



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen

elaborado por

LUCAS GABRIEL MENÉNDEZ CONCA

**Sobre el delito de enaltecimiento del terrorismo. Análisis crítico de la SAN 34/2017, de 4 de diciembre:
El caso "La Insurgencia"**

(Una muestra más del deterioro que está sufriendo la libertad de expresión en nuestro país).

Director: Miguel Ángel Boldova Pasamar

Facultad de Derecho / 2018

Máster de Acceso a la Abogacía

ÍNDICE

I. Objeto del presente dictamen.	Pág. 5
II. El delito de enaltecimiento del terrorismo: su situación actual en nuestro país.	Pág. 7
III. La SAN 34/2017, de 4 de diciembre: El caso "La Insurgencia".	Pág. 13
1. Breve descripción de los hechos.	Pág. 13
2. Estrategia de defensa ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.	Pág. 15
2.1. La concurrencia de los tres primeros elementos que conforman el delito de enaltecimiento del terrorismo.	Pág. 16
2.2. El cuarto elemento del delito: la presencia del dolo tendencial caracterizador del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo. El elemento subjetivo o intencional.	Pág. 17
2.3. El quinto elemento del delito: Las acciones o palabras que por las que se enaltece o justifica el terrorismo deben propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.	Pág. 29
2.4. Estrategia subsidiaria. Moderación penológica.	Pág. 40
2.5. Conclusión final de la estrategia desarrollada.	Pág. 41
IV. Incidencia de la SAN 6/2018, de 18 de septiembre. Breve crítica a la misma.	Pág. 45
V. Excurso. Presente y futuro del delito de enaltecimiento del terrorismo. Postura de la doctrina y opinión personal crítica.	Pág. 47

1. Derogación del delito de enaltecimiento del terrorismo.	Pág. 47
1.1. Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión.	Pág. 55
1.2. Problemas a los que se enfrenta la proposición de derogación.	Pág. 58
2. Necesaria interpretación restrictiva.	Pág. 63
3. Vulneración del principio de proporcionalidad: pena de prisión e inhabilitación absoluta y especial.	Pág. 66
4. El problema probatorio: la psicología social.	Pág. 72
VI. Conclusión final global del dictamen.	Pág. 73
VII. Normativa aplicada.	Pág. 76
VIII. Otros textos jurídicos utilizados.	Pág. 77
IX. Referencias bibliográficas.	Pág. 78

LISTADO DE ABREVIATURAS

AN – Audiencia Nacional

Art./s.- artículo/artículos

c. - contra

CP – Código Penal

D./D^a- Don/Doña

ETA - Euskadi Ta Askatasuna

FD - Fundamento de derecho

GRAPO - Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre

n.º – número

SAN – Sentencia de la Audiencia Nacional

ss. - siguientes

STC - Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH – Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS - Sentencia del Tribunal Supremo

TC - Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS - Tribunal Supremo

p./pp. - página/s

PCE(r) - Partido Comunista de España (reconstituido)

vid.- véase

I. Objeto del presente dictamen.

Este dictamen tiene como objeto, en primer término, el análisis y la crítica, desde la perspectiva del Derecho Penal, Derecho Constitucional y Europeo y la jurisprudencia de nuestros altos tribunales y del TEDH, de la SAN 34/2017, de 4 de diciembre -Caso "La Insurgencia"¹, y en segundo lugar, consiste en un comentario crítico más general del delito de enaltecimiento del terrorismo, haciendo especial hincapié en las consecuencias que conlleva su aplicación en la práctica.

Para la realización de este trabajo he decidido escoger el caso "La Insurgencia", grupo de "hip-hop" cuyos miembros fueron condenados el 4 de diciembre de 2017 por la Audiencia Nacional a la pena de dos años y un día de prisión, multa de dieciséis meses e inhabilitación absoluta por un periodo de ocho años y un día, por la comisión de un delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo. Tuve conocimiento de este asunto a través de la prensa, siendo éste uno de muchos de los casos que se han dado en los últimos años en que está implicada la libertad de expresión y los límites a ésta. Aunque abordaré ampliamente esta cuestión a lo largo del presente dictamen, he de comenzar diciendo que me ha parecido particularmente interesante este asunto por dos razones.

En primer lugar, el análisis de este caso me ha permitido adentrarme en el estudio del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo y su confrontación con el derecho constitucional a la libertad de expresión, examinando sus distintos elementos y comprobando si han concurrido en este caso, con especial atención a la reciente normativa y jurisprudencia europea. En segundo lugar, se trata de un asunto que cuando empecé a analizarlo, aún no había llegado a conocimiento de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, por lo que decidí realizar una estrategia de defensa de cara a interponer un hipotético recurso de apelación ante dicha Sala, realizando una crítica de aquellos puntos de la sentencia de primera instancia de la Audiencia Nacional que considero criticables y procurando aportar los argumentos necesarios para obtener una sentencia absolutoria en segunda instancia.

1 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 4ª, Sentencia 34/2017 de 4 Dic. 2017, Rec. 14/2017 (La Ley 170042/2017).

Pese a que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado aún sobre este caso, sí que se ha modificado muy recientemente el fallo de la sentencia que aquí se analiza por la SAN 3340/2018, de 18 de septiembre², que tras interponerse recurso de apelación, rebajó la pena impuesta a los condenados a seis meses y un día de prisión y multa de cuatro meses. No obstante, dada la fecha en que fue dictada dicha sentencia (en la cual ya se había procedido a analizar y contradecir en detalle la sentencia de instancia) y que la misma solo modifica la pena impuesta, se pondrán en relación ambas sentencias, pero el recurso que se planteará en el presente dictamen se interpondrá contra la primera sentencia dictada por la Audiencia Nacional, de 4 de diciembre de 2017, procurando diseñar una estrategia de defensa con el objetivo de lograr la absolución de los acusados, no únicamente la rebaja de la pena impuesta. Es decir, la estrategia de defensa que aquí se plantea se entiende desarrollada -y de hecho así ha sido realmente- con anterioridad a que se dictase la referida sentencia en grado de apelación el 18 de septiembre del presente año.

Respecto de la documentación de partida, además obviamente de servirme de jurisprudencia y normativa nacional y europea, así como de monografías y artículos de diversos juristas, para la realización del presente dictamen he utilizado fundamentalmente la sentencia n.º 34/2017, de 4 de diciembre, dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el procedimiento abreviado n.º 14/2017, siendo ponente Dña. María Teresa Palacios Criado.

He de advertir que en el presente dictamen únicamente se analiza el delito de enaltecimiento del terrorismo, ya que por una cuestión sistemática y de espacio no son objeto de estudio los actos de descrédito, menosprecio y humillación a sus víctimas castigados también en el art. 578 CP. Asimismo, sin perjuicio de que al final del presente trabajo se realicen una serie de consideraciones teóricas y críticas, tampoco es objeto de este trabajo el análisis exhaustivo de la naturaleza jurídica de aquella figura delictiva, puesto que ello ha sido abordado suficientemente por la doctrina y excedería de las pretensiones de este dictamen, que ha de consistir en la propuesta de la solución jurídica más ajustada a los intereses del cliente y con posibilidades de éxito ante un tribunal, actuando en este caso como abogado de la defensa.

2 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sentencia 6/2018 de 18 Sep. 2018, Rec. 5/2018 (La Ley 166131/2018).

II. El delito de enaltecimiento del terrorismo: su situación actual en nuestro país.

Antes de abordar las cuestiones que se plantean en este caso, es conveniente hacer una breve introducción del delito de enaltecimiento del terrorismo y su situación actual en nuestro país. Sin tratar de ser exhaustivo, por tratarse de un punto ya desarrollado en numerosas ocasiones por abundantes autores, se ha de indicar que el delito de enaltecimiento del terrorismo -denominado por gran parte de la doctrina «*apología del terrorismo*»- se introdujo, en el art. 578, en la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre³. Dicha reforma fue ampliamente criticada por gran parte de la doctrina, por considerarla como la más polémica, la más innecesaria y –como se desarrollará más adelante- la de más difícil adecuación a los principios constitucionales⁴.

El art. 578 CP fue objeto de una nueva reforma por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo⁵, que introdujo diversas agravaciones de las penas que podían imponerse por este delito, pudiendo ser condenado, incluso, a una pena superior a los dos años en caso de concurrir alguno de los supuestos agravados recogidos en dicho artículo. Las penas pasaron de ser de entre 1 a 2 años de prisión a un intervalo de 1 a 3 años, además de llevar aparejada una pena de multa. La referida reforma introdujo conceptos abiertos e indeterminados en su contenido poco casables con otro derecho fundamental, como es el principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*.

Las mencionadas reformas evidencian la errática política del legislador para afrontar este problema, ya que, como se verá más adelante, con la punición de dichas conductas se recortan las libertades públicas y se adelantan las barreras de punición a supuestos en los que no se aprecia potencial peligro de lesión de bienes jurídicos.

Como se ha dicho, el delito de enaltecimiento del terrorismo está regulado en el art. 578

3 Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

4 RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 12, 2008, p. 774.

5 Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

del vigente Código Penal, cuyo primer apartado castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses *"el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares"*.

La conducta típica consiste en «enaltecer» o «justificar». De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, «enaltecer» es ensalzar, engrandecer, exaltar o alabar, y «justificar» consiste en hacer justo algo, probar la inocencia de alguien en lo que se le imputa o se presume de él, o probar algo con razones convincentes, testigos o documentos. Por consiguiente, este delito está configurado como un tipo abierto, al ser innumerables las posibles conductas típicas, que pueden consistir, por ejemplo, en realizar una pintada en una pared, cantar una canción de rap, escribir un *tuit*, o incluso contar un chiste.

A través del castigo del enaltecimiento del terrorismo se pretende la interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 8 de julio de 1999, caso Sürek c. Turquía; y de 4 de diciembre de 2003, caso Müslüm c. Turquía), como nuestro Tribunal Constitucional (entre otras, STC 235/2007, de 7 de noviembre⁶) califican como *«discurso del odio»*, consistente en la alabanza o justificación de acciones terroristas.

El segundo apartado del art. 578 CP prevé una agravación de la penas, que se impondrán en su mitad superior cuando los hechos descritos en el primer apartado se hubieran realizado *"mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información"*, lo que de hecho ocurre en la mayoría de casos de enaltecimiento del terrorismo que llegan a los tribunales⁷.

6 Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 235/2007 de 7 Nov. 2007, Rec. 5152/2000 (La Ley 170196/2007).

7 No han faltado críticas a esta agravación de la pena aplicable de forma automática a las manifestaciones difundidas a través de los medios de comunicación (en la práctica, fundamentalmente en Internet). Así, por ejemplo, Germán M. Teruel Lozano afirma que *"en este sentido, me plantea dudas que el Legislador prevea agravantes para el caso de que el mensaje se haya difundido a través de un medio que lo haga accesible a un elevado número de personas, ya que en buena medida este reproche ya está ínsito en el desvalor de la conducta básica"*. TERUEL LOZANO, G.M., «Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo», en *InDret*, n.º 3, 2018, p. 26.

Por su parte, Jesús Bernal del Castillo se plantea *"la duda de la necesidad de convertir el uso de las redes*

Conforme a su apartado tercero, se impondrán también la penas en su mitad superior, pudiendo llegar a elevarse hasta la superior en grado, *"cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella"*⁸.

Además, se prevé en su apartado cuarto que el juez o tribunal acuerde la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se puede acordar la retirada de los contenidos.

De la lectura del tenor literal de dicho artículo se comprueba la confrontación que supone dicho delito con el derecho fundamental a la libertad de expresión, reconocido en el art. 20 de nuestra Constitución, instrumento de la libertad de pensamiento, que ha sido definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional como uno de los pilares fundamentales en los que se asienta nuestra democracia en tanto que sociedad plural y libre.

Obviamente, además de ser regulada en nuestra Constitución, la libertad de expresión se reconoce y ordena en diversos textos internacionales y europeos de ineludible importancia,

sociales en un supuesto automáticamente agravado en el art. 578.2, tal y como ha hecho la reforma del CP de 2015. Si la publicidad es un elemento del tipo de enaltecimiento, el uso de las redes sociales constituye en realidad una forma particular de otorgar esa publicidad al mensaje, que en las circunstancias actuales constituirá la forma habitual de cometer este, por lo cual resulta discutible la necesidad de añadir un tipo que agrave automáticamente el contenido de injusto en esos supuestos (art. 578.2)". BERNAL DEL CASTILLO, J., «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del «discurso del odio»», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, n.º 16, 2016, p. 27.

- 8 Lo cierto es que también ha sido objeto de controversia este apartado, puesto que, como defiende Pastrana Sánchez, *"parece darse a entender que los apartados precedentes al tercero sancionan comportamientos que ni siquiera tienen que resultar idóneos para incitar directa o indirectamente a la comisión de delitos, alterar la paz pública o crear sentimientos de inseguridad"*. PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., «Interpretación judicial del derecho y terrorismo: Especial referencia al enaltecimiento», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, n.º 17, 2017, pp. 387-388.

En el mismo sentido se pronuncia Juan Carlos Carbonell Mateu, quien señala que *"si la afección grave al pretendido bien jurídico implica un tipo considerablemente agravado, habrá que entender que la aplicación del precepto básico no la requiere; basta con una afección leve"*. CARBONELL MATEU, J.C., «Crítica a los sentimientos como bien jurídicopenal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas "más allá de la provocación y la injuria"», en *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 349.

como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 19), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 10) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 19).

La situación actual que padece el derecho a la libertad de expresión en nuestro país ha sido analizada de forma destacable en un informe de Amnistía Internacional denominado "*Tuitea... si te atreves. Cómo las leyes antiterroristas resitringuen la libertad de expresión en España*", publicado en marzo de 2018. En el citado informe, Amnistía Internacional pone de manifiesto cómo en España se está atacando la libertad de expresión, persiguiendo el gobierno toda una serie de expresiones en Internet, desde letras de canciones políticamente controvertidas hasta simples chistes.

Así, se afirma que las autoridades vienen utilizando el art. 578 CP para reprimir las expresiones de índole política, sobre todo en las redes sociales, y a la comunidad artística del país. Amnistía Internacional recuerda que el derecho a la libertad de expresión incluye, a grandes rasgos, expresiones que ofenden, escandalizan y molestan.

Asimismo, dicho informe señala que, pese a que el Derecho internacional permite a los Estados imponer ciertas limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión, impone unas condiciones estrictas que han de cumplir todas las limitaciones para que las restricciones a la libertad de expresión sean legítimas: deben estar establecidas en la ley de un modo claro y accesible; solo pueden imponerse para ciertos fines legítimos específicos (como preservar la seguridad nacional o el orden público); deben ser manifiestamente necesarias (esto es, la medida ha de ser menos intrusiva que el alcance del fin perseguido) y proporcionadas; y no deben menoscabar el propio derecho fundamental a la libertad de expresión.

Sin embargo, en el referido informe se sostiene que muchos procesamientos recientes por el delito de enaltecimiento del terrorismo en nuestro país no cumplen el citado requisito de que las restricciones de la libertad de expresión han de ser estrictamente necesarias y proporcionadas para lograr un fin legítimo, en este caso la seguridad nacional, y que en la actualidad no parece que grupos armados como ETA y GRAPO representen una amenaza inminente para la seguridad nacional, ya que en este momento ambos han desaparecido en

nuestro país. Ello refleja un clima de una intolerancia creciente y peligrosa hacia cualquier expresión, incluida la artística, que pueda considerarse provocadora, inquietante o incluso ofensiva.

Este informe defiende que se está produciendo en España un uso abusivo de las disposiciones antiterroristas que incumple las leyes y normas internacionales de derechos humanos y conlleva como resultado una autocensura cada vez mayor y, en general, un efecto inhibitorio en la libertad de expresión en España, creándose un entorno en el que las personas teman expresar opiniones poco populares o incluso hacer chistes polémicos.

Por su parte, el Informe 2017/18 de Amnistía Internacional titulado "*La situación de los Derechos Humanos en el mundo*", publicado en el año 2018, se refiere a las decenas de personas procesadas por haber cometido delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas en las redes sociales, señalando que en muchos casos las autoridades españolas presentaron cargos contra personas que habían expresado opiniones que no constituían incitación a cometer un delito de terrorismo y que se inscribían entre las formas de expresión permisibles con arreglo al Derecho internacional de los derechos humanos. Dicho informe destaca que nuestro poder judicial continúa aplicando de manera desproporcionada la legislación antiterrorista.

En este sentido, el 21 de abril de este año, el medio de comunicación digital *eldiario.es* publicaba una noticia alarmante en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo. Desde el cese de la violencia de ETA, el 20 de octubre de 2011, hasta 2018 se produjeron 121 sentencias por apología de ETA, cuatro veces más que en los siete años anteriores. Desde dicha fecha, el 79% (83) de los casos que han llegado a juicio, han finalizado con sentencias condenatorias⁹.

Se informa de que en solo un trienio las condenas pasaron de 20 a 40 desde que en 2015 se cambió el Código Penal para endurecer el castigo a la apología terrorista en Internet. Mientras que entre 2004 y 2011, cuando la banda armada aún cometía atentados, hubo 33

9 Fuente: Artículo publicado el 21 de abril de 2018 en el *Diario.es*.
https://www.eldiario.es/politica/Enaltecimiento-terrorismo-delito-multiplico-ETA_0_762923970.html.

sentencias por este delito, en los siete años siguientes hubo 121, casi cuatro veces más, de las que 83 fueron condenatorias.

Resulta también preocupante el aumento de las sentencias dictadas en conformidad en esta materia, en casos en que pese a la escasa gravedad de las manifestaciones o expresiones proferidas, sus autores prefirieron conformarse con la pena y obtener una rebaja de la misma ante el temor a sufrir una condena mayor. Pueden citarse, entre otras, las recientes SSAN 19/2016, de 19 de mayo¹⁰; 4/2017, de 28 de febrero¹¹; y 5/2017, de 16 de marzo¹².

Ambos informes destacan el progresivo declive de la libertad de expresión que se está produciendo en nuestro país, que se ve corroborado por dichos datos y se ejemplifica en lo que les ha ocurrido a los miembros del grupo de rap "La Insurgencia", que no solo vieron ilegítimamente limitada su libertad de expresión, sino que por sus canciones fueron condenados a la pena de dos años y un día de prisión e inhabilitación absoluta por un periodo de ocho años y un día, así como a una cuantiosa pena de multa por un delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo¹³.

Por desgracia, no se trata de un caso aislado, sino que son muchas las personas que se han visto perseguidas por la mera exteriorización de sus opiniones y deseos o de sus simples discrepancias ideológicas. De ahí que numerosos juristas afirmen que actualmente el Derecho Penal se está convirtiendo en un medio de limitación de determinados derechos fundamentales, en lugar de lo deseable, esto es, que sean los derechos fundamentales recogidos constitucionalmente los que limiten el uso del Derecho Penal.

10 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª, Sentencia 19/2016 de 19 May. 2016, Rec. 3/2016 (La Ley 103718/2016).

11 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia 4/2017 de 28 Feb. 2017, Rec. 19/2016 (La Ley 13140/2017).

12 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª, Sentencia 5/2017 de 16 Mar. 2017, Rec. 2/2017 (La Ley 34020/2017).

13 Como se ha explicado, las penas impuestas a los miembros de "La Insurgencia", con excepción de la inhabilitación absoluta, fueron rebajadas posteriormente por la SAN 6/2018, de 18 de septiembre, en aplicación del art. 579 bis. 4 CP.

III. La SAN 34/2017, de 4 de diciembre: El caso "La Insurgencia".

1. Breve descripción de los hechos.

Una vez comentada la preocupante situación en la que nos encontramos, se pasará a exponer de forma breve los hechos que dieron lugar al enjuiciamiento del caso que aquí se analiza. "La Insurgencia" es un grupo colectivo de músicos que se dedica a la producción y publicación masiva de canciones del género "hip-hop", con perfiles públicos y abiertos en las distintas redes sociales, pero con una especial incidencia en la red social Youtube.

Cuando fue dictada la SAN 34/2017, de 4 de diciembre, el grupo "La Insurgencia" estaba compuesto por trece artistas residentes en España (uno de ellos menor de edad, por lo que no pudo ser enjuiciado en el mismo procedimiento que sus compañeros) y cinco residentes en Sudamérica, y disponía en la red social Youtube de 341 vídeos publicados en su canal. Desde la creación de su perfil en Youtube el 24 de julio de 2012, "La Insurgencia" contaba a 4 de diciembre de 2017 con unos 1.900 suscriptores y más de 400.000 visualizaciones de sus contenidos.

El Ministerio Fiscal consideró que el contenido de sus canciones ensalzaba de una manera casi sistemática a la organización terrorista PCE(r)-GRAPO, así como a sus integrantes, manteniendo una tónica subversiva frente al orden constitucional democrático, por lo que en su escrito de calificación provisional consideró los hechos como constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578.1 y 2 CP.

La acusación pública solicitó para cada acusado la pena de dos años y un día de prisión y multa de dieciséis meses con una cuota diaria de diez euros, así como la pena de inhabilitación absoluta por un período de nueve años, incluyendo la pena accesoria legal de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante la condena y las costas procesales derivadas del procedimiento. Asimismo, solicitó que fuesen retirados de Internet los contenidos objeto del delito, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 578.4 CP. Por su parte, la defensa de los doce acusados mostró su disconformidad con el escrito de calificación provisional formulado por la acusación al entender que los hechos no eran constitutivos de

delito, interesando la libre absolución de sus representados.

La celebración del Juicio Oral tuvo lugar los días 2 y 3 de noviembre de 2017. Una vez analizado el material probatorio y la normativa y jurisprudencia aplicables, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional entendió que los doce miembros de "La Insurgencia" habían incurrido en un delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, definido en el art. 578 CP, del que venían siendo acusados.

Por consiguiente, dictó una sentencia por la cual condenó a los doce miembros a la pena de dos años y un día de prisión y una multa de dieciséis meses con una cuota diaria de diez euros, acordando asimismo la retirada de Internet de las canciones del grupo que la Sala estimó que no estaban amparadas por la libertad de expresión.

Cabe destacar que esta sentencia cuenta con un voto particular de la magistrada Dña. María Ángela Murillo Bordallo, que discrepó profundamente de la decisión condenatoria adoptada por la mayoría del Tribunal, ya que consideró que los acusados debían haber sido absueltos por no haber cometido delito alguno.

Las estrofas de las canciones que se consideraron que enaltecían manifiestamente el terrorismo e infringían, por tanto, el art. 578 CP se encuentran transcritas entre la página n.º 10 y la 42 de la sentencia, que por una cuestión de espacio no serán reproducidas, sin perjuicio de que más adelante se mencionen expresamente algunas de ellas al analizar los argumentos utilizados por la Audiencia Nacional para fundamentar su fallo.

Muy recientemente se ha dictado la referida SAN 6/2018, de 18 de septiembre. Aunque será objeto de análisis posteriormente, esta sentencia ha introducido unos hechos que no pueden obviarse y es que como consecuencia del recurso de apelación que interpusieron los condenados, se dictó una nueva sentencia que, atendiendo a la menor gravedad de los hechos, rebajó las penas de prisión y multa impuestas en dos grados en aplicación de lo dispuesto en el cuarto apartado del art. 579 bis CP.

2. Estrategia de defensa ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

En este apartado se expondrán los argumentos en que se habría basado el recurso de apelación que se habría interpuesto en defensa de los miembros de "La Insurgencia" contra la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Nacional¹⁴, recordando de nuevo que esta estrategia de defensa se ha realizado con anterioridad a la modificación penológica realizada por la SAN 6/2018, de 18 de septiembre.

Dicho recurso se interpondría de conformidad con lo dispuesto en los arts. 846 ter y 790 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se fundamentaría en el siguiente motivo de apelación: Infracción de ley, al amparo del art. 790.2 LECrim por aplicación indebida del art. 578 del Código Penal y consecuente vulneración del art. 20 de la Constitución Española (libertades de expresión y artística). El debate planteado en segunda instancia versaría sobre una cuestión estrictamente jurídica, por lo que para su resolución no resultaría necesario oír personalmente a los acusados en un nuevo juicio público.

No se desarrolla ampliamente otro motivo de apelación posible como la vulneración del principio de proporcionalidad, amparado en los arts. 15 y 15.1 CE, por dos razones. En primer término, esta parte considera que las conductas realizadas por este grupo de músicos han de considerarse en todo caso atípicas porque no concurren todos los elementos indispensables que componen el tipo del art. 578 CP, por lo que la consecuencia necesaria de ello ha de ser su absolución, no una rebaja de la pena. Así se defenderá a lo largo de este apartado.

En segundo lugar, puesto que los propios condenados consiguieron a través de la apelación una rebaja de la pena y la propia sentencia de 18 de septiembre fundamenta suficientemente en que se basa para rebajar la pena en dos grados, sería superfluo limitarse a reproducir aquellos argumentos en este dictamen. Además, ha de intentarse desarrollar una estrategia de defensa que pretenda conseguir la única resolución que sería ajustada a Derecho atendiendo a los hechos probados, esto es, la absolución plena de los condenados. Todo ello sin perjuicio de alegar de forma subsidiaria dicho motivo de apelación consistente en una

¹⁴ Se interpondría recurso de apelación (arts. 846 ter y 790 y ss. LECrim), pese a que el fallo de la SAN 34/2017, de 4 de diciembre, indica erróneamente en su fallo que el recurso que cabe interponer contra dicha sentencia es el de casación ante el Tribunal Supremo.

vulneración del principio de proporcionalidad, en el solo caso de que la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional considerase punible la conducta realizada por los miembros de "La Insurgencia".

Si bien este apartado está separado en una serie de subapartados, todos ellos han de entenderse conjuntamente y forman parte de una estrategia de defensa unitaria con el fin de contradecir los distintos argumentos en que basó la Audiencia Nacional su sentencia condenatoria.

2.1. La concurrencia de los tres primeros elementos que conforman el delito de enaltecimiento del terrorismo.

Como se ha anticipado, se ha de examinar si en este caso concurren todos y cada uno de los elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo definido en el art. 578 del Código Penal, para lo cual se seguirá el orden que utiliza la sentencia que se recurre, transcribiendo algunos de los párrafos de la misma con el fin de facilitar la explicación.

Lo primero que se analiza es si el rap, como forma musical, puede utilizarse para cometer dicho delito. Si bien es cierto que la Audiencia acude a la STC de 20 de junio de 2016¹⁵, que aborda el art. 578 CP y alude a "*...todas las formas de expresión que propaguen, inciten...*", no es menos cierto que ello no implica que dichas formas de expresión deban entenderse en un sentido literal, desprovisto de aquellos rasgos que precisamente caracterizan al rap o "hip-hop".

Por ello, estamos de acuerdo en que una canción de rap no debe quedar fuera del ámbito del Derecho Penal *per se*, pero sí que se debe tener en cuenta su especial configuración como creación artística, ya que los tribunales no deben aplicar los mismos criterios de análisis para examinar la relevancia penal de un artículo de opinión, un ensayo o una declaración oral, que de una obra de ficción o de creación artística (en este caso, unas canciones de rap).

15 Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 112/2016 de 20 Jun. 2016, Rec. 2514/2012 (La Ley 87238/2016).

Al contrario de lo que sucede en aquellos supuestos en los que las frases o expresiones controvertidas fueron transmitidas al público general a través de *tuits* o comentarios en Internet, desprovistos de un *plus* que ayudase a darse cuenta de su verdadera intención o del sentido de su mensaje, es de general conocimiento -aún más por aquellas personas que escuchan ese género musical- que el rap utiliza un lenguaje transgresor y extremo para atraer, provocar e incluso en ocasiones con el objeto de irritar, ofender o llamar la atención. Se trata de un estilo musical en el que se permiten ciertas licencias que no existen en otro tipo de lenguajes.

Entendemos que concurre el primer elemento relativo a la existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el terrorismo, así como el segundo elemento del delito, consistente en que el objeto de tal ensalzamiento o justificación sea cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo en los arts. 571 a 577 CP, o bien cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos.

Si bien ello es así si nos atenemos exclusivamente al tenor literal de las letras que forman las estrofas compuestas por este grupo de músicos, sin tener en cuenta el sentido que ellos quisieron darle a las mismas, los rasgos característicos del medio de comunicación que utilizan y el contexto en el se produjeron los hechos, que serán analizados posteriormente.

No debe discutirse la concurrencia del tercer elemento que conforma el delito de enaltecimiento del terrorismo, esto es, la exigencia de que la acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión que otorgue cierta publicidad, puesto que todas las canciones controvertidas estaban publicadas en el canal de Youtube de “La Insurgencia”, habiendo tenido acceso a las mismas una pluralidad de personas.

2.2. El cuarto elemento del delito: la presencia del dolo tendencial caracterizador del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo. El elemento subjetivo o intencional.

En cuanto al cuarto elemento del delito, la presencia del dolo tendencial caracterizador del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, la citada sentencia, apoyándose en

lo dispuesto en la STS 481/2014, de 3 de junio¹⁶, afirma que se trata de "*un delito de mera actividad y carente de resultado material, [...] sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito*". No obstante, la misma sentencia corrige lo antedicho haciendo referencia al quinto elemento que conforma este delito, relativo a la creación de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Con el objeto de despejar el elemento intencional en esta infracción penal, la sentencia recurrida trae a colación diversos pronunciamientos, como las SSTS 224/2010, de 3 de marzo¹⁷, y 812/2011, de 21 de julio¹⁸, las cuales señalan que no solo debe tenerse en cuenta el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con las que han sido utilizadas, su contexto, ocasión y escenario, así como las circunstancias concurrentes, recordando que el principio *favor libertatis* debe jugar necesariamente en los casos de duda ante la naturaleza constitucional del derecho de libertad de expresión o ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal. Entre otras, se puede citar también en el mismo sentido la STS 299/2011, de 25 de abril¹⁹.

No podemos estar más de acuerdo con la necesidad de acudir a dichas sentencias, a lo que consideramos que habría que añadir lo dispuesto en la citada STS 812/2011, de 21 de julio: "*Es evidente que el lenguaje admite ordinariamente **interpretaciones diversas** y, a los efectos de establecer la responsabilidad criminal por un delito de enaltecimiento del terrorismo, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada ocasión concreta*".

Sin embargo, como se explicará a lo largo del presente dictamen, pese a conocer esa obligación de tener en cuenta y valorar suficientemente todas aquellas cuestiones, la

16 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 481/2014 de 3 Jun. 2014, Rec. 2293/201 (La Ley 72641/2014).

17 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 224/2010 de 3 Mar. 2010, Rec. 1661/2009 (La Ley 12429/2010).

18 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 812/2011 de 21 Jul. 2011, Rec. 46/2011 (La Ley 119832/2011).

19 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 299/2011 de 25 Abr. 2011, Rec. 2574/2010 (La Ley 71541/2011).

Audiencia Nacional prescinde completamente del contexto en el que se produjeron los hechos y desoye las explicaciones que proporcionaron los acusados en el acto del juicio respecto de la intención que tuvieron al escribir las canciones controvertidas y el sentido que pretendieron darle a las mismas.

La propia sentencia de la Audiencia Nacional reconoce, en referencia al rap como singular construcción musical, que *"con el empleo de las figuras retóricas, especialmente la metáfora, a fin de enfatizar una idea o sentimiento, el autor, hablante o creador, hace escape del sentido literal de la palabra o frase, o este da un sentido diferente al comúnmente utilizado"*; y afirma que incluso los acusados hacen referencia a acontecimientos que ni siquiera han ocurrido y en ocasiones llegan a contenidos musicales que encierran una contradicción.

Sin embargo, considera que se trata de *"una mención aislada, frente a las innumerables y clamorosamente exaltadores y evocadoras del terrorismo que desplegaron las organizaciones terroristas GRAPO y ETA, [...] suponiendo el discurso musical el lenguaje del odio, no obstante el empeño de los acusados en enmarcar sus expresiones musicales en un mero sentido metafórico de sus emociones y pensamientos, lo cual no resta un ápice al contenido altamente incitador"*.

Asimismo, destaca que *"cualquiera que sea la fórmula que transmita un pensamiento o una idea, es claro, que bajo el paraguas de la misma, no pueden traspasarse los límites de lo tolerable en lo que a libertad de expresión se refiere. De tal manera que al amparo de la singular música, en lo que a su formato se refiere, desarrollada por los acusados, no se puede encontrar cobijo para dejar extramuros del Código Penal lo que no pasa de ser una conducta con el encaje punitivo previsto en el artículo 578, en la que se incurre"*.

En el mismo sentido afirma más adelante que los autores *"se escudan en que la voz (que ponen a sus canciones) es un arma. No es en sentido metafórico, es más allá, por cuanto el contenido, y ciertamente machacante, no revela un tono lírico, sino en una absoluta y calculada orientación en incitación a la violencia"*.

En este punto ha de decirse que hace bastante tiempo el Tribunal Constitucional ya aclaró, en su sentencia 199/1987, de 16 de diciembre²⁰, que *"la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos"*.

Además, debe tenerse en cuenta que, como alegó correctamente la defensa de los acusados, no se trata de un discurso académico ni un mitin político, sino de una serie de canciones que deben entenderse en sentido metafórico y ficticio de lo que sus autores consideran su obra artística, en las que se limitan a expresar sus opiniones y deseos, basadas fundamentalmente en su gran descontento ante la situación política, jurídica y social que viven aquellas personas con las que los acusados comparten sus ideales.

Las letras de las canciones de rap se caracterizan por su contenido alegórico o simbólico, de ahí que no puedan ser interpretadas literalmente. A ello ha de añadirse que un mensaje puede ser objeto de múltiples interpretaciones, siempre subjetivas.

Por muy en desacuerdo que podamos estar con dichos ideales, e incluso aunque sintamos aversión por ellos, hemos de tener presente que *"al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático"*, ya que *"la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población"* (STC 235/2007, de 7 de noviembre).

Igualmente, volviendo a transcribir la citada STC 235/2007, ha de decirse que *"el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional"*. Por ello, aunque desde un punto de vista ético o moral la conducta de elogiar y alabar a unas organizaciones criminales que llevaron a cabo crueles

20 Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 199/1987 de 16 Dic. 1987, Rec. 285/1985 (La Ley 53413-JF/0000).

delitos de terrorismo pueda ser gravemente reprochable, ello no la convierte por sí sola en una conducta punible penalmente.

En primer lugar, porque, como señala de forma excelente el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 199/1987, las expresiones de elogio, exaltación o apoyo a las actividades desarrolladas por los grupos terroristas ETA y GRAPO, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tal clase de delitos. Y lo mismo puede decirse de aquellas alabanzas y halagos que se realizan a algunos miembros de dichas organizaciones. Es decir, el hecho de que se comparta la ideología de dichas organizaciones y se enzalce por ello a sus miembros -incluso sean descritos como héroes-, no comporta necesariamente una actividad encaminada a inducir o provocar la comisión de nuevos delitos de terrorismo.

Y, en segundo lugar, aunque los magistrados afirmen que los acusados han traspasado los límites de lo tolerable en lo que a libertad de expresión se refiere, la propia libertad de expresión posibilita la manifestación de pensamientos o ideas que *"chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población"* (STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside c. Reino Unido), incluso aquellos que ataquen al propio sistema democrático o sean contrarios a la esencia misma de la Constitución.

Por consiguiente, en palabras de Mariona Llobet Anglí, *"justificar la violencia como medio para alcanzar metas políticas, o enaltecer a sus autores por considerarlos combatientes por la libertad son conductas perfectamente legítimas aunque resulten ofensivas"*²¹. Así, es posible afirmar que el contenido de sus letras sea criticable por alabar y elogiar unas conductas más que censurables y por ignorar las atrocidades cometidas por dichas organizaciones. Sin embargo, ello no es suficiente para deducir un *"contenido altamente incitador"*, como hace la Audiencia Nacional en su fundamentación. Aquellas manifestaciones quedan, pues, amparadas por las libertades de expresión, opinión e ideológica de sus autores, no incurriendo en ningún delito.

Por otra parte, la sentencia relega a *"una importancia meramente residual"*, por no decir

21 LLOBET ANGLÍ, M., «Colaboración mediante el enaltecimiento y la justificación de los delitos terroristas o de sus autores: la apología del terrorismo», en *Diario La Ley*, 2010, p.4.

inexistente, la versión que ofrecen los acusados, quiénes afirman que era en sentido metafórico como se pronunciaban musicalmente hablando y niegan que su objetivo fuese incitar o provocar la comisión de nuevos delitos de terrorismo.

Es verdad que los acusados se veían amparados por su derecho a no confesarse culpables y a no declarar contra sí mismos (art. 24.2 CE), por lo que podían ofrecer una versión distinta de la realidad, pero ninguno de los acusados se desvinculó de la letra de sus canciones ni intentó negar su autoría, sino que las ubicaron en el arte, sin mostrar arrepentimiento, ya que no consideraban ilícitas sus canciones, e incluso afirmando alguno de ellos que su arte no debía ser juzgado por un tribunal.

Cabe recalcar que los propios jueces advirtieron que *"se les vio a los acusados, al menos aparentemente, desconcertados por estar incurso en un procedimiento penal por lo que consideraban que era su obra artística y, ciertamente contrariados ante la idea de que su comportamiento pudiera considerarse por la letra de sus canciones, como germen de actividad delictiva terrorista alguna"*²².

El hecho de que incluso uno de los acusados cuando hiciese uso de la última palabra, la emplease cantando a ritmo rapero ejemplifica que simplemente se trata de unos jóvenes músicos cuyo único fin era obtener seguidores, hacerse conocidos y "triunfar" en el mundo del "hip-hop" a través de sus canciones publicadas en Youtube. Ello se corrobora con lo reflejado por la Audiencia en el apartado c) de los Hechos Probados. Se trata de la información contenida en los dispositivos informáticos que tenían en su poder tres de los acusados.

Al primero de ellos, Manuel Cano Barba, se le ocupó un disco duro portátil en el que se encontraron algunas fotografías realizadas en conciertos a favor de los denominados "presos

22 Ello parece remitirnos a la existencia de un imperativo de conciencia que obliga al sujeto a la realización obligatoria de una determinada conducta que puede ser delictiva. Nos referimos a lo que algunos autores denominan «autor por convicción», en el cual concurre una menor culpabilidad porque la *"motivación ética supone [...] también una menor reprochabilidad de la acción u omisión típica y antijurídica"*. Según José Cerezo Mir, *"al influir la índole de los motivos en la medida de la culpabilidad, es posible tener en cuenta, sin embargo, la motivación ética del autor por convicción en la medida de la pena, en el margen del arbitrio judicial que concede la regla 1ª del art. 66, o aplicar por analogía y en su caso, como muy cualificada, la atenuante de arrebató u obcecación (circunstancia 66º, en relación con la 3ª, del art. 21)"*. CEREZO MIR, J., *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, UNED, Madrid, 2000, pp. 33 y 40.

políticos", unos videos de unas charlas en las que participa uno de los acusados y dos miembros históricos de PCE(r)-GRAPO, y otros videos de los citados conciertos. Es cierto que se halla un video en el que se puede observar a dicho acusado prendiendo fuego a un cóctel molotov que posteriormente arroja contra el suelo, pero en ningún caso se puede considerar como identificativo de una intención de cometer actos terroristas ni de incitar a su comisión. Ni siquiera de una práctica para ello. Por más que pudiese tratarse de un acto sancionable, carece de relevancia para lo que aquí se discute.

En el momento de citar a la acusada Vanesa González Palacios, se le incautó un teléfono móvil en el que se detecta una conversación en la red social Whatsapp entre ella y un histórico militante de PCE(r)G.R.AP.O., en la que éste le ofrece participar en unas jornadas solidarias.

Por su parte, cuando se cita a Oliver Botana Maldonado, se le ocupa un teléfono móvil, en el que se encuentra una conversación entre otros de los miembros del grupo y él, en el que hablan de los ingresos que desean obtener a través de Youtube. La Audiencia afirma que *"en dicha conversación se detecta que los miembros de 'La Insurgencia' tenían un claro fin de lucro en el mantenimiento de su canal de la red social Youtube"*.

En otra conversación el acusado informa a los demás miembros que es él quién estaría gestionando el perfil de la red social Twitter de "La Insurgencia". Se encuentran también dos conversaciones en Facebook entre el acusado y un histórico militante de PCE(r)-GRAPO, y entre la sobrina del Secretario General de PCE(r)-GRAPO y aquél. Los acusados hablan de la posibilidad de trabajar juntos en algunas canciones, de la gestión de su página web, así como de la adquisición de logística necesaria para grabar sus canciones, ya que deben aportar dinero para actualizar la infraestructura de su estudio de grabación. Asimismo, se observan otros diálogos que versan sobre la creación de sus logotipos, los encargos que reciben para la compra de sus discos, así como cuál sería la mejor forma de difundir su música a través de Internet.

Por último, en la tarjeta Micro SD del citado acusado se halla una imagen en la que se observa en un domicilio particular a los acusados junto a varios miembros de PCE(r) y unas fotografías de algunos acusados actuando en los conciertos que se han mencionado antes.

El contenido de estas comprobaciones demuestra que es cierto que algunos miembros de "La Insurgencia" han mantenido conversaciones con miembros de PCE(r)-GRAPO y que incluso se han visto en persona con ellos, participando en conciertos a favor de la liberación de los llamados "presos políticos".

Puede significar la demostración de la admiración y fascinación que profesan los acusados hacia dichos miembros de PCE(r)-GRAPO, con los cuales es posible que compartan sus ideales y gran su descontento ante la situación actual del país. Sin embargo, ello queda amparado por la libertad ideológica, reconocida en el art. 16 de nuestra Constitución, e incluso por el derecho de reunión pacífica y sin armas, en virtud del art. 21 de la Norma Suprema.

Hemos de recordar que *"en un estado democrático quedan fuera del ámbito penal la acción política y las opiniones y manifestaciones ideológicas, gusten estas o no, sean mayoritarias o minoritarias, sean compartidas o no. Y lo hace **incluso cuando estas repugnen a la inmensa mayoría**, como ocurre con el silencio o la falta de condena de los atentados terroristas"* (SAN 2/2011, de 20 de enero²³). De lo que se infiere que la manifestaciones o expresiones en defensa de la no condena de las acciones terroristas y de la liberación de los aquellas personas condenadas por delitos de terrorismo no deben ser, por sí mismas, constitutivas de delito.

Por consiguiente, el hecho de que varios de los condenados hayan mantenido conversaciones con miembros del citado grupo terrorista (grupo desaparecido, que no opera en la actualidad), hayan participado en conciertos en defensa de la excarcelación de los "presos políticos" e incluso hayan intervenido en charlas con ellos, solo sirve para descubrir su ideología y postura política, pero de ningún modo puede advertirse de ello una tendencia o intención de promover o incitar con sus canciones la comisión de nuevos delitos de terrorismo.

Lo cierto es que *"la identificación con el ideario terrorista no puede erigirse per se en fundamento de un tipo penal, máxime cuando supone una restricción de la libertad de*

23 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia 2/2011 de 20 Ene. 2011, Rec. 4/2006 (La Ley 140/2011).

expresión", que sin duda es un elemento clave para el mantenimiento del orden constitucional²⁴.

Sí que se advierten varios datos importantes del contenido de esos dispositivos informáticos. Se atestigua que el verdadero objetivo de los miembros de "La Insurgencia" es simplemente obtener ganancias económicas a través de la publicación de sus canciones y la venta de sus discos. Un inocente ánimo de lucro, elemento irrelevante para constituir el tipo del art. 578 CP.

Además, se revelan una serie de conversaciones habituales en cualquier grupo musical, como quién se encarga de la gestión de su perfil en las redes sociales y de su página web, la colaboración en las canciones de otros miembros del grupo, la creación de sus logotipos, la adquisición de equipos necesarios para su estudio de grabación, la venta de sus discos, etc.

En ningún momento se puede apreciar atisbo alguno de que su finalidad sea conseguir que otras personas se vean influenciadas por su música y, como consecuencia, se generen nuevos delitos de terrorismo, como los perpetrados por aquellos miembros de los extinguidos GRAPO y ETA. No se detecta, pues, el ánimo incitador que configura este delito²⁵.

Todo ello revela que se trata de un grupo de jóvenes raperos que quieren abrirse paso en el mundo de la música escribiendo y publicando canciones provadoras, acordes con sus ideales y pensamientos políticos, cuyo auténtico fin es lograr notoriedad y reputación en el mundo del "hip-hop" y, como se ha dicho, conseguir dinero con sus canciones, como haría cualquier otro grupo de música, por muy discutible que sea la ideología que profesan.

La sentencia expresa que *"los rasgos que se dan en los acusados, traslucen, en palabras*

24 RAMOS VÁZQUEZ, J.A., Presente y futuro... cit., p. 784.

25 No debemos olvidar que, como señalaba acertadamente Del Rosal Blasco, *"la exigencia del ánimo incitador marca el límite entre lo que podría ser un comportamiento fundamentador de un injusto penal [...] y lo que, en cualquier caso, es la mera expresión del pensamiento. Así debe ser si no queremos, por la vía del castigo de las meras adhesiones ideológicas, limitar el ya muy limitado ámbito de la libertad de expresión"*. DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1986, p. 191.

de la STS 378/17, de 25 de mayo de 2017²⁶, esa ineludible “racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indiciariamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo”. Sin embargo, el único rasgo que podría encontrarse en ese sentido sería su ya aludida ideología y el apoyo y admiración que sienten hacia un grupo de personas que pertenecían a grupos terroristas y cometieron atroces crímenes. Por supuesto que ese pensamiento es moralmente criticable, pero no es la cuestión que aquí se debate.

Ya se ha mencionado que el hecho de que estos jóvenes músicos compartan los mismos ideales que ciertas personas condenadas por delitos de terrorismo y sientan una fascinación por los grupos terroristas de los que formaban parte, queda amparado por su libertad ideológica, derecho de rango constitucional, y no puede constituir por sí solo un elemento determinante de su tipicidad²⁷.

Asimismo, la Audiencia Nacional sostiene que su producción musical “supone una justificación del terrorismo, en tanto que si se observa, trata a los terroristas de personas que han luchado por la libertad de la clase obrera y que ello les ha acarreado injustas condenas en los tribunales por lo que no pasan de ser “presos políticos”, no tienen reparo ni empacho, en sobresaltar sus actividades delictivas, hasta invitar a emularlas”. Se afirma que, con sus canciones, el objetivo de los acusados es “trasladar la idea de que sus actividades -de las personas nombradas en sus canciones-, no son deleznable, sino al revés, alardear de ellas como ejemplo a seguir”.

Ante ello, resulta necesario volver a transcribir -aún pudiendo resultar reiterativo- aquello que de forma ejemplar ha expresado nuestro Tribunal Constitucional: “la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos” (STC 199/1987, de 16 de diciembre).

26 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 378/2017 de 25 May. 2017, Rec. 8/2017 (La Ley 49181/2017).

27 Como se explicará más adelante, estamos ante una conducta atípica, puesto que no se cumplen todos los elementos esenciales del tipo del art. 578 CP. Por ello, no es necesario indagar en la antijuricidad de la conducta.

Además, ha de destacarse que la STS 846/2015, de 30 de diciembre²⁸, dispone que *"la mera etiquetación de preso político, con comportar connotaciones muy inexactas cuando se está hablando de acciones terroristas, no encierra necesariamente un elemento de alabanza de esas conductas no amparado por la libertad de expresión por no comportar estímulo -expreso o tácito- a su reproducción (STS 843/2014, de 4 de diciembre que se invoca acertadamente en el recurso). Nos movemos en el territorio de lo penalmente tolerable que tampoco se desborda ni por la petición de liberación de personas condenadas por integración en una banda terrorista ni por la expresión pretendidamente lírica- de un día de honor; o una muy elemental, simple y gruesa manifestación de burda crítica al sistema penitenciario"* .

La sentencia recurrida defiende que no se pueden acoger como argumentos a favor de los acusados ni el hecho de que sean jóvenes, ni que no hubieran nacido ni vivido en la época álgida del GRAPO y de ETA, ya que, según entienden los jueces, los acusados sabían perfectamente que su impronta musical se orientaba a la alabanza y justificación de las acciones armadas de una y otra organización terrorista. No obstante, ha de recordarse que en otros procedimientos en que los se enjuiciaba la comisión de este delito, se ha tenido en cuenta como un motivo más a favor de la absolución de los acusados o de la moderación penológica, la juventud y personalidad de éstos.

Así, la STS 623/2016, de 13 de julio²⁹, afirma que *"la penalidad en este tipo de delitos ha de ponderarse no solamente en función de las expresiones que conforman el tipo objetivo del delito, sino **sustancialmente con base en la personalidad y en este caso juventud** de la autora de esta infracción criminal"*. Por su parte, la STS 378/2017, de 25 de mayo, se refiere a la personalidad de los acusados como elemento de valoración importante en los siguientes términos: *"Y aún cabría añadir algunas otras circunstancias relevantes para poder inferir la concurrencia de aquellos elementos tendencial y de riesgo, facilitando así la más ajustada ponderación de valores constitucionales en juego. Como lo referente a las **circunstancias personales del autor**"* .

28 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 846/2015 de 30 Dic. 2015, Rec. 1193/2015 (La Ley 206328/2015).

29 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 623/2016 de 13 Jul. 2016, Rec. 291/2016 (La Ley 76838/2016).

Por otro lado, el Tribunal sostiene que su conclusión de que las canciones de este grupo constituyen un enaltecimiento o justificación del terrorismo se ve apoyada por el hecho de que algunos de sus miembros participasen en *"espectáculos y conciertos de similar tenor; indicativo de cierta fijación [...], que atienden a los mismos rasgos que los que son objeto de esta resolución"*.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que no fueron actos clandestinos ni declarados ilegales por las autoridades competentes. Al contrario, se trata de espectáculos y conciertos públicos y legales, cuyas fechas de realización fueron ampliamente difundidas con anterioridad a través de Internet, y que están salvaguardados por las libertades de expresión y de reunión paífica, por más que sus ideales y objetivos fuesen criticables, respecto de los que el Estado mostró tolerancia. Esto es, el Estado -personificado en este caso en la Audiencia Nacional- no puede apoyar la condena de los acusados ni utilizar como elemento valorativo el hecho de que algunos de ellos participasen en espectáculos y conciertos que el mismo toleró, no impidiendo su realización ni declarando aquéllos ilegales.

La sentencia concluye el Fundamento Jurídico Cuarto indicando que *"con lo hasta ahora expuesto en el presente caso, ese elemento subjetivo o dolo tendencial que exige el artículo 578 del Código Penal, tratado en las sentencias reseñadas, junto a advertirse por los contenidos de las letras de las canciones, no se ha difuminado por explicación alguna de las ofrecidas por los acusados"*.

No obstante, dicho sea con el debido respeto, ello es totalmente erróneo, ya que los acusados proporcionaron unas explicaciones coherentes, que se sostenían básicamente en su libertad de expresión y su derecho de creación artística, enmarcando las letras de sus canciones en su arte.

La ausencia del elemento subjetivo o dolo tendencial se ve coadyuvada por aquellos datos encontrados en los dispositivos informáticos incautados a algunos de los acusados e incluso por propias manifestaciones de los magistrados, los cuales llegan a afirmar que se detecta que los acusados *"tenían un claro fin de lucro"* y que se los vio *"desconcertados por estar incurso en un procedimiento penal por lo que consideraban que era su obra artística y,*

ciertamente contrariados ante la idea de que su comportamiento pudiera considerarse por la letra de sus canciones, como germen de actividad delictiva terrorista alguna".

2.3. El quinto elemento del delito: Las acciones o palabras que por las que se enaltece o justifica el terrorismo deben propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Por último, en el Fundamento Jurídico Quinto se recoge el último elemento que conforma este delito, introducido por la normativa europea y reconocido por la reciente jurisprudencia constitucional de nuestro país, que consiste en que dichas acciones o palabras que por las que se enaltece o justifica el terrorismo deben propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Dicha exigencia debe ser abarcada por el dolo del autor y ha de constatarse objetivamente. Esto es, tiene que acreditarse fehacientemente en el procedimiento judicial la mencionada situación de riesgo y que la misma ha sido provocada con conocimiento y voluntad de los acusados.

La Audiencia Nacional trae a colación la STS 378/2017, de 25 de mayo, la cual hacía referencia a la inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con los GRAPO, al decir que *“esta organización desapareció hace años y no comete atentados...”* y que *“las publicaciones que se atribuyen al acusado, en el año 2012, no coincidían con acciones de esta organización terrorista”*. La propia sentencia recurrida señala que en el caso del grupo "La Insurgencia", las publicaciones datan de entre los años 2014 a 2016, de modo que la más antigua es posterior a 2012 y por ende aún más alejado en el tiempo de la existencia de GRAPO.

No obstante, dicho sea de nuevo con el debido respeto, la Audiencia Nacional parece olvidar que la citada STS 378/2017, de 25 de mayo, tuvo en cuenta la inexistencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con los GRAPO cuando se produjeron los

hechos presuntamente delictivos (año 2012), **precisamente a favor de dictar una sentencia absolutoria** del acusado, ya que debido a dicho contexto, consideró que no se había producido una mutación del estado de cosas tal que la realización de los delitos de terrorismo viese aumentada la eventualidad de su acaecer ni en un mínimo ápice.

Asimismo, la AN acude a la STC 112/2016, de 20 de junio, que dispone que *“otro de los elementos que han sido relevantes en las valoraciones realizadas por el TEDH es que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con acciones terroristas (SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, as. Zana contra Turquía, o de 2 de octubre de 2008, as. Leroy e France) o que se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia”*.

Lo cierto es que dicha afirmación corresponde al voto particular que el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos formuló a dicha sentencia, por la que se desestimó el recurso de amparo interpuesto contra las sentencias del TS y la AN que condenaron al recurrente por un delito de enaltecimiento del terrorismo.

El magistrado Juan Antonio Xiol Ríos disintió del voto de la mayoría del Tribunal, considerando que se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] del recurrente, y precisamente entendía que el hecho de que la conducta delictiva no coincidiera en el tiempo con acciones terroristas ni se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera podido tener alguna influencia, debía constituir un **importante motivo a favor de la absolución** de aquél. En palabras de Xiol Ríos, *“la libertad de expresión [...] es uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Todo proceso de deterioro democrático comienza con la restricción de estos derechos”* (STC 112/2016, de 20 de junio).

Por consiguiente, la AN alude a lo expresado en dos sentencias (como se ha dicho, la segunda de ellas es un voto particular a dicha sentencia), en las que se destaca básicamente que ha de tenerse en cuenta que los hechos presuntamente delictivos se produjeron en un **contexto de completa ausencia de violencia terrorista** relacionado con los GRAPO -y lo mismo puede decirse del grupo terrorista ETA-, no pudiendo tener influencia alguna en la comisión de nuevos delitos de terrorismo; pero resulta paradójico que la Audiencia escoja lo

expresado en dos pronunciamientos absolutorios y se limite a transcribir lo antedicho, sin darle relevancia alguna en el presente supuesto.

Por ello, consideramos cuanto menos sorprendente traer a colación dichos pronunciamientos si no se iba a tener en cuenta la importancia que tuvo y el efecto que produjo en ambas sentencias, en la que la inexistencia de un contexto de violencia terrorista fue un factor decisivo clave de la absolución del acusado o, en el caso del voto particular, fue un motivo de peso para disentir del voto condenatorio de la mayoría.

En el mismo sentido, la SAN 12/2017, de 21 de marzo -Caso Arkaitz Terrón, que concluyó con la absolución del acusado³⁰, ha manifestado que *"en el examen de conductas incriminadas como enaltecedoras o justificadoras del terrorismo ha de tenerse en cuenta, aquí lo ponemos de manifiesto, que el fenómeno del terrorismo local (frente al de alcance internacional) cuyo protagonista era ETA se ha transformado de manera radical antes de la emisión de los mensajes, pues la "organización terrorista ha abandonado desde hace más de cinco años la realización de actividades armadas, y se encuentra en fase de liquidación" (Auto del Tribunal Supremo de 17.1.2017). Este es un dato que ha empleado el Tribunal Europeo de derechos humanos para juzgar la idoneidad de expresiones de incitación a la violencia terrorista"*.

Si bien esta última sentencia se refiere a la organización terrorista ETA, lo expresado es igualmente predicable de los GRAPO, los cuales tampoco realizan desde hace bastante tiempo actividades armadas. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es de obligado cumplimiento, establece que debe tenerse en cuenta el contexto en el que se producen la publicación de estos mensajes y si se trata de un contexto de violencia generalizada.

Así, como defienden numerosos juristas, en la actualidad no parece que estos grupos representen una amenaza inminente para la seguridad nacional. El 20 de octubre de 2011, ETA declaró un alto el fuego permanente que culminó en su desarme en 2017, y los GRAPO están inactivos desde el año 2007.

30 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia 12/2017 de 21 Mar. 2017, Rec. 16/2016 (La Ley 11631/2017).

Por ello, cabe preguntarse cómo se puede reforzar, apoyar, a una organización terrorista «fenecida» y cómo es posible que alabando, ensalzando o elogiando (o justificando sus actos) a un grupo determinado de personas que cometieron actos terroristas hace décadas y que, como la propia sentencia reconoce, son en su mayoría desconocidos para el público joven actual, se pueda crear el **riesgo -abstracto, pero cierto, real e inminente-** de que se cometan nuevos actos de terrorismo cuando de hecho ambas organizaciones están completamente extinguidas y no parece lógico afirmar que vayan a resurgir ni se vayan a emular sus actos delictivos a consecuencia, ni siquiera de forma indirecta, de una serie de canciones de "hip-hop" de un grupo de jóvenes raperos, que de hecho eran prácticamente desconocidos antes de ser acusados como criminales³¹.

La propia sentencia reconoce que *"tanto la organización terrorista GRAPO como ETA, aparte de prácticamente desmanteladas e inoperantes en los últimos años, no han desplegado actividad de esa índole a la fecha de los hechos, y sin que, tal como destacó algún acusado, se hayan reactivado con motivo de los contenidos alusivos a ambas en las canciones, lo que pudiera descartar cualquier rasgo de interferencia para el resurgir de una y otra organización terrorista a sus inherentes actividades de esa índole, alentadas por el proceder de los acusados"*.

A pesar de reconocer aquéllo, se excusa en que el riesgo ha de entenderse en abstracto,

31 En este sentido, Jesús Bernal del Castillo expresa que *"puede decirse que los actos de enaltecimiento del terrorismo tradicional español son marginales y que han perdido en la práctica ese poder de incrementar el peligro para el mantenimiento de una estructura violenta que justificaba la legitimidad de su tipificación. En este sentido parece correcto afirmar que desde esa perspectiva, carece de sentido la aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo en los mismos términos que cuando se introdujo esa medida y que ello debiera reflejarse al menos en la interpretación restrictiva de este delito en los términos antes sugeridos, interpretación que puede conducir a considerar irrelevantes muchos de los actos de enaltecimiento que hoy día se producen. Esta medida práctica resulta aceptable, pues algunos de los casos de enaltecimiento del terrorismo de ETA o de sus autores, son hechos desvinculados del entramado o contexto terrorista, cometidos a través de redes sociales por individuos radicales, aislados de un contexto violento y que tienden a expresar por estas vías un odio del que puede difícilmente señalarse como peligroso para la paz social y la seguridad ciudadana"*. BERNAL DEL CASTILLO, J., *El enaltecimiento del terrorismo...* cit., pp. 37-38.

Por su parte, en su crítica a la SAN 1/2017, de 12 de enero, M.^a Alejandra Pastrana Sánchez defiende que *"parece poco creíble que discursos como el que es objeto de condena sean capaces de elevar el riesgo de atentados terroristas, máxime teniendo en cuenta que se refiere a un terrorista que perteneció a una organización que ya ha entregado las armas y cuyo último asesinato se produjo hace 7 años, antes de declarar el alto al fuego permanente. En este contexto, la posible lesión o puesta en peligro a un bien jurídico relacionado con el terrorismo se muestra tan alejada que penar este tipo de conductas parece contravenir claramente los principios limitadores del ius puniendi"*. PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., *Interpretación judicial...* cit., p. 389.

lo que parece que suprime completamente la importancia del contexto en el que se produjeron los hechos. Es decir, aunque el Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 112/2016, de 20 de junio, había declarado que *"el contexto en el que acaecen los hechos no es jurídicamente irrelevante (STEDH Sürek contra Turquía, de 8 julio 1999, § 62)"*, en este caso, con el pretexto del riesgo en abstracto, parece que el contexto en el que se habían producido los hechos sí había sido considerado completamente irrelevante por la Audiencia Nacional.

Finalizando su argumentación, los magistrados traen a colación la Directiva de la UE 2017/541, de 15 de marzo de 2017, que en su considerando 10 expresa que *"esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso, 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 verosimilitud del riesgo a aplicar la disposición sobre la provocación pública de acuerdo con el Derecho Nacional"*.

Aunque no sea mencionado por la sentencia, cabe destacar también el artículo quinto de dicha Directiva, el cual dispone que *"los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos"*³².

Su tenor es similar al que ya expresaba el artículo quinto del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005: *"A los efectos del presente*

32 Atendiendo a la dicción literal de la norma europea, algunos autores han entendido que la misma podría configurar un delito de peligro concreto, no debiendo considerarse de peligro abstracto. Así, Teruel Lozano, pese a reconocer que dicha dicción literal no resulta tan evidente como para descartar su comprensión como un delito de peligro hipotético o potencial, subraya que *"la redacción del art. 5 de la Directiva europea diseña un tipo penal de peligro concreto al referir que las conductas de incitación serán castigadas cuando generen un riesgo de que se cometa el acto. Así, puede entenderse que ese riesgo que ha de crearse como consecuencia de la difusión del correspondiente mensaje incitador es el resultado de peligro en un delito de peligro concreto"*. TERUEL LOZANO, G.M., Internet, incitación al terrorismo... cit., p. 7.

*Convenio, se entenderá por «provocación pública para cometer delitos terroristas» la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la **intención de incitar a cometer delitos terroristas**, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, **crea peligro** de que se puedan cometer uno o varios delitos".*

Por tanto, la Directiva de la UE 2017/541 exige que la conducta de enaltecimiento del terrorismo se tipifique cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas y siempre que *"se cometa intencionadamente"*, lo cual significa que la interpretación judicial del artículo 578 CP debería tener siempre en cuenta si la finalidad con la que se han realizado los actos de enaltecimiento o justificación del terrorismo es la de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo.

Además, debe advertirse que *"incluso la **mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades**, no es todavía un delito"* (STS 503/2008, de 17 de julio³³; SAN 6/2018, de 1 de marzo³⁴), de ahí la importancia de acreditar fehacientemente cuál ha sido la verdadera finalidad e intención de los acusados.

Tras traer a colación dicha Directiva, la Audiencia Nacional señala que *"el Convenio para la prevención del terrorismo, en su informe explicativo precisaba que el aspecto significativo de la naturaleza creíble del riesgo debía ser tomada en consideración «conforme a las condiciones establecidas por el derecho interno» **margen de discrecionalidad interna** que permite entender ampliamente cumplimentado este riesgo cuando concurre la aptitud para determinar la comisión de un delito terrorista"*.

No obstante, la STS 52/2018, de 31 de enero, dispone que *"ciertamente, el legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas; pero el análisis de la normativa convencional del Consejo de Europa (que determina conforme la propia jurisprudencia del TEDH el alcance de los derechos reconocidos en el CEDH) y de la Unión Europea,*

33 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 503/2008 de 17 Jul. 2008, Rec. 10012/2008 (La Ley 79476/2008).

34 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia 6/2018 de 1 Mar. 2018, Rec. 12/2017 (La Ley 4066/2018).

proyectados sobre la conducta tipificada en el art. 578, a la luz de la jurisprudencia constitucional, muestran que resulta una **ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión** de sus autores, la condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supongan una **situación de riesgo** para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades; de donde resulta exigible, concluye la referida STC 112/2016, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, que previamente a la imposición de una condena por el art. 578 CP, se pondere en la resolución judicial, si la conducta desarrollada por el acusado, integra una **manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia (FJ 4, in fine)**".

En este caso, estimamos que no existe prueba alguna de que a partir de las canciones publicadas por los acusados se haya generado ni sean potencialmente aptas para que se incremente mínimamente el peligro de comisión de delitos terroristas. Como se ha dicho, pese a que la propia Audiencia reconoce que tanto los GRAPO como ETA están prácticamente desmanteladas e inoperantes en los últimos años y que no han desplegado actividad de esa índole a la fecha de los hechos, se excusa en que el riesgo ha de entenderse en abstracto, afirmando lo siguiente: *"Ahora bien, la STS 600/17, de 25 de julio³⁵, alude a la hora de abordar el riesgo que este ha de entenderse «(e)n abstracto como aptitud ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en el tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas»"*.

Tras lo antedicho, hemos de traer a colación lo dispuesto en la STS 114/2014, de 20 de febrero³⁶, en la que se explica que *"esta figura penal se caracteriza por ser de **"riesgo abstracto"**, adelantando la barrera de protección a la doble acción de distribuir o difundir esas consignas o mensajes terroristas con la finalidad de provocar, alentar o favorecer -que no conseguir efectivamente, en cuyo caso nos hallaríamos ante una clara provocación- la acción o formación terrorista, pero siempre que -segunda condición del tipo- generen o incrementen el riesgo de la comisión, sin que sea preciso que el riesgo se refiera a una acción y a personas concretas"*.

35 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 600/2017 de 25 Jul. 2017, Rec. 46/2017 (La Ley 101974/2017).

36 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 114/2014 de 20 Feb. 2014, Rec. 1774/2013 (La Ley 6354/2014).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, remitiéndose a su vez a la jurisprudencia del TEDH, considera, en su sentencia n.º 112/2016, de 20 de junio, que *"por lo que se refiere a sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito... en supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos"*.

Y con mayor relevancia para lo que aquí se sostiene, la Audiencia Nacional, en su sentencia 12/2017, de 21 de marzo, afirma que el Tribunal *"ha de constatar una acción de enaltecimiento que ex ante implique un incremento del peligro de que se produzcan atentados terroristas, es decir la conducta ha de ser idónea para propiciar o contribuir a perpetuar una situación de violencia terrorista"*.

En dicha sentencia, la Audiencia Nacional, si bien señala que para entender cometido este delito basta con que el discurso incite de alguna manera, incluso de modo indirecto, a la acción violenta, recalca que *"la exigencia de este requisito incitador no se ha de eludir recurriendo a la idea de que la alabanza o la justificación pudieran derivar en la violencia, porque se trata de conceptos distintos. La incitación o instigación requiere de un llamamiento a la acción, sea explícito o implícito, que ha de implicar desde una perspectiva ex ante un incremento del riesgo de que se produzca la conducta violenta, es decir una probabilidad de que el discurso genere el tipo de acción que reivindica. La alabanza sin un elemento adicional que convoque a la acción, por muy próximo que se encuentre a la incitación, no es incitación, ni siquiera indirecta"*. En similares términos se pronuncia la STC 112/2016, de 20 de junio.

Por tanto, solo puede entenderse cometido este delito cuando el mensaje tenga potencial suficiente para poner en peligro de forma inminente los derechos y las libertades de los grupos afectados, porque sea idóneo y suficiente para provocar a otros a la acción violenta. Incluso

aunque se acepte la incitación indirecta y la consideración del riesgo en abstracto, ello no significa que haya de considerarse que la alabanza o justificación del terrorismo deriven necesariamente en la violencia, ya que, como de forma ejemplar afirma la referida sentencia, la alabanza sin un elemento adicional que convoque a la acción, por muy próximo que se encuentre a la incitación, no es incitación, ni siquiera indirecta, y en consecuencia, ha de quedar ímpune de responsabilidad penal.

Así, ha de acudirse a lo que Ramón Sáez Valcárcel denomina «*test de peligrosidad*», requiriéndose que el discurso, el mensaje o la expresión en cuestión "*represente un peligro hipotético por su idoneidad y capacidad para favorecer una acción posterior, de tal manera que pueda identificarse una mínima inminencia entre la incitación y la acción posterior o que, objetivamente, el discurso haga previsible la ejecución de la conducta a la que apela. Pues si se quiere proteger la mera expresión debería poderse afirmar la probabilidad de que el discurso genere el tipo de acción que reivindica. La alabanza o la denigración sin un elemento adicional que concite a la acción, por muy próxima que se encuentre a la incitación, no supone un estímulo para actuar, ni siquiera indirecto*"³⁷.

Por consiguiente, el discurso o mensaje solamente podrá ser punible cuando pueda identificarse una mínima inminencia entre la incitación y la acción posterior. Esto es, cuando objetivamente el discurso de alabanza o justificación del terrorismo haga previsible la ejecución de un delito de terrorismo. Sáez Valcárcel considera que solo así se puede eludir el castigo de los discursos molestos, ofensivos y peligrosos, que es como deben ser considerados cuando no tienen eficacia disuasoria a la acción, por carecer de la capacidad necesaria para convencer, para influir realmente en la comisión de nuevos delitos de terrorismo³⁸.

Estimamos adecuado hacer referencia, como hiciese ya la SAN 12/2017, de 21 de marzo, a los denominados Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, aprobados el 1 de octubre de 1995, por un grupo de expertos en Derecho internacional, seguridad nacional y derechos humanos.

37 SÁEZ VALCÁRCEL, R., «La libertad de expresión. Apariencia y realidad», en *Boletín Límites a la libertad de expresión, Juezas y Jueces para la democracia*, 2018, p. 5.

38 No en vano Ramón Sáez Valcárcel fue uno de los tres magistrados que dictaron la referida SAN 12/2017, de 21 de marzo -Caso Arkaitz Terrón-, que concluyó con la absolución del acusado por el delito de enaltecimiento del terrorismo.

Así, de conformidad con su principio número sexto, la libertad de expresión solo se podrá castigar como una amenaza a la seguridad nacional si el gobierno puede demostrar que la expresión tiene la finalidad de incitar a la violencia inminente, puede dar lugar a tal violencia, y existe una **conexión directa e inmediata** entre la expresión y la probabilidad o el acontecimiento de tal violencia.

En su principio número séptimo, declara que el ejercicio pacífico del derecho de la libertad de expresión no se considerará una amenaza a la seguridad nacional ni estará sometido a restricción o sanción alguna. El núcleo de la conducta enaltecida se halla en la incitación a la ejecución de delitos de terrorismo, lo cual ha de producir el peligro de que se puedan cometer. Es decir, la provocación o incitación que ha de ser acompañada de un **riesgo cierto** de producción. Aunque baste con la existencia de un "riesgo abstracto", ha de tratarse necesariamente de un **riesgo real, indiscutible**.

Por consiguiente, el riesgo, elemento normativo, ha de acreditarse y motivarse racionalmente por el Tribunal tras un proceso valorativo en el que se deberán de examinar, junto con las expresiones utilizadas, las circunstancias específicas del caso, el autor, el destinatario del mensaje, el contexto, incluso histórico, todo lo cual permitirá establecer la importancia y la verosimilitud del riesgo.

En este sentido, para acreditar dicha situación de riesgo, la sentencia se limita a afirmar que *"potencialmente, los que accedan a dicho foro -de "La Insurgencia"-, fruto de su juventud, de la falta de conocimiento cabal de los acontecimientos terroristas, en situaciones de desesperación por su precariedad económica, o por similares razones, estuvieran por alinearse, o se les suscite, con las pautas indicadas en la producción musical a la que adorna en el formato cierta dosis de grandilocuencia, lo que juega su papel a la hora de aumentar su atractivo"*.

Asimismo, indica en el siguiente párrafo que *"son determinados espectros sociales los más significados en las estrofas, como digno de ataques, dando incluso ideas de cómo llevarlos a cabo (impuestos revolucionarios, quemar cajeros, contra banqueros, de partidos políticos etc.). Se produce un doble efecto pues se señala a determinados ámbitos de la*

sociedad, y estos, pueden quedar en una posición débil por ser los identificados, a la par que aniden cierto temor".

En nuestra humilde opinión, por mucho que nos puedan desagradar e incluso parecernos repulsivas estrofas como *"mis héroes son GRAPO"*, *"martillazos a oligarcas en la sien..."*, *"si quieres acabar con los fusiles hacen falta bolas, por eso no condeno la lucha armada"*, *"incitar al desacato y si es necesario empuñar las armas como los GRAPO"*, *"sois carne de Gestapo no es violencia, es autodefensa"*, *"el PCE (r) en prisión por tus derechos defender..."*, *"...atracaré bancos, los responsables saborearan la cal viva, sin es que no llegan tan arriba como Carrero Blanco"*, *"legítimo como expropiar un Carrefour o entrar en la sede del PP sacar la pipa y (sonido de disparo)"*, *"aquí se apoya la insurrección armada, el que no sea partidario se convierte en adversario"*, *"hacen falta comandos que empuñen las pistolas"*, *"también hacen falta muchos contenedores ardiendo"*, *"el capitalismo no puede reformarse debe destruirse mediante la fuerza, al gulag malditos sinvergüenzas"*, etc., por nombrar algunas de aquellas estrofas (precisamente las que entendemos más "agresivas") que los magistrados consideraron que superaba lo subversivo; debemos ser objetivos y centrarnos únicamente en dilucidar si efectivamente esas estrofas son idóneas y realmente capaces de ocasionar, incluso de forma indirecta, la comisión de nuevos delitos terroristas.

Basta con leer las letras transcritas para darse cuenta de que son expresiones genéricas, vagas, que no se dirigen a ninguna persona en concreto ni mucho menos ponen en una posición débil a un ámbito u otro de nuestra sociedad. Huelga decir que no se comprende cómo dichas estrofas pueden causar temor a ciertos colectivos como los políticos y los banqueros, acostumbrados desde hace muchísimo tiempo a escuchar expresiones mucho peores.

Tanto si ponemos dichas estrofas en relación con el resto de elementos que han de tenerse en cuenta (finalidad de los autores, medio de emisión, contexto, etc., como se hará más adelante), como si nos atenemos exclusivamente a la literalidad de las mismas, la solución en ambos casos nos lleva a declarar que ninguna de las letras controvertidas, ni el conjunto de las mismas, suponen *"la elaboración de un discurso en algún grado eficaz para*

implicar un riesgo" (SAN 11/2018, de 15 de marzo)³⁹. Es decir, no representan un peligro hipotético ni abstracto por su falta de idoneidad y capacidad para favorecer una acción posterior, no pudiendo identificarse una mínima inminencia entre la incitación y la acción posterior. Ni se propicia ni se contribuye a perpetuar una situación de violencia terrorista.

Hemos sentido ya el criterio de que aquellas letras no deben interpretarse literalmente, pero incluso aunque así fuese, continuarían sin poseer la trascendencia y capacidad necesaria para influir realmente en la comisión de ulteriores delitos terroristas. Se requiere que el discurso de elogio o justificación cuente con cierta habilidad persuasiva y resulta evidente que aquellas estrofas carecen de ella. No se crea, por tanto, ni si quiera de forma indirecta, un riesgo cierto, real, ni inminente, puesto que no se puede constatar en el presente caso una acción de enaltecimiento que *ex ante* implique un mínimo incremento del peligro de que se produzcan nuevos actos de terrorismo.

2.4. Estrategia subsidiaria. Moderación penológica.

Aunque solamente se ha desarrollado el primer motivo de apelación, infracción de los arts. 578 CP y 20 CE, resultaría conveniente alegar en el recurso de apelación la vulneración del principio de proporcionalidad, por infracción de los arts. 15 y 25.1 CE, como estrategia subsidiaria para el caso de que la Sala de Apelación de la AN continuase considerando punible la actuación de los miembros de "La Insurgencia".

Es decir, atendiendo al mayor interés de la defensa de nuestros clientes, se solicitaría la aplicación subsidiaria del apartado cuarto del art. 579 bis CP, el cual dispone que *"los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido"*. Así se obtendría una rebaja de la pena en uno o incluso en dos grados, como de hecho reconoció la SAN 6/2018, de 18 de septiembre.

Respecto a la fundamentación de la aplicación de dicha moderación de la pena, se

³⁹ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia 11/2018 de 15 Mar. 2018, Rec. 8/2017 (La Ley 12043/2018).

acudiría a los distintos razonamientos que se han proporcionado anteriormente para intentar conseguir una absolución. Así, se aplicaría dicho artículo atendiendo a la escasa gravedad de las estrofas controvertidas, genéricas, vagas y carentes de capacidad e idoneidad suficientes para hacer aumentar el peligro de que se cometan nuevos actos de terrorismo, y principalmente, a la ausencia de un contexto de violencia terrorista relacionado con los GRAPO y ETA. Por razones lógicas, no resulta adecuado pormenorizar nuevamente aquellos argumentos.

2.5. Conclusión final de la estrategia desarrollada.

En el presente caso, una vez analizados los argumentos en que se había basado la sentencia de la Audiencia Nacional y contradichos los mismos en base a la jurisprudencia europea y nacional imperante, llegamos a la inevitable conclusión de que aquellos músicos no habían cometido delito alguno. Ello con base en que los magistrados que dictaron aquella sentencia no apreciaron correctamente el concreto medio de expresión de que se trataba, unas canciones de rap caracterizadas precisamente por su lenguaje agresivo y trasgresor; el propio contexto de los autores, un grupo de jóvenes músicos que inician su andadura en el mundo del rap y que buscan a toda costa conseguir repercusión y llamar la atención (que no es lo mismo que intentar influir en las acciones de los demás para que realicen actos delictivos); así como las fechas en que fueron publicadas y difundidas aquellas canciones, las cuales se encontraban muy alejadas en el tiempo respecto de aquellos acontecimientos a los que aludían en sus letras, generalmente previos a la instauración de la democracia y régimen de libertades.

Sin embargo, sintetizando lo expuesto anteriormente, las tres circunstancias o requisitos esenciales que debía haber tenido en cuenta la Audiencia Nacional y que habrían conllevado una sentencia absolutoria son los siguientes: En primer término, la jurisprudencia referida deja claro que las expresiones de elogio, exaltación o apoyo a las actividades desarrolladas por los miembros de los grupos terroristas GRAPO y ETA, no pueden ser confundidas con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductoras o provocadoras de tal clase de delitos.

Por ello, aunque el contenido de sus letras fuese contraria a la esencia misma de la

Constitución, no puede presumirse automáticamente que la finalidad de los autores fuese la de promover la comisión de nuevos delitos terroristas y, por supuesto, no debería haberse considerado meramente residual la versión que ofrecieron los acusados, quienes desde el primer momento negaron rotundamente que su objetivo fuese incitar o provocar la comisión de actos terroristas.

Podemos criticar aquellas estrofas por alabar, elogiar y tratar de héroes a un grupo de personas que cometieron actos crueles e inhumanos, pero no podemos olvidar que la manifestación de esas opiniones y pensamientos, amparadas por la libertad ideológica y de expresión, no tiene por qué realizarse necesariamente con el objetivo de que se perpetren ulteriores delitos terroristas.

Sin embargo, parece que en este y en otros muchos casos, se llega a la conclusión automática de que esa alabanza y elogio solo pueden realizarse con aquel objetivo, incluso cuando los propios magistrados fueron capaces de apreciar lo desconcertados y contrariados que se encontraban los jóvenes acusados ante la idea de que sus letras pudiesen ocasionar actividad delictiva terrorista alguna.

Como se ha defendido, se trata simplemente de un grupo de jóvenes raperos que quieren lograr notoriedad y reputación en el mundo del "hip-hop" difundiendo canciones provadoras, acordes con sus ideales y pensamientos políticos, cuyo auténtico objetivo es al fin y al cabo conseguir dinero con su música, como haría cualquier otro grupo de música.

En este sentido, puede mencionarse lo expresado por la magistrada Ángela M^a. Murillo Bordallo en el voto particular que forma a esta sentencia que se recurre, la cual afirma que *"en el ánimo de los jóvenes acusados no reinaba una intencionalidad dirigida a enaltecer o justificar acciones terroristas o a individuos pertenecientes a organización de carácter terrorista. [...] en el ánimo de estas criaturas lo que subyace es lograr notoriedad, reafirmando sus personalidades, en definitiva, llamar la atención que por otras vías no pueden conseguir. Sus palabras y gestos infantiles en el plenario les delataron"* (SAN 34/2017, de 4 de diciembre).

No se aprecia, pues, el elemento tendencial que exige el tipo del artículo 578 CP, ya que lo único que hacen los acusados es expresar de una forma airada y exagerada su posición política, sus opiniones y deseos, manifestando su protesta y disconformidad con la sociedad en la que se encuentran. No existe prueba alguna que haya acreditado que fuera otra la intención de los acusados.

En segundo lugar, como se ha advertido, el hecho delictivo, consistente en la publicación y difusión de las canciones controvertidas, se produce en un contexto de completa ausencia de violencia terrorista relacionado con los grupos terroristas GRAPO y ETA, no pudiendo tener influencia alguna en la comisión de nuevos delitos de terrorismo, precisamente porque no se puede apoyar o reforzar a unas organizaciones que están completamente desmanteladas e inoperativas en la actualidad.

No solo no parece lógico que dichas organizaciones vayan a resurgir o se vayan a emular sus actos delictivos a consecuencia de las agresivas pero inofensivas letras de un grupo de jóvenes raperos, sino que afirmar aquello roza lo absurdo, máxime cuando uno se detiene a leer o escuchar dichas letras y se puede dar cuenta fácilmente de que se trata de simples opiniones y exageraciones, amparadas por la libertad de expresión.

Por consiguiente, la Sala de Apelación de la AN, al estudiar el recurso de apelación interpuesto, habrá de apreciar y valorar suficientemente que la conducta delictiva no coincide en el tiempo con acciones terroristas ni se acredita un contexto de violencia terrorista en el que aquellas estrofas hubieran podido tener alguna influencia, porque efectivamente el contexto en el que acontecen los hechos sí tiene una imprescindible relevancia jurídica. Dicha valoración debería conllevar una sentencia absolutoria, no solo una rebaja de las penas impuestas en primera instancia.

Por último, tampoco concurre aquel elemento objetivo del tipo integrado por el Tribunal Constitucional, dado que se ha puesto de manifiesto que ninguna de las estrofas controvertidas, ni el conjunto de las mismas, poseen la capacidad e idoneidad necesarias para propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo real e inminente para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Habiendo quedado establecido que es necesario realizar un juicio de peligrosidad en virtud del cual la acción de enaltecimiento ha de implicar *ex ante* un incremento, aunque sea mínimo, del peligro de que se produzcan nuevos actos de terrorismo, es evidente que las letras de las canciones controvertidas carecen, por sí mismas y, en especial, por razón del contexto y del fin, de la menor posibilidad de incrementar mínimamente aquel peligro.

Así las cosas, el artículo 24 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la presunción de inocencia. Derecho que la jurisprudencia de nuestros altos tribunales estima que se vulnera en aquellos casos en los que no ha existido un mínimo en la actividad probatoria de cargo razonablemente suficiente. Asimismo, ha de aplicarse el principio del *favor libertatis*, que *"debe jugar, necesariamente, en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos a la libertad de expresión e ideología que podrían quedar afectados por el tipo penal"* (STS 106/2015, de 19 de febrero⁴⁰).

En este caso, es indudable que la prueba de cargo consiste en simples posibilidades o sospechas, puesto que no existe ningún dato o circunstancia que permita acreditar fehacientemente que la conducta de los acusados haya supuesto o pueda suponer una situación de riesgo para las personas ni para los derechos de terceros, o para el propio sistema de libertades.

Si bien podría alegarse que en este caso concurre una causa de exclusión de la antijuridicidad canalizable a través del artículo 20.7 CP (ejercicio legítimo de un derecho), lo cierto es que realmente se trata de una conducta atípica, puesto que no se cumplen dos elementos esenciales que componen el tipo delictivo del enaltecimiento del terrorismo⁴¹.

40 Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 106/2015 de 19 Feb. 2015, Rec. 1374/2014 (La Ley 13691/2015).

41 Por ello, hemos de aludir a la reciente STS 52/2018, de 31 de Enero, que en su FJ 4º dispone lo siguiente: *"La antijuridicidad pese a ello, puede resultar excluida, incluso formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a este por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debemos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo si diera) de la antijuridicidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se deba comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal. A tal elemento ha hecho referencia el T.C. en la sentencia 112/2016... Por lo que concluye: La sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artº 578 suponen una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso*

Ni concurre el elemento subjetivo o intencional ni aquel elemento objetivo del tipo integrado por el Tribunal Constitucional. Concluyendo, ni los miembros de "La Insurgencia" tenían la intención o finalidad de incitar o provocar la comisión de nuevos delitos de terrorismo, ni sus canciones (o el conjunto de ellas) posían la capacidad e idoneidad necesarias (la requerida habilidad persuasiva) para propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo real e inminente para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. No habiendo quedado desvirtuada la presunción de inocencia, no cabe duda de que procede la revocación de la sentencia dictada en primera instancia y la libre absolución de los condenados.

IV. Incidencia de la SAN 6/2018, de 18 de septiembre. Breve crítica a la misma.

Aunque la estrategia de defensa diseñada es anterior a que se dictase la SAN 6/2018, de 18 de septiembre, resulta necesario analizar, aunque sea de forma breve, su contenido, fundamentación y fallo. La representación procesal de los miembros de "La Insurgencia" interpusieron un recurso de apelación contra la sentencia de instancia por la que fueron condenados, alegando infracción del art. 578 CP, al entender que los hechos que se declararon probados no constituían el delito previsto en el citado artículo; infracción del art. 20 CE, por vulneración del derecho a la libertad artística; y, por último, infracción de los art. 15 y 25.1 CE relativos a la prohibición de la imposición de penas inhumanas o degradantes.

La Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, apoyándose en los argumentos proporcionados por la sentencia de instancia, desestimó los motivos de infracción de los arts. 578 CP y 20 CE, al entender que la conducta desplegada por los acusados fue un acto inequívoco de alabanza y justificación de la lucha armada terrorista. Así, entendió que la sentencia condenatoria había fundamentado suficientemente que se pueden subsumir los hechos probados en el tipo penal del art. 578 del Código Penal, puesto que *"basta con leer los hechos probados para comprender la gravedad de las expresiones contenidas y su encaje en del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades."*

De ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de que con que finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración del riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo, haya de entenderse en abstracto como "aptitud" insita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas".

el tipo penal, al concurrir cuantos elementos adicionales o complementarios exige la jurisprudencia".

Tuvo en cuenta especialmente el contenido repetitivo de las canciones, así como las circunstancias personales de los condenados y su conocimiento de la actividad de los terroristas a quienes enaltecieron, confirmando la decisión de la sentencia de instancia de que concurren todos los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal del art. 578 del Código Penal.

No obstante, respecto de la alegación de la defensa de que una pena de dos años y un día es un castigo desproporcionado y atroz que vulnera los arts. 15 y 25 CE, la Sala de Apelación apreció la aplicación de la moderación penológica contenida en el art. 579 bis. 4 CP, rebajando la pena en dos grados, la cual no había sido concedida por la sentencia de instancia. Postula la aplicación de dicho precepto debido a que tanto las organizaciones terroristas GRAPO como ETA, aparte de prácticamente desmanteladas e inoperantes en los últimos años, no han desplegado actividad de esa índole a la fecha de los hechos, ni en la actualidad.

En este sentido, señala que *"en aplicación de la interpretación que se ha hecho sobre la valoración del riesgo abstracto a la que ya hemos hecho referencia, se debe tener en cuenta que el **desvalor de la acción** cuando se alude a este tipo de bandas terroristas que han sido, como se ha dicho prácticamente desmanteladas, y que su capacidad de actuación es mínima, es menor que cuando se justifica o sublima la actuación de actividades terroristas que están presentes en nuestra sociedad, como es el caso del yihadismo, que ha causado la muerte de quince personas no hace más de un año. Mas esto **no puede suponer la desaparición del desvalor de la acción**, puesto que nos movemos claramente en el ámbito del injusto del delito de enaltecimiento del art. 578 del CP, y por ello creemos adecuada la aplicación este subtipo atenuado del art. 579 Bis 4".*

Dejando de un lado que esta última sentencia obvia que realmente no concurre el elemento subjetivo del tipo, la diferencia esencial con la postura defendida en este dictamen es que la Sala de Apelación considera que aún situándose en un contexto de completa

ausencia de violencia terrorista relacionado con dichas organizaciones criminales, continúa tratándose de una conducta típica, ya que no desaparece el desvalor de la acción porque aún así existe un riesgo abstracto mínimo de comisión de nuevos delitos de terrorismo.

Remitiéndome a lo expresado en los apartados anteriores con el fin de no resultar reiterativo, considero que esta es al fin y al cabo una solución a medio camino, que solo logra paliar en parte la desproporción del castigo que se había impuesto a los acusados, pero que no restaura la vulneración de su libertad de expresión a la que se vieron sometidos. Me remito, por tanto, a los razonamientos proporcionados anteriormente para defender que se trata de unos hechos completamente atípicos, porque las letras de estos músicos, genéricas e inofensivas, no tenían la capacidad real de aumentar en un mínimo ápice el riesgo de comisión de nuevos actos terroristas.

V. Excurso. Presente y futuro del delito de enaltecimiento del terrorismo. Postura de la doctrina y opinión personal crítica.

Tras haber leído abundantes monografías y artículos de diversos juristas y haber examinado numerosos casos de personas condenadas por la comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo, me he formado una opinión bastante crítica de este delito o, mejor dicho, de la aplicación e interpretación que están haciendo nuestros tribunales de aquél.

En primer lugar, he de comentar aquello que he adelantado en la introducción de este dictamen. Estamos ante un delito que se introdujo en el año 2000 y fue objeto de reforma en el año 2015. Un delito que desde el principio fue ampliamente criticado por nuestra doctrina más experimentada debido a su falta de adecuación a los principios constitucionales esenciales.

1. Derogación del delito de enaltecimiento del terrorismo.

Considerando que se trata de una ilegítima vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión, parte de la doctrina aboga por la eliminación de este delito de nuestro

Código Penal, destipicando con ello la conducta que se castiga en el mismo⁴². En defensa de aquéllo, podemos comenzar transcribiendo lo que de forma magistral expresaba, ya en el año 1976, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su sentencia de 7 de diciembre de dicho año, caso Handyside c. Reino Unido, destacaba que *"la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad [una "sociedad democrática"], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una "sociedad democrática". Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al objetivo legítimo que se persigue"*⁴³.

En la misma línea, dos grandes autores como Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives

42 Entre otros autores, podemos citar a José Manuel Paredes Castañón, quién defiende la supresión del delito de enaltecimiento del terrorismo recogido en el art. 578 CP (además de otros delitos de terrorismo) al entender que *"las conductas subsumibles en este precepto o lo son también en otros delitos contra bienes jurídicos individuales (amenazas, injurias) o constituyen ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión"*. No obstante, el citado autor reconoce la gran dificultad de llevar a cabo esta propuesta en el ambiente político presente, que podría sonar incluso a *"ciencia-ficción (o, peor, a provocación)"*. PAREDES CASTAÑÓN, J.M., «Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización», en Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 86-87.

Por su parte, Javier Mira Benavent opina que *"las conductas descritas en los términos actuales por el artículo 578 CP no deberían ser constitutivas de delito: de un lado, por tratarse de injustos que carecen de un mínimo contenido material de lesión o de peligro para los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal de un Estado democrático; y de otro lado, por resultar contrarias al contenido esencial del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 de la Constitución de 1978"*. MIRA BENAVENT, J., «El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional», en Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 300-301.

43 Puede también citarse lo expresado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas su Observación general n.º 34 de julio de 2011, relativa al artículo 19 -sobre libertades de opinión expresión- del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España, el cual destacaba en su ordinal segundo que *"la libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas. Ambas libertades están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones"*. Asimismo, señalaba, en su ordinal tercero, que *"la libertad de expresión es una condición necesaria para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas que, a su vez, son esenciales para la promoción y la protección de los derechos humanos"*.

Antón han defendido que *"la proclamación de la libertad y del pluralismo político como «valores superiores» del ordenamiento jurídico y la concreción de esa declaración en los correspondientes derechos fundamentales impide [...] el castigo de las ideas y opiniones, por mucho que puedan estimarse perniciosas y la erección de la ley moral en bien jurídico, pues en una sociedad pluralista no puede haber una ley única moral cuyo cumplimiento pueda exigirse válidamente a todos"*⁴⁴.

Siguiendo la opinión de Mariona Llobet AnglÍ, podemos entender el delito tipificado en el art. 578 CP como un *«delito de clima»*, cuya tipificación tiene como fin proteger la paz pública y el orden constitucional, garantizando la seguridad colectiva de los ciudadanos y la estabilidad social del país. Esto es, trata de evitar y reprimir aquellas conductas que creen o fomenten el surgimiento de un clima que incite al delito o a la violencia terrorista.

Se busca así adelantar las barreras de protección e intentar anticiparse al nacimiento de nuevos delitos de terrorismo, evitando que la alabanza o justificación del terrorismo puedan crear el *«caldo de cultivo»* idóneo para que las acciones terroristas se multipliquen. Su objetivo es, pues, que la paz pública y el orden constitucional no resulten lesionados por la creación de un clima en el que puedan prosperar delitos de la misma índole que el que ha sido objeto de alabanza, justificación o aprobación.

Nadie cuestiona que se trata de un fin más que legítimo y que los delitos de terrorismo son unos de los más atroces e inhumanos que conocemos. Sin embargo, ello no es óbice a que, tratándose de un delito de clima, *"se está restando capacidad de autonomía al individuo transfiriéndola al Estado. Es decir, puesto que en última instancia son sus representantes quienes deciden acerca de si los ciudadanos de una democracia deben conocer o no determinadas clases de ideas, creencias o razones, se demuestra la desconfianza en la sociedad para formar sus propias convicciones"*⁴⁵. Por ello, resulta paradójico que el Estado

44 COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 316 y 317.

45 LLOBET ANGLÍ, M., *Colaboración mediante...* cit., p. 5. En el mismo sentido, Vives Antón señala que *"(a)platar la serpiente en el huevo conminando la simple expresión de opiniones y creencias revela una inadmisibile falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones"*. VIVES ANTÓN, T.S., *«Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo»*, en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 25, 2004, pág. 42.

decida por sus ciudadanos qué clase de ideas puede llegar a conocer y cuáles no, negándole así al individuo concreto la racionalidad, autonomía y libertad que el propio ordenamiento le presupone⁴⁶.

Puesto que para entender cometido este delito basta una incitación indirecta y un riesgo absolutamente abstracto, se sobrecarga la responsabilidad exigible al sujeto actuante en el ejercicio de su libertad de expresión, ya que se le imputa la mera posibilidad de que su mensaje pueda producir en el futuro la comisión de nuevos delitos terroristas. Es decir, *"nuestro Derecho penal le estaría responsabilizando por la errática o exagerada interpretación de un mensaje políticamente incorrecto"*⁴⁷.

Por supuesto que no garantizarse que ninguna persona vaya a cometer un delito terrorista como consecuencia, incluso indirecta, de haber escuchado unas canciones de rap o por haber leído unos *tuits*. Pero tampoco puede negarse rotundamente la posibilidad de que un sujeto cometa en el futuro un delito terrorista por haber visto una película, una serie de televisión, o haber leído un periódico; es decir, por haber tenido acceso a los medios de información y comunicación que habitualmente leemos, vemos y escuchamos el común de los ciudadanos. Por consiguiente, si atendemos exclusivamente a la reacción que podría tener aquel sujeto, llegaríamos al extremo de vernos obligados a censurar toda clase de informaciones, por inofensivas que puedan resultar.

No es ajustado a derecho censurar y condenar a una persona que simplemente hace uso de su libertad de expresión, incluso aunque lo haga de forma provocadora y sin compartir nuestros ideales, con base en la sospecha de que quizás una persona pueda, o no, reaccionar de forma desproporcionada y cometer un delito de terrorismo por haber escuchado una canción, haber leído un *tuit*, haber visto una pintada en una pared, etc.

Además, debemos tener en cuenta que, como expresa Adela Asua Batarrita, la *"creación o mantenimiento de un clima proclive a la aceptación del terrorismo no es fruto de un día ni*

46 RAMOS VÁZQUEZ, J.A., Presente y futuro... cit., p. 783.

47 CÁMARA ARROYO, S., «Delitos de odio: concepto y crítica: ¿ límite legítimo a la libertad de expresión ?», en *La Ley Penal*, n.º 130, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2018, p. 13.

de un discurso aislado", de modo que "no puede atribuirse a un concreto discurso fechado en un determinado tiempo, idoneidad directa y causal [...] para generar un determinado clima de apoyo al terrorismo"⁴⁸.

Evidentemente, la gran mayoría de personas, por no decir todas, deciden no cometer actos terroristas pese a escuchar dichas canciones o leer unos *tuits*. No obstante, aquellas personas que están dispuestas a cometer un delito terrorista lo hacen bajo su propia responsabilidad. No pueden responsabilizar de sus actos, por ejemplo, a un grupo de "hip-hop".

En este sentido, puesto que la aprobación o justificación de delitos y la exaltación o alabanza de sus autores solamente pueden tener consecuencias nocivas si un sujeto se deja impresionar por tales ideas, es este sujeto el único que debe ser responsable cuando reproduzca la conducta alabada o justificada⁴⁹. Así, no debería adelantarse la barrera de protección y exigir tal grado de responsabilidad al emisor del mensaje, ya que *"en ningún paso pudo prever la potencialidad lesiva o de provocación de su mensaje si éste no es explícito y directamente incitador a la violencia"⁵⁰.*

Siguiendo a la citada autora, hemos de distinguir entre la *«la apología de la ideología»*, que se vería amparada por el derecho constitucional a la libertad de expresión, aún cuando sea con el fin de expresar una ideología política que el común de las personas podamos considerar deleznable o inmoral; y la *«apología de la ejecución delictiva»*, que sí ha de reprimirse y castigarse, pero que requiere, en primer lugar, la idoneidad del mensaje para hacer surgir una decisión delictiva y, en segundo lugar, que el dolo apologeta abarque no solo el ensalzamiento o justificación del crimen o del autor, sino también el propio aspecto incitador.

Otro motivo a favor de la destipificación de este delito es precisamente que, como se ha dicho, nos encontramos en un momento histórico en el que, por fortuna, el terrorismo nacional

48 ASÚA BATARRITA, A., «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1998 de la Sala Penal del Tribunal Supremo)», en *Diario La Ley*, Ref. D-158, 1998, epígrafe VI.

49 LLOBET ANGLÍ, M., *Colaboración mediante...* cit., pp. 5-6.

50 CÁMARA ARROYO, S., *Delitos de odio...* cit., p 34.

protagonizado por grupos terroristas armados como ETA y GRAPO ha desaparecido, y si por desgracia volviese a resurgir, no lo sería a consecuencia de unas canciones o unos *tuits*.

Al igual que le ha ocurrido al grupo de rap "La Insurgencia", se están condenando a un gran número de personas por elogiar y alabar a unas organizaciones terroristas desaparecidas en la actualidad y que en modo alguno van a resurgir ni retomar sus acciones terroristas a consecuencia de sus inofensivas expresiones.

Además, si a la amplitud con que se han tipificado las conductas sancionables en virtud del artículo 578 CP, bastando la incitación indirecta y el riesgo absolutamente abstracto, le unimos la gravedad de las penas previstas -especialmente tras la reforma operada en el año 2015- se provoca en el conjunto de los ciudadanos el temor a manifestar públicamente sus ideales, exteriorizar opiniones e ideas críticas o provocadoras, o incluso simples expresiones en clave de humor, conduciendo dicho temor a la autocensura, hasta el punto de que, una vez creado el clima idóneo, podría llegar a no ser necesaria la aplicación de dicho artículo, ya que de seguir así, no habrá quién se atreva a manifestar su opinión crítica si no coincide con la de la mayoría.

No en vano nuestra Constitución de 1978, tras disponer que se reconoce y protege, entre otros, el derecho *"a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción"* [art. 20.1.a) CE], declaró como principio esencial que *"el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa"* (art. 20.2 CE). Sin embargo, como opina María José Balda Medarde, *"si cada ciudadano calla o se lo piensa mucho antes de hablar y de emitir opiniones o pensamientos, resulta innecesaria esa censura previa externa, pues el temor conducirá a la autocensura"*⁵¹, más aún cuando el castigo por dicha conducta podrá ser en un gran número de los casos la pena de prisión y una cuantiosa multa.

Como opinan algunos autores, no se trata únicamente de que la tipificación de las conductas recogidas en el art. 578 CP suponga una grave vulneración de los principios y

51 BALDA MEDARDE, M.J., «Sobre la libertad de expresión», en *Boletín Límites a la libertad de expresión, Jueces y jueces para la democracia*, 2018, p. 9.

derechos constituciones más esenciales, sino que lo hace a costa de no conseguir ninguna efectividad en la práctica, ya que lo cierto es que no previene tales infracciones. La tipificación legal de la apología delictiva no ha conseguido nunca *"modificar en lo más mínimo la evolución del fenómeno terrorista ni minar en un ápice el apoyo social al mismo"*⁵², sino que lo único que se logra con la tipificación de este delito es etiquetar como criminales a determinados sujetos que lo único que han hecho es ejercer su legítimo derecho a la libertad de expresión, sin lesionar a nadie, ni hacer surgir la decisión de cometer un delito, ni si quiera de forma indirecta. En definitiva, solo se consigue contribuir al deterioro del Estado de Derecho⁵³.

Podemos situar este delito en la órbita del denominado Derecho Penal de autor, puesto que quienes profesan una ideología afín a posturas radicales y violentas son castigados precisamente por sus circunstancias personales, no por la relevancia que sus hechos pudiesen tener para el Derecho Penal. Lo cierto es que las conductas de enaltecimiento o justificación del terrorismo indignan y enfurecen a la gran mayoría de los ciudadanos. No obstante, no podemos atender únicamente a tales sentimientos de rechazo para fundamentar un castigo penal, pues se estarían convirtiendo en delito conductas moralmente reprochables para la mayoría, lo que no puede aceptarse en un Estado Social, Democrático y de Derecho. No debemos olvidar que la intervención del Derecho Penal no debe ser moralizador ni utilizado para imponer una determinada ideología. Esto significa que el objeto de tutela del art. 578 CP debe ser algo más que la moral predominante en una sociedad⁵⁴.

Por su parte, Ramón Sáez Valcárcel afirma que con la tipificación de este delito *"en*

52 DEL ROSAL BLASCO, B., «La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995». En Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Jorge Barreiro (coord.), Civitas, 2005, p. 965.

53 Advertencia que subraya Pastrana Sánchez al decir que *"estamos asistiendo en este contexto a una huida hacia el Derecho penal sin precedentes en nuestra historia democrática y, con ello, hacia la destrucción del Estado de Derecho, al menos en este ámbito"*. PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., Interpretación judicial... cit., p. 373.

54 En este sentido, Carbonell Mateu considera que *"estamos ante delitos sólo contra los sentimientos que no pueden superar un test serio de constitucionalidad si consideramos que suponen una muy considerable limitación a la libertad de expresión no justificada por la necesidad de tutela de bienes jurídicos que comporten manifestación de las condiciones externas de los derechos fundamentales; sólo se basan en el rechazo moral que, sin duda, merecen muchas (o, al menos, algunas) de las conductas a las que se viene aplicando. Pero un rechazo moral nunca puede justificar penas de privación de libertad"*. CARBONELL MATEU, J.C., Crítica a los sentimientos... cit., p. 346.

realidad se criminalizan discursos ofensivos o desagradables de escasa o nula incidencia, muchos de ellos elaborados sin la prudencia y las inhibiciones propias de la autocensura y el temor a la persecución –una conciencia que se alimenta del efecto desaliento que produce la prohibición estatal de las libertades-, palabras sin acción ni capacidad para incitar a la acción”⁵⁵. De ahí que resulte paradójico, como se ha dicho, que cada vez se castiguen con mayor frecuencia los delitos de enaltecimiento del terrorismo cometidos en elogio y alabanza de los grupos terroristas ETA y GRAPO, que abandonaron el uso de las armas y terminaron desapareciendo en nuestro país. Puesto que en teoría la legislación antiterrorista de nuestro ordenamiento jurídico tenía como objetivo debilitar a dichas organizaciones y poner punto final a sus actividades delictivas, resulta complicado comprender por qué en estos últimos años, fundamentalmente a partir de 2015, se ha producido un excesivo aumento de las condenas a aquellas personas que manifestaron sus opiniones elogiadoras en favor de los miembros de aquellos grupos terroristas ya inexistentes⁵⁶.

Por si eso fuera poco, con la tipificación de estas conductas no solo no se consigue ninguna efectividad práctica (como se ha dicho, no previene tales infracciones), sino que sorprendentemente se logra que aquellas personas que han sido condenadas por delitos de enaltecimiento del terrorismo y que con anterioridad a su condena eran desconocidas por gran parte de la población (salvo sus seguidores, normalmente muy reducidos), alcancen notoriedad y fama, pasando de ser unos meros desconocidos para la mayoría de nosotros antes de suscitarse la polémica por las letras de sus canciones o por sus *tuits*, a ser considerados unos férreos defensores de la libertad de expresión.

Es precisamente lo que les ha ocurrido a los miembros del grupo "La Insurgencia" u

55 SÁEZ VALCÁRCEL, R., La libertad de expresión... cit., p. 3. En el mismo sentido se pronunciaba Bernal del Castillo, quién afirmaba que *"se trata por lo general de actos de alabanza encubierta o ambigua, que efectivamente distorsionan el clima político y social y que constituyen en todo caso un apoyo genérico, global, a una ideología violenta, pero por mucho que agredan a la comunidad democrática, esas conductas no llegan al mínimo de peligrosidad exigida para la intervención penal, por no tratarse de actos incitadores, directos o indirectos, a delitos particulares"*. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de terrorismo», en *Diario La Ley*, Ref. D-145, 2001, epígrafe II.

56 Vemos como este delito no se adecúa a la realidad social en la que vivimos actualmente, pudiendo concluirse que *"la imagen judicial del terrorismo (es decir, aquélla que se deduce de los diferentes pronunciamientos que van dictándose sobre la materia) parece alejarse en nuestro país cada vez más de la realidad criminal que en un principio se pretendía regular, perseguir y reprimir"*. PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., Interpretación judicial... cit. p. 395.

otros raperos como Valtòny, Pablo Hasél o César Strawberry. Ya consideremos, o no, sus obras, sus canciones, como un arte, es indudable que han obtenido un reconocimiento público, precisamente por la repercusión mediática que han suscitado sus casos, que no habrían podido conseguir de otra forma⁵⁷.

Por los motivos indicados cada vez son más los juristas que opinan que la seguridad ciudadana y la estabilidad social (en definitiva, la paz pública) no legitiman la tipificación de estas conductas, esto es, ninguno de ellos reviste una entidad tal que los hagan merecedores de tutela jurídico penal a costa de la libertad de expresión, sobre todo teniendo en cuenta la pena que conlleva la comisión de este delito. Por todo ello, parece que una solución a este problema podría ser la derogación del art. 578 CP por ser inconstitucional a la luz del art. 20 CE.

1.1. Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión.

Cabe destacar que el 20 de marzo de 2018, la Mesa de la Cámara del Congreso de los Diputados adoptó por acuerdo admitir a trámite la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

La Proposición de Ley Orgánica fue publicada el 23 de marzo de 2018 y tiene por objeto reformar determinados artículos de nuestro vigente Código Penal con el fin de otorgar una mayor protección al derecho fundamental a la libertad de expresión. En dicho texto se sostiene -no sin razón, debo añadir- que *"en los últimos años estamos asistiendo en España a una deriva autoritaria que ha llevado a restringir de manera alarmante el derecho fundamental a la libertad de expresión, recogido en el artículo 20 de la Constitución"*

⁵⁷ Así, resulta ilustrativo de lo aquí indicado los siguientes datos: Cuando fue dictada la SAN 34/2017, de 4 de diciembre, el grupo "La Insurgencia" contaba en su canal de Youtube con unos 1.900 suscriptores y más de 400.000 visualizaciones de sus contenidos. Actualmente, habiendo transcurrido menos de un año desde que se dictó dicha sentencia, y después del revuelo mediático que ha sucedido a la misma, "La Insurgencia" cuenta con casi 7.000 suscriptores y más de 858.000 visualizaciones de sus videos. Teniendo en cuenta que el grupo se incorporó a Youtube en julio de 2012, no se puede entender tal aumento asimétrico de sus seguidores y sus visualizaciones si no es por la polémica que han suscitado todos estos casos de enaltecimiento del terrorismo. Fuente: <https://www.youtube.com/user/LaInsurgenciaTV>.

Española, más allá de estos límites" y que aquéllo se está realizando tanto por la vía administrativa⁵⁸, como por la penal.

Esta Proposición de Ley Orgánica presentada por Unidos Podemos no se limita a solicitar la derogación del delito de enaltecimiento del terrorismo tipificado en el art. 578 CP (tanto la conducta de enaltecimiento, como de humillación a las víctimas), sino que considera que deben suprimirse de nuestro ordenamiento jurídico los siguientes delitos: Delito contra los sentimientos religiosos o de escarnio público (art. 525 CP); delitos contra la Corona (arts. 490.3 y 491 CP); las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas (art. 543 CP); y las injurias al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma y a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (art. 504). Asimismo, propone una importante modificación de los mal llamados delitos de odio, tipificados en el art. 510, así como de los arts. 22.4ª, 510 bis, 515, 536 bis y 538 CP.

No obstante, atendiendo al objeto del presente dictamen, se hará referencia únicamente a la propuesta de supresión del delito de enaltecimiento del terrorismo, sin perjuicio de que personalmente considere que también se está haciendo un uso abusivo del resto de delitos nombrados, algunos de los cuales deberían derogarse, por tratarse en su gran mayoría de delitos obsoletos y arcaicos, que vulneran de forma flagrante la libertad de expresión y no se adecúan a la realidad social en la que vivimos en la actualidad. Como expresa la propia Proposición, se trata de *"delitos que chocan frontalmente con la libertad de expresión desde su propio enunciado y que procede derogar. Son artículos del Código Penal cuya influencia provienen de la dictadura y que por tanto no tienen cabida en un sistema democrático y plural"*.

En primer lugar, este texto destaca los problemas de ambigüedad que presenta la definición del enaltecimiento del terrorismo y aporta unos preocupantes datos en relación con dicho delito. Puesto que dichos datos fueron proporcionados en la primera parte del presente trabajo, me limitaré a resaltar de nuevo que no ha sido hasta el año 2011, justamente cuando

58 Se refiere a la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, popularmente conocida como "*Ley mordaza*".

ETA declaró el cese de su criminal actividad, cuando comenzaron a perseguirse estos delitos y, desde entonces, se han multiplicado estos casos, especialmente a partir del año 2015, existiendo más condenas por este delito cuanto más nos alejamos en el tiempo del último acto terrorista cometido por los grupos terroristas ETA y GRAPO.

La Proposición de Ley defiende que *"nuestro ordenamiento jurídico ya dispone de otras figuras jurídicas, como la apología del delito, que castiga la provocación directa para la comisión de delitos terroristas, o lo indicado en el vigente artículo 170.2 del Código Penal, que castiga a los que amenacen o reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones terroristas. Es decir, ya existen diversos tipos penales en los que perfectamente se pueden encauzar los excepcionales casos que puedan ligarse a un terrorismo que sí está activo en Europa como es el yihadista"*.

Añade que pese a la dureza que tienen gran parte de las expresiones enjuiciadas en estos procedimientos, se ha puesto de manifiesto que no existe ningún peligro de comisión de delitos terroristas. Además, las reiteradas contradicciones entre las abundantes sentencias que han dictado en esta materia los distintos jueces y magistrados de nuestro país, sin orden ni unidad de criterio, ocasionan una grave inseguridad jurídica a los ciudadanos, hasta el punto de que éstos desconocen que está prohibido hacer, decir o cantar⁵⁹.

Las frecuentísimas condenas por enaltecimiento del terrorismo, unidas a las exageradas penas impuestas, conllevan la creación de una atmósfera de autocensura impropia de un sistema democrático y plural. Defiende que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene manifestando que en los excepcionales casos en que se sancione la opinión —refiriéndose a los delitos discriminatorios o los llamados discursos del odio— el castigo nunca habrá de conllevar pena de prisión, algo que, por supuesto, también se defiende en este trabajo.

Respecto de la Directiva Europea (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, señala que esta

59 Dada la disparidad de criterios que emplean el TS y la AN a la hora de juzgar las conductas enaltecedoras o justificadoras del terrorismo, con pronunciamientos contradictorios (inclusive entre los propios magistrados del TS y la AN), no sería osado alegar en muchos casos un error de prohibición o incluso un error de tipo, puesto que, a la luz de la dispar jurisprudencia de nuestros tribunales, lo que un día está permitido decir, al día siguiente lleva aparejada una pena de prisión o vice versa.

Directiva en su art. 5 se refiere a la apología del terrorismo, ya regulado en el art. 579 de nuestro Código Penal, sin contemplar la figura del enaltecimiento, por lo que la derogación del art. 578 no infringiría lo dispuesto en la referida Directiva.

Se hace referencia a los informes elaborados por Amnistía Internacional y a la recomendación del Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, a los que se ha hecho alusión aquí en apartados anteriores.

Es menester recalcar la mención que se realiza al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual en su sesión 25952 (CCPR/C/ SR.2595), celebrada el 30 de octubre de 2008, incluyó entre sus recomendaciones lo siguiente: *"El Estado parte debería dar una definición restrictiva al terrorismo y hacer de modo que sus medidas contra el terrorismo sean plenamente compatibles con el Pacto. En particular, el Estado parte debería prever la modificación de los artículos 572 a 580 del Código Penal para limitar su aplicación a las infracciones que revistan indiscutiblemente un carácter terrorista y merezcan que se las trate en consecuencia"*. Recomendación que fue desoída completamente por el Estado español en el año 2015, cuando precisamente decidió reformar el Código Penal para endurecer estos artículos.

Por todo ello, la Proposición de Ley Órgánica concluye su apartado dedicado al delito de enaltecimiento del terrorismo manifestando que este delito *"resulta por tanto de difícil encaje en un sistema democrático y debe ser derogado de forma urgente, tal y como están solicitando ya las principales asociaciones de derechos humanos de ámbito nacional e internacional"*.

1.2. Problemas a los que se enfrenta la proposición de derogación.

Si bien parece una reforma necesaria y urgente en tanto que se está haciendo un uso desmesurado e inconstitucional del art. 578 CP, tipificando en muchísimos casos conductas evidentemente inocuas, aquélla se enfrenta a diversos problemas que no pueden obviarse tan fácilmente. Así, habremos de referirnos al delito de descrédito, menosprecio o humillación de

las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, al fenómeno del terrorismo yihadista, así como a la Directiva Europea (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo.

En primer lugar, no puede proponerse la derogación del art. 578 CP sin tener en cuenta que en el mismo se preceptúan dos conductas delictivas diferentes, el enaltecimiento o justificación del terrorismo y el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. A este respecto, la mencionada Proposición de Ley defiende que *"la derogación del artículo 578 del Código Penal no supone ningún tipo de desprotección respecto de este colectivo en lo concerniente a las conductas tendentes a vejear o menoscabar su dignidad. Por un lado en esta ley se reforma el agravante 42 del artículo 22 al introducir entre los colectivos protegidos en este punto al de víctimas del terrorismo, y por otro lado ante cualquier conducta vejatoria o humillante a las víctimas existe para su protección el delito de injurias"*.

Considero escaso dedicarle un solo párrafo en todo el texto para fundamentar la destipificación de esta conducta delictiva. No obstante, estoy completamente de acuerdo en que dicha conducta puede subsumirse perfectamente en el delito de injurias tipificados en los arts. 208 y 209 CP. Ello no solo sería adecuado, sino que sería asimismo más acorde con los principios constitucionales que han de ordenar esta materia.

Así, siguiendo a Mira Benavent⁶⁰, ha de defenderse que la consideración de estas conductas de humillación o menosprecio a las víctimas del terrorismo como un delito de injurias conllevaría que, de conformidad con el art. 208 CP, solamente serían constitutivas de delito las injurias que por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves; requisito que no exige en su redacción el actual art. 578 CP. Además, en virtud de lo estipulado en el art. 215 CP, se requeriría querrela de la persona ofendida (o sus familiares, en su caso) para iniciar el procedimiento penal y se permitiría en estos casos que el perdón del ofendido o de su representante legal extinguiese la acción penal.

60 MIRA BENAVENT, J., El delito de enaltecimiento... cit., pp. 305-306. *Vid.* también CARBONELL MATEU, J.C., Crítica a los sentimientos... cit., p. 343-344.

Pero lo más importante es que las conductas de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigarían con unas penas proporcionadas a lo injusto cometido. Esto es, podrían aplicarse las penas establecidas para las injurias graves, que se castigan en el art. 209 CP con la pena de multa de seis a catorce meses cuando se realizan con publicidad y con la de multa de tres a siete meses, en caso contrario. Además, podría añadirse en el art. 22.4.^a CP como motivo de agravación de la pena, el cometer el hecho delictivo por motivo de discriminación por razón de ser víctima del terrorismo⁶¹. Parece que así podría solventarse ese problema derivado del tenor literal del art. 578 CP.

En segundo lugar, resulta necesario preguntarse qué ocurre con el terrorismo islamista. Ahora que parece que por fin nos hemos librado de la lacra que supuso el terrorismo nacional, debemos analizar si las distintas propuestas de que se derogue, entre otros, el art. 578 CP son compatibles con la existencia de un terrorismo radical yihadista. Es decir, si respecto de esta clase de terrorismo está también justificado limitar de forma desmesurada la libertad de expresión como se está haciendo actualmente.

He de reconocer que me ha sorprendido que algunos autores se limiten a defender la derogación de este tipo delictivo atendiendo a su inadecuación con los principios constitucionales y a su falta de necesidad en la actualidad debido a que el terrorismo interno ha desaparecido, pero no se refieran al terrorismo que nos preocupa hoy en día, el terrorismo islamista que traspasa las fronteras nacionales.

Sin poder abundar en el tema, con el fin de no exceder el objeto de este trabajo, ha de decirse que desde la reforma del año 2000 se ha producido una evidente evolución de la realidad actual del terrorismo, caracterizada por el auge del terrorismo islamista que provocó la agravación penológica de estos delitos en el año 2015. Por ello, es necesario analizar si es eficaz desde una postura político-criminal el delito de enaltecimiento recogido en el art. 578 CP en el ámbito de este terrorismo internacional.

61 La citada Proposición de Ley apuesta por una modificación del art. 22.4.^a, que quedaría redactado de la siguiente forma: "*4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad, o por razón de ser víctima del terrorismo*".

El problema esencial que nos encontramos es que, desde un punto de vista político-criminal, el enaltecimiento o justificación del islamismo yihadista no se realiza del mismo modo que respecto del terrorismo interno. Esto es, normalmente los actos de apología del terrorismo islamista y de sus autores no se limitan a la simple divulgación general del mensaje enaltecedor, sino que forman parte de un *modus operandi* más complejo, puesto que los actos de enaltecimiento o justificación de esta clase de terrorismo suelen dirigirse a fines más amplios de captación, adoctrinamiento o reclutamiento de nuevos miembros. O bien se trata de alabanzas de actos violentos que constituyen verdaderas formas de participación en grupos u organizaciones terroristas, porque no se limitan a elogiar los actos de ciertas organizaciones terroristas islámicas, sino que también participan en ellas. Asimismo, en un gran número de casos, aquellas manifestaciones enaltecedoras del terrorismo yihadista constituirán en realidad actos de provocación directa o indirecta a la comisión de actos terroristas⁶².

Por ello, podría afirmarse que se aplicará de forma muy escasa el art. 578 en relación con el enaltecimiento de la yihad islámica (o al menos así debería), ya que las manifestaciones enaltecedoras o justificadoras del terrorismo islamista que sean realmente idóneas y capaces de afectar al bien jurídico protegido por el art. 578 (la paz social y el orden constitucional), se podrán castigar conforme a otros artículos del capítulo que recoge los delitos de terrorismo en nuestro Código Penal. Así, como se ha mencionado, podrán punirse, por ejemplo, en virtud del delito de captación, adoctrinamiento o reclutamiento del art. 575, del delito de colaboración o participación en grupos u organizaciones terroristas recogido en el art. 577, o bien el delito de provocación directa o indirecta a la comisión de actos terroristas regulado en el art. 579⁶³.

En el mismo sentido, aunque no lo desarrolla de forma demasiado extensa, la citada Proposición de Ley defiende que *"ya existen diversos tipos penales en los que perfectamente se pueden encauzar los excepcionales casos que puedan ligarse a un terrorismo que sí está activo en Europa como es el yihadista"*. No obstante, aunque pueda afirmarse su escasa aplicación en la práctica, ello no significa que no puedan existir supuestos en que se lleven a

62 BERNAL DEL CASTILLO, J., El enaltecimiento del terrorismo... cit., p. 37 y ss.

63 Como se explicará a continuación, el recurso al tipo delictivo regulado en el art. 579 no está exento de críticas.

cabo conductas de enaltecimiento del terrorismo yihadista. Es decir, casos en los que el autor se limite a enaltecer o justificar esa clase de terrorismo sin realizar además otras conductas delictivas. Si constituyen conductas idóneas y suficientes para incitar a la comisión de tal clase de delitos es una cuestión que habrá de analizarse atendiendo a los estrictos criterios que se han defendido en este trabajo.

Sin embargo, nuestra pertenencia a la Unión Europea y la vinculación que nos supone su entramado normativo nos exige adecuarnos a las normas mínimas básicas que nos imponen desde Europa. Por tanto, habremos de determinar también si la supresión del delito de enaltecimiento del terrorismo recogido en el art. 578 CP se adecúa a la normativa europea y, en concreto, a la referida Directiva 2017/541.

Es aquí donde encuentra una mayor dificultad la propuesta de derogación de este delito. Algunos autores como Mira Benavent⁶⁴ defienden que los casos más graves y penalmente más peligrosos de enaltecimiento del terrorismo deberían someterse al régimen penal general de la apología establecido en el art. 18 CP y, por consiguiente, a los requisitos exigibles a cualquier provocación pública a cometer delito, entre los que se encuentra que se trate de una incitación pública y directa. No obstante, ello sería contradictorio con lo expresado en el artículo quinto de dicha Directiva, que admite tanto la incitación directa como indirecta⁶⁵.

Por su parte, la Proposición de Ley analizada defiende que *"nuestro ordenamiento jurídico ya dispone de otras figuras jurídicas, como la apología del delito, que castiga la provocación directa para la comisión de delitos terroristas, o lo indicado en el vigente artículo 170.2 del Código Penal, que castiga a los que amenacen o reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones terroristas"*, pero aquellos tipos delictivos no cubren completamente las exigencias que impone el tenor literal del art. 5 de la

64 Vid. MIRA BENAVENT, J., El delito de enaltecimiento... cit., pp. 317.

65 El art. 5 de la Directiva 2017/541 dispone que *"los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos"*.

Directiva.

Asimismo, la Proposición de Ley entiende que el antedicho art. 5 se refiere a la apología del terrorismo, ya regulado en el art. 579 CP, sin contemplar la figura del enaltecimiento, por lo que la derogación del art. 578 no infringiría lo dispuesto en la referida Directiva. No obstante, tampoco parece que la derogación del art. 578 y la subsistencia del art. 579 solucionase la preocupante situación que aquí se analiza, puesto que en lugar de destipificar aquellas expresiones y manifestaciones que realmente no ocasionan el riesgo de comisión de ningún delito de terrorismo, serían enjuiciadas acudiendo al citado art. 579, el cual está castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate. Es decir, aún así podríamos seguir observando cómo *tuits*, canciones y expresiones inofensivas llevarían aparejada una pena de prisión, aunque fuese inferior en uno o dos grados⁶⁶.

Por todo ello, quizás una modificación más conservadora y respetuosa con la normativa europea y la persistencia del terrorismo yihadista podría ser el mantenimiento del art. 578 CP, pero, como se explicará a continuación, restringiendo rigurosamente su ámbito de aplicación y modificando la pena aplicable, para que solamente pueda imponerse una pena de multa o trabajos en beneficios en la comunidad. Porque lo cierto es que un precepto penal puede ser o no perjudicial para los derechos fundamentales en función de la aplicación e interpretación correcta (constitucional) o indebida (por no decir desmesurada) que hagan del mismo los jueces y tribunales que han de aplicarlo.

2. Necesaria interpretación restrictiva.

Independientemente de que consideremos necesaria, o no, la supresión de este delito, es una cuestión que depende exclusivamente de nuestros legisladores y, como todos sabemos, los vaivenes políticos que padece nuestro país en estos momentos traen como consecuencia la gran dificultad de lograr el consenso necesario para aprobar dicho texto en defensa de la

66 Por no mencionar las dificultades que ello provocaría en la práctica, ya que habría que averiguar en cada caso concreto la comisión de qué delito específico se está intentando incitar con esos mensajes o consignas, para poder así aplicar la pena correspondiente a dicho delito rebajada en uno o dos grados. Obviamente, respecto de aquellos mensajes o consignas, también tendrían que darse los requisitos de idoneidad y capacidad de incitación necesarios que aquí se han defendido.

libertad de expresión. Como no parece que, al menos por ahora, el legislador español vaya a eliminar este discutible delito de nuestro ordenamiento jurídico, debe exigirse a nuestros tribunales la aplicación e interpretación restrictiva del art. 578 CP.

No debemos olvidar que antes de incluirse en nuestro Código Penal el delito de enaltecimiento del terrorismo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 159/1986 de 12 de diciembre (FJ 6.º)⁶⁷, la cual versaba sobre un conflicto de intereses planteado entre el delito de apología del terrorismo y el derecho a comunicar información veraz, subrayaba que *"la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe [...] el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos"*. En la misma línea, la STC 42/1995, de 13 de febrero⁶⁸, señalaba que *"la fuerza expansiva del derecho a la libertad de expresión e información obliga a una interpretación restrictiva de sus límites"*.

Más recientemente, el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, en el voto particular que formuló a la STS 4/2017, de 18 de enero -Caso César Strawberry-, señaló que *"ningún derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo. Y que cuando ya las propias disposiciones legales acusan este grave defecto -presente de forma paradigmática en legislaciones como la antiterrorista, denunciada, no sin fundamento, como una suerte de derecho penal de excepción- es función del intérprete-aplicador, el judicial sobre todo, contener tal recusable desbordamiento de la que, por su virtud, deja de ser la última o extrema ratio"*.

Esto es, ha de realizarse una interpretación restrictiva del precepto, especialmente teniendo en cuenta la amplitud de su tenor literal y la pena prevista en el mismo, reservando su aplicación a aquellos supuestos en los que los intereses penalmente protegidos se encuentran amenazados por un riesgo realmente relevante⁶⁹. Por tanto, solo deberían punirse

⁶⁷ Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 159/1986 de 16 Dic. 1986, Rec. 57/1984 (La Ley 713-TC/1987).

⁶⁸ Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 42/1995 de 13 Feb. 1995, Rec. 761/1993 (La Ley 13042/1995)

⁶⁹ Así, Bernal del Castillo aboga por una aplicación restrictiva de este delito *"por la vía de una interpretación contextual que determine la exigencia del peligro objetivo y grave de favorecer y contribuir al entramado"*

las conductas de enaltecimiento o justificación del terrorismo que se hayan realizado con la intención de incitar a la comisión de actos terroristas y sean realmente idóneas para generar de forma inminente un clima de violencia terrorista y promover así la comisión de nuevos delitos de terrorismo⁷⁰.

En palabras de la propia Audiencia Nacional, únicamente deberían ser objeto de sanción penal aquellas conductas dotadas de "*una especial entidad, no meras extralimitaciones en el derecho a la libertad de expresión, sino las que por sus especiales características el derecho penal este legitimado para actuar su función de ultima ratio*" (SAN 11/2018, de 15 de marzo). No obstante, en la gran mayoría de casos que he podido analizar, los discursos enaltecedores y elogiadores del terrorismo no pasaban de ser meras opiniones, deseos, expresiones inofensivas, inocuas, carentes de capacidad e idoneidad alguna para dañar o hacer peligrar un bien jurídico penalmente protegido. Tomando como ejemplo el caso analizado, no puede decirse que un "puñado" de canciones de un grupo de jóvenes raperos estén dotadas de aquella especial entidad que legitima la actuación del Derecho Penal.

Esto significa que un precepto penal tan discutible como el art. 578 CP podría adecuarse a nuestros principios y derechos constitucionales siempre y cuando se haga un uso prudente y racional del mismo, aplicando e interpretando el mismo de forma muy estricta y dejando siempre de lado cuestiones morales, pues como se ha dicho, no podemos legitimar la utilización de un Derecho Penal moralizador. Además, deben sentarse unos criterios homogéneos en la aplicación e interpretación de este delito en aras de conseguir la deseable seguridad jurídica que requiere nuestro ordenamiento. Aunque es obvio que ha de analizarse cada caso concreto y sus circunstancias concurrentes, no podemos pasar por alto las abundantes incongruencias que se están produciendo en nuestros tribunales en la aplicación e

terrorista". BERNAL DEL CASTILLO, J., El enaltecimiento del terrorismo... cit., p. 37.

70 Resulta interesante mencionar el Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Misión a España, realizado por las Naciones Unidas en el año 2008, en el cual el Relator Especial, Martin Scheinin, analiza el delito de enaltecimiento o justificación de los actos terroristas o de sus actores penado en el art. 578 y opina que "*la vaguedad del término «enaltecimiento» no debe utilizarse para coartar la libertad de expresión y que la punibilidad de la incitación al terrorismo debe presuponer la intención de incitar a la comisión de un delito de terrorismo y también la existencia de un riesgo real de que, por efecto de esta incitación, se cometa un delito de esa naturaleza*" (p. 8).

interpretación de este tipo delictivo⁷¹. Es necesaria, pues, una cierta coherencia en nuestra jurisprudencia.

3. Vulneración del principio de proporcionalidad: pena de prisión e inhabilitación absoluta y especial.

En caso de que el delito de enaltecimiento del terrorismo no sea derogado de nuestro ordenamiento jurídico, es necesaria una reforma del mismo, en tanto que las conductas recogidas en el art. 578 CP no deberían, en ningún caso, castigarse con la pena de prisión. Lo cierto es que con anterioridad a la introducción de este delito en nuestro Código Penal en el año 2000, no existían precedentes en la historia de nuestra democracia de que la creación artística hubiera llevado a nadie a prisión.

Dicho castigo con pena de prisión (sin olvidar las cuantiosas penas de multa que se imponen también por la comisión de este delito) supone una flagrante vulneración del principio de proporcionalidad (también denominado principio de prohibición de exceso), el cual deriva de la consagración de la libertad como valor fundamental en la Constitución española y *"acarrea como finalidad última la «maximalización de la libertad», que por supuesto tiene que imperar en un orden democrático basado en la garantía de los derechos fundamentales del ser humano"*⁷². Se trata de un principio fundamental que ha de regir el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y libertades.

Así, Montserrat Comas d'Argemir defiende que *"la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debe ser también objeto de revisión en la ley penal. En la opinión de amplios sectores de la Academia y de la Judicatura, entre los que me encuentro, todos los delitos de opinión, caso de condena, no deberían nunca comportar la imposición de penas de prisión y si únicamente las de multa. Nadie debería*

71 No son pocas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional no se han puesto de acuerdo en qué había de considerarse enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas de terrorismo. *Vid.*, por ejemplo, casos César Straweberry (SAN 20/2016, de 18 de julio; y STS 4/2017, de 18 de enero) y Cassandra (SAN 9/2017, de 29 de marzo; y STS 95/2018, de 26 de febrero), las cuales poseen razonamientos y fallos completamente contradictorios entre sí..

72 GIRALDI, A., «La proporcionalidad de la pena en el ordenamiento español: elaboración doctrinal y evolución jurisprudencial», en *La Ley Penal*, n.º 132, Sección Estudios, 2018, p. 5.

ingresar en prisión por estos delitos"⁷³.

En defensa de esa postura, podemos acudir a la STC 136/1999, de 20 de julio⁷⁴, la cual afirmaba que una sanción *"solo podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada"*.

Y con el mismo fin se puede volver a traer a colación la referida STC 112/2016, de 20 de junio (FJ 2.º), la cual citando su sentencia n.º 110/2000, de 5 de mayo (FJ 5.º)⁷⁵, dispone que *"el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal"*.

Sin embargo, en este caso, por muy legítimo que pueda resultar el fin perseguido por este precepto, se produce una **completa desproporción entre lo injusto cometido y la pena que se impone**. Por ejemplo, se ha llegado al disparatado extremo de condenar a una persona a un año de prisión y siete de inhabilitación absoluta por pintar con un rotulador en una marquesina de la parada del autobús el anagrama de ETA (SAN 3/2015, de 3 de febrero⁷⁶). Y podemos encontrar casos muy similares de conductas insignificantes que sin embargo han recibido ese desproporcionado castigo penal (entre otras, SSAN 17/2015, de 1 de julio⁷⁷, y

73 COMAS D'ARGEMIR, M., «El conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión», en *Boletín Límites a la libertad de expresión, Jueces y juezes para la democracia*, 2018, p. 14.

74 Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 136/1999 de 20 Jul. 1999, Rec. 5459/1997 (La Ley 9614/1999).

75 Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 110/2000 de 5 May. 2000, Rec. 2560/1996 (La Ley 93733/2000).

76 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 4ª, Sentencia 3/2015 de 3 Feb. 2015, Rec. 13/2014 (La Ley 3647/2015).

77 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia 17/2015 de 1 Jul. 2015, Rec. 3/2015 (La Ley 100589/2015).

26/2015, de 18 de septiembre⁷⁸).

Aunque en este caso nos estamos refiriendo a las responsabilidades penales que impone nuestro Código Penal a los enaltecedores del terrorismo que sean mayores de edad, debemos tener presente que en el caso de los menores entre 14 a 18 años, las consecuencias que pueden tener para ellos elogiar o ensalzar a grupos terroristas o sus miembros (aunque sea de forma inofensiva como ocurre en este caso) pueden ser incluso más gravosas que para los mayores de edad, puesto que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece en su art. 10.2 que cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los arts. 571 a 580 CP, *"el Juez deberá imponer las siguientes medidas: a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años; b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años"*⁷⁹.

Son medidas que, como opina Miguel Ángel Boldova Pasamar, relegan *"la prevención especial correctora que debe presidir el Derecho Penal juvenil y que se sitúa en la órbita de aplicación del art. 25.2 CE (en lo que afecta al mandato de reeducación y reinserción social de los menores infractores), en aras de las exigencias de la retribución por el delito cometido y de la prevención general intimidatoria"*⁸⁰.

78 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 4ª, Sentencia 26/2015 de 18 Sep. 2015, Rec. 6/2015 (La Ley 137737/2015).

79 No resulta superfluo hacer estas advertencias, pues como se ha indicado al comienzo de este dictamen, uno de los miembros de "La Insurgencia" que cometió el delito de enaltecimiento del terrorismo era menor de edad cuando ocurrieron los hechos, por lo que no pudo ser juzgado junto a sus compañeros, debiendo realizarse su enjuiciamiento en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

80 BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Consecuencias sancionadoras de la radicalización terrorista de los menores de edad y su adecuación al perfil de jóvenes infractores», en Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 688. Asimismo, este autor resalta la preocupante vulneración del principio de proporcionalidad que se produce debido a que para esta Ley todos los delitos de terrorismo son iguales, independientemente de su gravedad, aplicándose a todos ellos las medidas de internamiento en régimen cerrado e inhabilitación absoluta, cuando lo cierto es que *"el internamiento se tendría que utilizar tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que procediera [...] Es decir, la ley no diferencia entre el atentado terrorista que causa la muerte de personas y el enaltecimiento del terrorismo, por ir de lo más grave a lo menos grave de los delitos de*

Por otra parte, volviendo al Código Penal, debe recordarse que, tras la reforma llevada a cabo en el año 2015, se introdujo en el apartado segundo del art. 578 una agravación de la pena, que habría de ser impuesta en su mitad superior cuando los hechos *"se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información"*.

Es decir, en aquellos casos en que los mensajes o expresiones presuntamente delictivas se realizasen a través de Internet -lo que ocurre en la gran mayoría de los casos, ya que es precisamente a través de Internet cómo se detectan dichos mensajes-, la pena de prisión impuesta será necesariamente superior a los dos años, por lo que en muchos supuestos aquellos cantantes, artistas y tuiteros habrán de entrar irremediabilmente en prisión. Pero ya consista la acción en realizar una pintada en una pared, escribir unas canciones o unos *tuits*, realizar un comentario en una red social, o cualquiera que sea la conducta de que se trate, la condena a una pena de prisión por un delito de expresión u opinión infringe de forma flagrante las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción de todo derecho fundamental.

Es cierto que el antes mencionado art. 579 bis. 4 CP permite una rebaja de la pena en uno o dos grados cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido, lo que puede conllevar la atenuación de la pena de prisión impuesta. No obstante, en primer lugar, este apartado ha tenido una aplicación muy escasa en la práctica judicial y, en segundo lugar, seguimos estando ante una pena de prisión, en muchos casos nada despreciable⁸¹. Es decir, aunque la aplicación de este apartado permita la rebaja de la pena y, en algunos casos, la no entrada en prisión de aquellas personas condenadas por enaltecimiento del terrorismo, ello no resta trascendencia a la clase de pena que se aplica. No

terrorismo, dando lugar siempre a las mismas consecuencias jurídicas, que únicamente se modulan en cuanto a su extensión" (pp. 689-670).

81 Aunque la SAN 6/2018, de 18 de septiembre, rebajó la pena impuesta a los miembros de "La Insurgencia", continúa siendo un castigo de seis meses de prisión por unas canciones amparadas en las libertades de expresión y artística. Asimismo, unas semanas antes de dictarse la referida sentencia, la SAN 5/2018, de 14 de septiembre, rebajó la pena que se impuso al también rapero Pablo Hasel por la comisión, entre otros, de un delito de enaltecimiento del terrorismo, por el que había sido castigado a una pena de dos años y un día de prisión y multa de 15 meses a razón de 30 euros día. En aplicación del art. 579 bis. 4 CP, la Sala de Apelación de la AN le impuso finalmente la pena de 9 meses y 1 día de prisión y una multa de 168 días por la comisión de este delito.

podemos olvidar que la imposición de una pena de prisión, aunque sea objeto de suspensión, puede acarrear abundantes perjuicios para el condenado, no solo jurídicos, sino también sociales, familiares y laborales⁸². Por todo ello, no puedo sino acoger la opinión de aquellos juristas que consideran que este delito únicamente debería llevar aparejada la pena de multa o quizás, a mi parecer, trabajos en beneficio de la comunidad.

Por otra parte, aunque es una consecuencia jurídica que a veces pasa desapercibido, hemos de tener en cuenta que el art. 579 bis. 1 CP dispone que *"el responsable de los delitos previstos en este Capítulo, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, será también castigado, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente, con las penas de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un **tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia**".*

Dicho apartado se aplica a todo el capítulo que regula los delitos de terrorismo⁸³, lo que significa que las conductas tipificadas en el art. 578 CP llevarán siempre aparejadas penas de inhabilitación absoluta, o incluso también de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, las cuales se impondrán por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad establecida en su caso en la sentencia. Esto es, en todos estos casos se aplicará una pena superior mínima de seis años de inhabilitación a la pena de prisión impuesta.

No cabe duda de que estas inhabilitaciones que se aplican a las conductas tipificadas en

82 En este sentido Mira Benavent señala que aunque pueda afirmarse que las penas de prisión que se imponen por la comisión de este delito son moderadas y normalmente no conducen a la entrada en prisión, no podemos obviar *"la experiencia estigmatizadora que supone ser juzgado y condenado por un tribunal de excepción que normalmente se enfrenta con gravísimos delitos de auténtico terrorismo, narcotráfico o corrupción política, y además de sufrir también otras consecuencias penales que lleva aparejado el fallo condenatorio a una pena de prisión (antecedentes penales, pago de costas procesales...)"*. MIRA BENAVENT, J., El delito de enaltecimiento... cit., p. 321.

83 Como recuerda Boldova Pasamar, *"la imposición adicional a todos los delitos de terrorismo de la pena de inhabilitación absoluta (art. 579 bis) convierte a todos los del indicado capítulo en delitos graves (art. 13.4), aun cuando en algunos de ellos la pena de prisión no excede de cinco años"*. BOLDOVA PASAMAR, M.A., Consecuencias sancionadoras... cit., p. 690.

el art. 578 CP infringen claramente el principio de proporcionalidad de las penas, máxime cuando estas penas no se ven afectadas por lo dispuesto en el apartado cuarto del art. 579 bis. Es decir, incluso en el caso de que el Tribunal considere que se trata de un hecho que es objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido, deberá aplicar las penas de inhabilitación absoluta y especial en la extensión que estipula el primer apartado del citado artículo. Por tanto, aquellas conductas que sean de menor gravedad también serán castigadas con una pena de inhabilitación absoluta y especial por un tiempo superior mínimo de seis años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia⁸⁴.

Podemos comprobar cómo los fallos de las citadas SSAN 5/2018, de 14 de septiembre (Caso Pablo Hasel), y 6/2018, de 18 de septiembre (Caso "La Insurgencia"), procedentes de la Sala de Apelación de la AN, mantienen inalteradas las penas de inhabilitación absoluta y especial (ésta última solo fue impuesta a Pablo Hasel), por lo que la rebaja de las penas que se realiza en atención a la menor gravedad de las conductas desplegadas por aquéllos no afecta a las importantes penas de inhabilitación con las que fueron castigados. En el caso de los miembros de "La Insurgencia", pese a que la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional haya reducido la pena de prisión a seis meses, aún así tendrán que cumplir una pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior en seis años a la pena impuesta; es decir, aún tratándose de un hecho de menor gravedad, llevará aparejado una pena de inhabilitación absoluta de seis años y seis meses.

No se comprende que se aplique el primer apartado del art. 579 bis CP en la misma extensión mínima a todo el articulado regulado en el capítulo dedicado a los delitos de terrorismo. De ahí que, en mi opinión, deba modificarse este apartado para que sea aplicable solamente a las conductas realmente graves reguladas en dicho capítulo, entre las que no se encuentran, evidentemente, las conductas recogidas en el art. 578 CP.

84 Estas penas de inhabilitación han sido también criticadas por Mira Benavent, quien advierte que las diferentes penas de inhabilitación específicamente previstas para el conjunto de los delitos de terrorismo producen efectos devastadores, pues *"alejan a los autores de tales delitos de la participación en la gestión política de los asuntos públicos, al privarles de los empleos y cargos públicos aunque fueren electivos que tuvieran, de la incapacidad para obtenerlos si no los tuviere y la de ser elegidos para cargo público durante el tiempo de la condena (y lo que es más grave: incluso durante un mínimo de seis y un máximo de veinte años después de cumplidas las ya de por sí más altas penas de prisión previstas [...])"*. MIRA BENAVENT, J., *El delito de enaltecimiento...* cit., p. 315.

4. El problema probatorio: la psicología social.

Lo cierto es que, como ha expuesto José Antonio Ramos Vázquez, la interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo plantea algunas dificultades que van *"desde el problema probatorio (o, en el peor de los casos, la utilización de presunciones) hasta la evidente dificultad de trazar una frontera clara entre expresión de juicios de valor, adhesión a una determinada ideología y peligro real para bienes jurídico-penales"*⁸⁵. De ahí que resulte tan importante comprobar y acreditar de forma indiscutible que se cumplen todos y cada uno de los elementos, subjetivos y objetivos, de lo injusto que conforman este tipo penal. Para ello, habrá de examinarse especialmente cuál es la verdadera intención del autor y si sus acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el terrorismo pueden propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

En palabras de Juan Carlos Campo Moreno, *"habrá que probar ese elemento incitador de nuevos delitos, pues ése y no otro puede ser el fundamento de la punición de la exaltación o justificación de los métodos terroristas"*⁸⁶. El juzgador deberá averiguar si se ha producido, de forma intencional, una **verdadera puesta en peligro de bienes jurídicos** protegidos de los ciudadanos. Dada la dificultad que ello conlleva⁸⁷, en el que han de analizarse el concreto mensaje, el medio en el que se difunde, las circunstancias personales del autor, el contexto histórico-social en el que se produce, el público objetivo que recibe el mensaje y, fundamentalmente, cómo puede verse éste afectado por aquél; considero que, al igual que señaló Cámara Arroyo en su estudio de los denominados delitos de odio⁸⁸, para la realización de esta complicada tarea sería conveniente auxiliarse de ciertos profesionales expertos en la

85 RAMOS VÁZQUEZ, J.A., Presente y futuro... cit., p. 793.

86 CAMPO MORENO, J.C., «El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-21, 2001, p. 5.

87 En este punto, podemos señalar que *"al aplicar estos delitos se hace necesario valorar complejos fenómenos sociales que pueden desencadenarse como consecuencia de la difusión de un mensaje; algo que resulta imposible enjuiciar a medio o largo plazo. Tanto es así que, si el peligro es remoto, los jueces tendrían que basar su juicio más en suposiciones político-sociales que en un auténtico juicio de peligrosidad y terminarían condenado por cómo les "suene" el discurso, si parece más o menos provocador o incendiario pero sin una base fáctica que acredite su peligrosidad real"*. TERUEL LOZANO, G.M., Internet, incitación al terrorismo... cit. p. 27.

88 CÁMARA ARROYO, S., Delitos de odio... cit. p. 12.

materia.

Ello sería menester especialmente teniendo en cuenta la necesaria aplicación restrictiva del artículo 578 CP, que, como se ha defendido, en caso de no ser suprimido de nuestra legislación, debería reservarse únicamente para aquellas conductas realmente capaces de incitar o promover de forma inminente la comisión de nuevos delitos de terrorismo⁸⁹.

Así, en esta materia nuestros jueces y tribunales podrían verse coadyuvados por la participación de psicólogos o criminólogos como asesores en estos procesos penales, especialmente aquellos especializados en la psicología social, esto es, expertos en el pensamiento y comportamiento humano, en la interrelación de los sujetos con su entorno y cómo pueden verse éstos influidos por estímulos externos. Por consiguiente, su labor nos ayudaría a despejar las dudas existentes en numerosos casos respecto de si sería posible que ciertos mensajes -unas canciones, en este caso- puedan ser verdaderamente idóneas para crear, incluso de forma indirecta, un riesgo mínimo de que se lleven a cabo nuevos actos terroristas.

Debemos tener en cuenta que nos encontramos en la jurisdicción penal, por lo que la condena por la comisión de un delito requiere una actividad probatoria que acredite suficientemente que concurren todos y cada uno de los elementos subjetivos y objetivos del tipo de lo injusto del delito de que se trate, máxime cuando nos encontramos ante la confrontación de un tipo delictivo con el derecho fundamental a la libertad de expresión.

VI. Conclusión final global del dictamen.

Con el ánimo de no resultar reiterativo en mi explicación, me remito a los distintos argumentos que he aportado respecto de la estrategia planteada que considero más correcta para resolver este caso en el mayor interés de mis clientes, los cuales han sido ya sintetizados anteriormente. No obstante, considero útil poner en relación las conclusiones que se

⁸⁹ En defensa de dicha opinión, podemos citar a Alberto Alonso Rimo, el cual destaca que *"el instrumento más represivo con que cuenta el Estado (el Derecho penal) no puede ni debe abarcar el castigo de todas o ni siquiera de la mayoría de las conductas socialmente dañosas, sino que se ha de limitar a combatir aquéllas que de forma más intolerable atacan a los bienes jurídicos más importantes. Solo así es posible atender a la exigencia de necesidad de tutela que se deriva del principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y, más concretamente, a la naturaleza fragmentaria del Derecho punitivo, siendo todas éstas, como es sabido, premisas de raíz constitucional"*. ALONSO RIMO, A., «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 4, 2010, p. 48.

expusieron respecto de la estrategia de defensa ideada con lo mencionado en el apartado quinto de este dictamen, es decir, con la opinión personal que me he formado respecto de este delito y con la postura mayoritaria de la doctrina que ha abordado este tema.

Si bien el caso de "La Insurgencia" no ha sido el más mediático de los que se han producido en esta materia, ha contribuido a sumar un supuesto más de flagrante vulneración de la libertad de expresión. Esto es, se ha visto reflejada una vez más el deterioro que está sufriendo este derecho fundamental en nuestro país.

Precisamente decidí escoger este caso y no otro que pudiese resultar más conocido o llamativo por la evidente inocuidad, inocencia y vaguedad de las estrofas que dieron lugar al procedimiento judicial, puesto que, como se ha argumentado, incluso atendiendo exclusivamente a la literalidad de sus letras, es manifiesto que aquéllas son meras exteriorizaciones de opiniones o de discrepancias ideológicas sin capacidad e idoneidad alguna de incrementar, ni si quiera de forma mínima, el peligro de comisión de nuevos delitos terroristas.

Poniendo ello en relación con lo defendido en la última parte de este trabajo, creo que se trata de un delito que nació de una preocupante necesidad de la sociedad española en el año 2000, que aún sufría la lacra del terrorismo de ETA y GRAPO y estaba por comenzar a vivir las primeras muestras del terrorismo islamista (lo cual provocó la reforma del año 2015), pero que, pese a tener un fin más que legítimo, ha venido siendo utilizado de una manera desmesurada, desordenada, contradictoria e incluso a veces absurda⁹⁰, vulnerando uno de los más elementales derechos fundamentales que todos poseemos.

Dejando de un lado la derogación del delito de enaltecimiento del terrorismo, así como la imprescindible reforma del mismo que elimine las penas de prisión e inhabilitación absoluta y especial, por tratarse al fin y al cabo de una cuestión de política legislativa y consensos entre los distintos partidos políticos, he de decir que refiriéndome a la realidad

90 Basta con recordar, por ejemplo, la lamentable SAN 9/2017, de 29 de marzo (Caso Cassandra Vera), que condenó a una joven universitaria a las penas de un año de prisión e inhabilitación absoluta durante siete años únicamente por publicar en Twitter unos chistes fáciles sobre Carrero Blanco. Por fortuna, este despropósito fue corregido por la STS 95/2018, de 26 de febrero, pero es una muestra clara de hasta donde está llegando la represión a la libertad de expresión en nuestro país.

actual se hace necesario aquello que he adelantado en mi exposición anterior. Ha de exigirse una interpretación muy restrictiva de este delito, reservando el castigo penal solamente para las conductas que se realicen con una contrastada intención de incitar o promover la comisión de nuevos delitos de terrorismo y que posean la capacidad e idoneidad necesarias para hacer que exista una probabilidad razonable (y que se pruebe fehacientemente dicha probabilidad, por supuesto) de que vayan a cometerse los referidos delitos, incluso aunque se trate de una incitación indirecta.

Es decir, es imperativo que verdaderamente exista una relación causal clara entre la declaración o expresión y el delito de terrorismo⁹¹. No basta con la aplicación de la atenuación prevista en el art. 579 bis. 4 CP, sino que las conductas que no cumplan lo antedicho habrán de considerarse atípicas y, por tanto, deberán ser absueltos sus autores. Solo así podrán dejar de vulnerarse el principio de ofensividad y sobre todo, el carácter fragmentario que debe informar el Derecho Penal.

Creo que las consideraciones y recomendaciones que se han recogido en el presente texto son las que más se adecúan a los principios constitucionales que han de regir en un Estado Social y Democrático de Derecho y, especialmente, con la protección que realmente merece el derecho fundamental a la libertad de expresión, sin olvidar nunca que se trata de uno de los pilares fundamentales en los que se asienta nuestra democracia en tanto que sociedad plural y libre.

El caso que aquí se ha analizado es una muestra más del proceso de retroceso democrático al que estamos asistiendo en estos tiempos. Este es mi Dictamen que someto a la consideración de cualquier otro mejor fundado en Derecho, en Zaragoza, a 14 de Diciembre de 2018.

91 El Informe de Amnistía Internacional denominado "*Tuitea... si te atreves. Cómo las leyes antiterroristas resitringuen la libertad de expresión en España*" advierte que "*para hacer frente a las amenazas a la seguridad nacional, los Estados pueden penalizar la incitación a cometer un delito de terrorismo, pero únicamente cuando se hace una declaración con la intención de animar deliberadamente a otras personas a cometer un delito reconocible, con una probabilidad razonable de que lo lleven a cabo y cuando exista una relación causal clara entre la declaración y el delito*".

Amnistía Internacional concluye su informe recomendando que el artículo 578 de nuestro Código Penal sea derogado y se garantice que "*solo se penalizan las expresiones que animen a otras personas a cometer un delito reconocible con la intención de incitarlas a cometer dicho acto y con una probabilidad razonable de que lo lleven a cabo, y cuando exista una relación causal clara entre la declaración y el delito*".

VII. Normativa aplicada.

- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

- Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio nº 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

- Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

- Constitución Española de 1978.

- Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

VIII. Otros textos jurídicos utilizados.

- Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, aprobados el 1 de octubre de 1995.

- Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Misión a España, realizado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2008.

- Observación general n.º 34 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de julio de 2011, relativa al artículo 19 -sobre libertades de opinión expresión- del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

- Informe 2017/18 de Amnistía Internacional titulado *«La situación de los Derechos Humanos en el mundo»*, publicado en el año 2018.

- Informe de Amnistía Internacional denominado *«Tuitea... si te atreves. Cómo las leyes antiterroristas resitringuen la libertad de expresión en España»*, publicado en marzo de 2018.

- Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal para la protección de la libertad de expresión, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y publicada el 23 de marzo de 2018.

IX. Referencias bibliográficas.

ALONSO RIMO, A., «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 4, 2010.

ANTONIO NAVARRO, P., «‘Delitos’ musicales y libertad de expresión. El caso de Valtònyc pone en entredicho a la legislación española», en *El siglo de Europa*, n.º 1261, 2018.

ANTONIO NAVARRO, P., «La protesta como delito. La derecha lanza una ofensiva judicial contra los derechos ciudadanos», en *El siglo de Europa*, n.º 1144, 2016.

ARIAS CASTAÑO, A., «Amenazas, enaltecimiento del terrorismo y libertad de expresión: El caso de Juana Chaos», en *InDret*, n.º 4, 2007.

ASÚA BATARRITA, A., «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1998 de la Sala Penal del Tribunal Supremo)», en *Diario La Ley*, Ref. D-158, 1998.

BALDA MEDARDE, M.J., «Sobre la libertad de expresión», en *Boletín Límites a la libertad de expresión, Juezas y jueces para la democracia*, 2018.

BAUTISTA SAMANIEGO, C., «A vueltas con la interpretación del tipo del artículo 578.1 del Código Penal. Comentario a la sentencia de 18 de julio de 2016 de la sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», en *Diario La Ley*, n.º 8889, Sección Columna, 2016.

BELESTÁ SEGURA, L., «¿ Qué queda del principio de culpabilidad en el Código Penal de 1995 ?. Examen del artículo 5», en *Actualidad Penal*, Sección Doctrina, Ref. XXXI, 2001.

BERNAL DEL CASTILLO, J., «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del «discurso del odio»», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*,

3.^a Época, n.º 16, 2016.

BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de terrorismo», en *Diario La Ley*, Ref. D-145, 2001.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Consecuencias sancionadoras de la radicalización terrorista de los menores de edad y su adecuación al perfil de jóvenes infractores», en *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CÁMARA ARROYO, S., «Delitos de odio: concepto y crítica: ¿ límite legítimo a la libertad de expresión ?», en *La Ley Penal*, n.º 130, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2018.

CAMPO MORENO, J.C., «El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-21, 2001.

CAPITA REMEZAL, M., «Una nueva reforma de la legislación antiterrorista (en el trigésimo aniversario de la publicación del libro «Tratamiento jurídico del terrorismo» de la Prof. Dra. Carmen Lamarca)», en *La Ley Penal*, n.º 120, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2016.

CARBONELL MATEU, J.C., «Crítica a los sentimientos como bien jurídicopenal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas “más allá de la provocación y la injuria”», en *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CEREZO MIR, J., *Derecho Penal. Parte General (Lecciones 26-40)*, UNED, Madrid, 2000.

COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

COMAS D'ARGEMIR, M., «El conflicto entre la libertad de expresión y los delitos de opinión», en *Boletín Límites a la libertad de expresión, Juezas y jueces para la democracia*, 2018.

DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Edersa, Madrid, 1986.

DEL ROSAL BLASCO, B., «La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995». En Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Jorge Barreiro (coord.), Civitas, 2005.

GIRALDI, A., «La proporcionalidad de la pena en el ordenamiento español: elaboración doctrinal y evolución jurisprudencial», en *La Ley Penal*, n.º 132, Sección Estudios, 2018.

LLOBET ANGLÍ, M., «Colaboración mediante el enaltecimiento y la justificación de los delitos terroristas o de sus autores: la apología del terrorismo», en *Diario La Ley*, 2010.

MIRA BENAVENT, J., «El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional», en *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 12, 2008.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., «Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización», en *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, Alonso Rimo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PASTRANA SÁNCHEZ, M.A., «Interpretación judicial del derecho y terrorismo: Especial referencia al enaltecimiento», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, n.º 17, 2017.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., «La libertad de expresión. Apariencia y realidad», en *Boletín Límites a la libertad de expresión, Juezas y Jueces para la democracia*, 2018.

TERUEL LOZANO, G.M., «Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo», en *InDret*, n.º 3, 2018.

VIVES ANTÓN, T.S., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 25, 2004.