientos “legítimos”, como indica Gimbernat Ordeig (en la presentación a la versión española del libro colectivo editado por Hefendehl/von Hirsch/Wohlers al que se acaba de hacer referencia [La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina Gimeno, presentación de Gimbernat Ordeig; 2016], pp. 10 y ss., 15 y s., 18: “...también los sentimientos de la generalidad, cuando son legítimos –y solo son legítimos cuando no están en contradicción con un derecho que le asiste al autor de la conducta supuestamente «escandalosa» o «perturbadora»–, pueden constituir un interés digno de protección penal”).

54. *Vid.* por todos Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., 2006; Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2 vol., 2006.

55. *Cfr.* el punto de vista aquí adoptado al respecto en: “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en: Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*², 2006, pp. 124 y ss., 141 y ss.

56. *Vid.* *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed. 1991, 2/25c.

57. *Cfr.* Sobre esta cuestión en la obra de Jakobs próximamente Cancio Meliá, “Non licet? Überlegungen zum Status der Kriminalpolitik in der Strafrechtslehre Günther Jak-

“La punición de un ataque a una institución (norma) sólo es legítima si la institución es, a su vez, legítima, y si no hay disponibles otros equivalentes funcionales menos invasivos que la pena. No basta una mera invocación de la constitución, pues hay que demostrar también la legitimidad de ésta”⁵⁸

¿Cuál sería la “institución” a proteger aquí? ¿El consenso de la sociedad española acerca de que el terrorismo es inaceptable? ¿Basta con constatar que la Constitución Española –como muestran, por ejemplo, los arts. 13?3 y 55.2 CE– rechaza con toda energía el terrorismo para legitimar la prohibición penal? ¿No hay equivalentes funcionales distintos del Derecho Penal disponibles? ¿Es necesario reforzar ese consenso social con penas criminales? ¿O es que se persigue algo muy distinto al legislar de este modo?

Está claro, en todo caso, que esta comprensión de la infracción (que cabe estimar implícitamente mayoritaria en la jurisprudencia) rompe toda posibilidad de considerar que este delito guarda relación alguna con los delitos de terrorismo, pero abre la posibilidad de considerar justificada la criminalización más allá del discurso terrorista (y de las injurias).

Sin que ahora proceda entrar en este debate, en todo caso, y en lo que aquí interesa, un análisis de legitimidad aun desde esta perspectiva debe considerar el contexto en el que se produce la manifestación, esto es, que tenga realmente capacidad de producir el intenso escándalo que pueda considerarse una *offense*, o una lesión relevante de esos “sentimientos colectivos”.

Parece claro que en los casos de más de una de las sentencias recaídas en la segunda fase de aplicación, no puede afirmarse de ningún modo que en el contexto actual de la sociedad española –y aquí confluyen los requisitos del modelo del riesgo con el análisis de la relevancia de las manifestaciones a efectos de infringir el *tabú*, o los “sentimientos colectivos”, si se prefiere– la referencia a hechos de un terrorismo completamente ubicado en el pasado, ya inexistente, pueda realmente generar esos efectos sociales: y, como es obvio, cada vez menos, conforme pasa el tiempo⁵⁹. De lo que se trata, entonces, en este entendimiento de la infracción, es de imponer con la pena una determinada visión del pasado (ya remoto, en ocasiones): por ejemplo, que fue un

obs”“, en: Kindhäuser et al. (ed.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, en prensa para ed. Mohr Siebeck (9/2018).

58. Jakobs, “Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem”, en: FS Amelung, 2009, pp. 37 y ss., 47.

59. *Vid.* últimamente, por todos, Carbonell Mateu, en: Alonso Rimo et al. (ed.), *Terrorismo*, 2018, pp. 331 y ss., 351, con ulteriores referencias.

acto de terrorismo asesinar en 1973 al entonces presidente del Gobierno de la dictadura militar Carrero Blanco, y no un acto de resistencia legítima. La ofensa a los sentimientos colectivos estribaría, entonces, en discrepar de la visión histórica mayoritaria.

Más allá de esta argumentación cuantitativa en cuanto al impacto social, a la ofensa a sentimientos colectivos, también hay una consideración *cualitativa* en torno al injusto del delito del art. 578 CP en la que se aparta el TS en su segunda línea de interpretación, representada por la sentencia en el caso *Cassandra*, y de modo radical, en realidad, de la perspectiva hermenéutica mayoritaria en el TS, sentada y representada en la STS 4/2017 (caso *Strawberry*) como punto de partida para el análisis *cuantitativo* del injusto del delito: se afirma que para la tipicidad del delito del art. 578 CP, más allá de la literalidad del precepto, que no exige vínculo hacia el futuro alguno, debe generarse un *riesgo* de ulteriores acciones – un riesgo, un potencial de futuro, que de modo evidente no presenta el supuesto de hecho:

...el TC incide de forma muy especial en que los actos que deben ser tipificados como delitos y objeto de sanción penal son aquellos que integran conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores siempre que operen como una incitación a cometer actos terroristas violentos que figuran tipificados en el Código Penal, pudiendo ser considerados como una manifestación del discurso del odio que incita a la violencia.

A ello ha de sumarse, tal como se expone en la sentencia 52/2018 de esta Sala, que la reciente Directiva (UE) 2017/541, aún en plazo de trasposición, expresa en su considerando 10 que «Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional.

Pues bien, en el caso enjuiciado entendemos que no se da ninguna de las circunstancias referidas en los criterios señalados en la jurisprudencia del TC, dado que el acusado ni dio muestras con su conducta de que estaba pretendiendo incitar a la violencia abusando de un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, ni provocaba al odio hacia grupos determinados, ni tampoco se

valía de mofarse del atentado contra un expresidente de Gobierno ocurrido hace más de cuarenta años con intención de justificarlo o de incitar a nuevos atentados⁶⁰.

De este modo, se defiende en la segunda línea de interpretación del TS una comprensión restrictiva muy distinta de la practicada en numerosas resoluciones recaídas respecto del delito del art. 578 CP⁶¹: se exige, partiendo de la jurisprudencia del TC y de la orientación de las normas de armonización de la UE en la materia, que el legislador español –al igual que el sector de la jurisprudencia representado por la sentencia del TS en el caso *Strawberry*– ha ignorado selectivamente hasta el momento⁶², la concurrencia de un vínculo a futuro viable de la comunicación de exaltación, se interpreta el delito como de peligro por idoneidad de la conducta típica: es necesario que se genere un riesgo.

Dicho de otro modo: se interpreta el delito del art. 578 CP como discurso terrorista de provocación o pre-provocación en el sentido de los arts. 577 CP (“captación” o “adoctrinamiento”) o 579 CP (con sus diversas modalidades de provocación y pre-provocación)⁶³.

Contrastando el caso con las reflexiones antes hechas al hilo de *Strawberry*, queda claro desde el principio que no nos encontramos ante un delito de discurso del odio. La acusada se refiere de modo reiterado a una sola víctima de un atentado, por lo que no es fácil extraer la existencia de un colectivo al que se refiera la conducta de comunicación, máxime siendo tal víctima un personaje público de quien pueden estereotiparse múltiples características. ¿Producía el *tweet* un efecto discriminatorio en los militares, en los marinos, en los antiguos comandantes de los recursos armados de la dictadura

60. STS 95/2018.

61. En la misma línea de la sentencia ahora comentada cabe citar también las SSTS 354/2017, de 17 de mayo y 378/2017, de 25 de mayo; *vid.*, por ejemplo, Bayarri García (en: Alonso Rimo et al. [ed.], Terrorismo, 2018, pp. 279 y ss., 282 y ss., 285 y s.), quien estima que esta última sentencia inaugura “una nueva línea jurisprudencial”; Carbonell Mateu, *op.cit.*, pp. 331 y ss., 352.

62. *Vid.* sobre el proceso de armonización en el caso español sólo Corral Maraver, *Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review VII (2017)*, pp. 201 y ss.; sobre el uso de las DM 2002 y 2008 por parte del legislador español en las últimas reformas (en particular: ignorando la exigencia, presente explícitamente ya en la DM 2008, de que el comportamiento provocador sea idóneo para generar un riesgo), *vid.* también Cancio Meliá, en: de la Cuesta Arzamendi et al. (ed.), *Armonización penal*, 2013, pp. 304 y ss.

63. Cfr. Cancio Meliá/Díaz López (n. 9), pp. 107 y ss.

nacional-católica? Tal condición no figura en los listados de delitos de odio de nuestro ordenamiento, impidiendo ello *a limine* calificar el discurso como de odio conforme al *discriminatory selection model*. ¿Acaso el efecto iría dirigido a los antiguos dirigentes políticos del régimen franquista, pretendiendo extraerse de ahí un efecto discriminatorio intimidante del mensaje frente a un colectivo –en ningún momento identificado concretamente– de sujetos caracterizados por una particular creencia o ideología? La reflexión se antoja muy forzada. Por otra parte, valorando la plausibilidad de un discurso de odio desde la óptica del *animus model*, que pudiera extraerse de las manifestaciones dirigidas a la concreta víctima de aquel lejano atentado un odio a aquel concreto personaje público no habilita sin más que pueda probarse la existencia de un móvil de odio basado en el prejuicio hacia todas aquellas condiciones personales que el almirante Carrero Blanco pudiera representar. No parece que pueda afirmarse o probarse que estemos ante un delito de discurso de odio desde ninguna perspectiva.

En lo que se refiere al posible carácter de discurso terrorista de la difusión de los chistes sobre el atentado contra el almirante Carrero Blanco⁶⁴, el análisis a llevar a cabo –y haciendo remisión a lo ya expuesto– es claro, en línea con el desarrollo argumental de la sentencia: no puede haber discurso terrorista porque está completamente ausente toda seriedad o credibilidad de la comunicación, tanto por el contenido del mensaje difundido, como por la falta de toda identificación del círculo de destinatarios, como, finalmente, por la completa ausencia de idoneidad de incitación de las manifestaciones difundidas. Cabe decir que conforme al modelo hermenéutico que representa la doctrina que contiene la sentencia, nunca debería haberse procedido contra la acusada, por ausencia manifiesta de toda capacidad de génesis de un riesgo en su conducta.

64. Dejando fuera del análisis del concretos supuesto de hecho la difícil cuestión, hasta ahora completamente omitida en la jurisprudencia (y en la doctrina), de hasta qué punto el ordenamiento jurídico español de la actualidad puede considerar un delito de terrorismo en sentido estricto un atentado contra la vida de un representante ejecutivo de una dictadura militar (¿sería constitutivo del delito del art. 578 CP, por ejemplo, la exaltación de la figura de Georg Elsner, quien en 1939 colocó un artefacto explosivo en el Bürgerbräukeller de Múnich para atentar contra la vida de Adolf Hitler? ¿o de la de alguien que hubiera atentado contra el dictador Franco directamente?, ¿o, como dice Carbonell Mateu [en: Alonso Rimo et al. [ed.], Terrorismo, 2018, pp. 331 y ss., 351], la de “los asesin[os] del general Prim o de Viriato, pastor lusitano”?).

En todo caso, también parece claro que esta dimensión de “lesividad” del segundo delito contenido en la infracción del art. 578 CP, si es que existe, nada tiene que ver con el discurso terrorista, de modo que resulta mendaz ubicar una infracción de estas características –aunque sea sólo formalmente– entre los delitos de terrorismo.

Esa mendacidad, por otra parte, no es un mero defecto estético, sino que implica, de modo muy real y práctico, la activación de todo el dispositivo legal-excepcional previsto en el plano procesal, que recorta de modo muy sensible el estatus del procesado, y, sobre todo, la atribución del conocimiento de la causa, sin que exista ninguna razón que pueda justificarlo, a la jurisdicción especial de la Audiencia Nacional.

5. EL INJUSTO DE LOS DELITOS DE TERRORISMO Y EL ARTÍCULO 578 CP

Como antes se ha esbozado, existen notables coincidencias fenomenológicas entre el discurso del odio y las manifestaciones tipificadas en el art. 578 CP: de modo particularmente claro en la segunda conducta incriminada, la de humillación de las víctimas, se observa que tiene como presupuesto el mismo proceso de categorización de las víctimas que es propio de los delitos de odio. Por otra parte, aunque no es presupuesto del tipo básico (como muestra la existencia del art. 578.2 CP), cabe imaginar que una manifestación típica, por ejemplo, de exaltación de un terrorista especialmente sanguinario genere efectos de intimidación masiva en un segmento de la ciudadanía. Sin embargo, ¿puede decirse que estamos ante un discurso terrorista? O, tomando prestada la expresión proveniente del debate norteamericano, ¿primos hermanos o parientes lejanos?⁶⁵

Si se parte de la aproximación que quiere ver la conducta en clave de provocación en sentido amplio –el único discurso terrorista que puede llevarse a cabo mediante las conductas de exaltación–, cabe imaginar perfectamente (en la alternativa de conducta de la exaltación) que uno de los actos de reafirmación (por ejemplo: el homenaje a un militante muerto) interna que eran habituales en el campo político de ETA tuviera el efecto directo (y que este efecto fuera perseguido) de captar a alguna persona para la organización o de influir decisivamente en el proceso de deliberación interna de un asistente,

65. Deloughery/King/Asal, SAGE Journals. *Crime & Delinquency*, vol. 58 n. 5 (2012), pp. 663-688.

empujándolo a comenzar a cometer delitos de terrorismo. ¿Sí puede haber discurso terrorista en el art. 578 CP, al menos en algunos casos, y, en esa medida, la infracción tendría sentido como delito referido al terrorismo o de terrorismo?

Esta idea debe rechazarse en un doble sentido. Por un lado, porque los elementos comunicativos del discurso terrorista de provocación, de favorecimiento de una organización, o de incitación directa o indirecta a la realización de delitos de terrorismo, como hemos visto, ya están tipificados de modo más específico en otras infracciones, y con penas distintas. El art. 578 CP no juega aquí papel propio alguno. Por otra parte, porque, ni la jurisprudencia hasta ahora mayoritaria ni el tenor literal del art. 578 CP exigen la existencia de ese hilo hacia el riesgo, o sea, que, de momento, se ha rechazado expresamente la necesidad –en contra de los requerimientos de la jurisprudencia del TC– de que se dé un discurso provocador.

En todo caso (con independencia que se opte por el entendimiento de la infracción como posible delito de preparación o como delito de ofensa a los sentimientos colectivos), lo decisivo es que no cabe imaginar ninguna conducta del art. 578 CP que *por sí misma* –sin integrar una forma de discurso terrorista de provocación, como se ha mostrado– pueda mostrar la necesaria conexión con uno de los tres elementos nucleares de terrorismo: la vinculación con la comunicación terrorista hacia el Estado, el elemento del desafío al Estado que es la esencia de la proyección política característica de todo terrorismo.

Dicho de otro modo: sea que haya de exigirse un nexo de riesgo, ubicando el precepto en el contexto europeo y de la jurisprudencia constitucional, o sea que quepa estimar adecuada la interpretación mayoritaria de la jurisprudencia –que se contenta con las manifestaciones típicas sin más–, lo cierto es que se trata de una infracción –en la vertiente de exaltación/justificación– estructuralmente ilegítima, porque hace pasar por un delito de terrorismo aquello que en sí no puede serlo (y cuando el supuesto sí lo es, ya está tipificado en otras modalidades positivas de discurso terrorista de provocación).

Quien sólo habla de terrorismo (sin llamar a filas o reforzar un colectivo terrorista [existente, no del pasado ya concluido], ni provocar un acto concreto o generar un riesgo de que así suceda), aunque sea de modo escandaloso, no está emitiendo discurso terrorista.

En definitiva, las conductas tipificadas en el art. 578 CP no pueden adscribirse, como tales, estructural o conceptualmente al discurso terrorista (aunque sí pueda haber un específico y agravado injusto de injurias en la

alternativa de conducta referida a la humillación de las víctimas de delitos de terrorismo). Cuando algún supuesto de hecho incardinable en el art. 578 CP llega a integrar un discurso de odio o discurso terrorista delictivo, ya queda abarcado por otros preceptos más específicos, por lo que la existencia del art. 578 CP es, a estos efectos, inadecuada sistemáticamente por superflua, y resulta muy perturbadora en la práctica⁶⁶.

66. Si se estimara necesario, podría tipificarse como modalidad agravada del delito de injurias aquella referida a víctimas del terrorismo por su condición de tales, incluyendo, en su caso, personas ya muertas.