

49

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRÉVILÈGES ET PRIVILEGES

Revista

Enero 2022

49

Revista Penal

Penal

Enero 2022



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 49

Sumario

Doctrina:

- Editorial: Enzo Musco, in memoriam, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 5
- La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (triaje ex post), por *Ivó Coca Vila* 7
- El delito de abandono del lugar del accidente, por *Javier García Amezcua*..... 26
- La convocatoria y celebración de referéndums y consultas ilegales: ¿delito?, por *José León Alapont*..... 38
- La cuestión de la gestación subrogada en el Ordenamiento jurídico italiano. La coexistencia de una prohibición de sanciones penales con la necesidad imperiosa de reconocer el vínculo filial, por *Lavinia Messori y Matteo Caldironi* 61
- La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas, por *Elena Núñez Castaño* 77
- Blanqueo, corrupción política y función pública. Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea, por *Miguel Ángel Núñez Paz*..... 101
- El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por *Enrique Orts Berenguer y Margarita Roig Torres* 116
- Del Derecho penal represivo al preventivo. Un desafío a la transmisión intergeneracional de la violencia penal, por *Laura Pascual Matellán*..... 126
- La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial, por *Martin Paul Waßmer* 137
- La Fiscalía General del Estado y los delitos de odio: ¿una falta de respeto al Derecho internacional?, por *Marta Rodríguez Ramos* 146
- La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal, por *Carlos María Romeo Casabona* 160
- Los ataques de denegación de servicios como ciberdelito en el Código Penal español, por *M^a Ángeles Rueda Martín* 183
- Sistemas penales comparados:** Financiación ilegal de los partidos políticos (*Illegal financing of political parties*)..... 217

Bibliografía:

- **Recensión:** Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo. Reseña de “El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho”, de Bernd Schünemann (Madrid: Reus/ Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, 107 páginas), por *Eduardo Demetrio Crespo*..... 277

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://tabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanc

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

| | |
|---|--|
| Kai Ambos. Univ. Göttingen | José Luis González Cussac. Univ. Valencia |
| Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha | Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III |
| Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca | Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña |
| Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg | Alessandro Melchionda. Univ. Trento |
| José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco | Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide |
| Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco | Francesco Palazzo. Univ. Firenze |
| Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg | Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa |
| Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra | Claus Roxin. Univ. München |
| George P. Fletcher. Univ. Columbia | José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha |
| Luigi Foffani. Univ. Módena | Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg |
| Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha | Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz |
| Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o | John Vervaele. Univ. Utrecht |
| Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla | Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires |
| Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío | |

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

| | |
|---|---|
| Eva Rulands (Alemania) | Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua) |
| Luis Fernando Niño (Argentina) | Campo Elías Muñoz Arango (Panamá) |
| Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil) | Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú) |
| Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia) | Blanka Julita Stefańska (Polonia) |
| Angie A. Arce Acuña (Costa Rica) | Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal) |
| Elena Núñez Castaño (España) | Volodymyr Hulkevych (Ucrania) |
| Lavinia Messori (Italia) | Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay) |
| Manuel Vidaurri Aréchiga (México) | Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela) |

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas

Elena Núñez Castaño

Revista Penal, n.º 49 - Enero 2022

Ficha Técnica

Autora: Elena Núñez Castaño

Adscripción institucional: Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0002-0612-5483

Title: The “society of fear” and the terrorist discourse. Some considerations on the crime of spreading terrorist messages or slogans

Sumario: I. EL “MIEDO” COMO FUNDAMENTO DE LA REGULACION PENAL DEL DISCURSO TERRORISTA: 1. Perspectivas político-criminales de la regulación del terrorismo en una “sociedad del miedo”; 2. La sociedad del miedo” y los delitos de terrorismo: incidencia de las nuevas tendencias en su regulación; II. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL NUEVO CONCEPTO DE TERRORISMO: LA DIFUSION DE MENSAJES O CONSIGNAS TERRORISTAS Y SU INCIDENCIA EN LA LIBERTAD DE EXPRESION: 1. La configuración del art. 579 CP y sus distintas modalidades; 2. La repercusión en la libertad de expresión de estos nuevos paradigmas en materia de terrorismo; III. ALGUNAS CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA

Summary: I. “FEAR” AS THE FOUNDATION OF THE CRIMINAL REGULATION OF TERRORIST SPEECH: 1. Political-criminal perspectives of the regulation of terrorism in a “society of fear”; 2. The society of fear ”and crimes of terrorism: incidence of new trends in its regulation; II. SOME CONSEQUENCES OF THE NEW CONCEPT OF TERRORISM: THE DISSEMINATION OF TERRORIST MESSAGES OR TERRORISTS AND ITS IMPACT ON FREEDOM OF EXPRESSION: 1. The configuration of art. 579 CP and its different modalities; 2. The impact on freedom of expression of these new paradigms in terms of terrorism; III. SOME CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY

Resumen: La evolución legislativa en relación con el fenómeno del terrorismo ha determinado la criminalización de comportamientos consistentes en meros actos de comunicación oral o escrito o discursos, consignas o expresiones, que incluso de forma indirecta pudieran determinar a alguno de sus potenciales destinatarios a la comisión de delitos de terrorismo. Es el delito de Provocación a la comisión de un delito de terrorismo en sus distintas modalidades que se encuentra regulado en el art. 579 CP. El problema radica en que su configuración concreta determina la innecesariedad de alguno de los apartados, y la ilegitimidad de otros por cuanto la mera exigencia de una incitación indirecta que potencialmente pudiera ser idónea para determinar a otros a cometer delitos de terrorismo, implicaría el castigo de ideas, discursos o pensamientos y la consecuente vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión. Será necesario, por tanto, delimitar los contornos tanto de las concretas figuras penales, como del contenido esencial del derecho fundamental.

Palabras clave: Discurso terrorista, provocación, libertad de expresión, delitos de expresión, sociedad del miedo

Abstract: The legislative evolution in relation to the phenomenon of terrorism has determined the criminalization of behaviors consisting of mere acts of oral or written communication or speeches, slogans or expressions, which even indirectly could determine any of its potential recipients to commit crimes of terrorism. It is the crime of Provocation to

the commission of a crime of terrorism in its different modalities that is regulated in art. 579 CP. The problem lies in the fact that its specific configuration determines the unnecessaryness of some of the sections, and the illegitimacy of others since the mere requirement of an indirect incitement that could potentially be suitable to determine others to commit crimes of terrorism, would imply the punishment of ideas, speeches or thoughts and the consequent violation of the fundamental right to freedom of expression. It will be necessary, therefore, to delimit the contours of both the specific criminal figures, as well as the essential content of the fundamental right.

Keywords: Terrorist speech, provocation, freedom of expression, crimes of expression, fear society

Observaciones: El presente artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I PGC2018-094602-B-100, sobre “Análisis interdisciplinar de la represión penal del discurso terrorista”, (AIRPENDIT) del Ministerio de Ciencia e Innovación y Agencia Estatal de Investigación.

Rec.: 8-11-2021 **Fav.:** 22-11-2021

I. EL “MIEDO” COMO FUNDAMENTO DE LA REGULACION PENAL DEL DISCURSO TERRORISTA

1. Perspectivas político-criminales de la regulación del terrorismo al amparo en una “sociedad del miedo”

La sociedad que vivimos en la actualidad nada tiene que ver con aquella que conocimos hace décadas. Se han modificado las estructuras sociales, se han variado las formas de interrelacionarse con la aparición de unas nuevas tecnologías que van a tener un impacto absoluto en la manera de coexistir, pero, sobre todo, se han cambiado los fundamentos que la sostenían, implicando todo ello una transformación profunda que va a incidir en todos los ámbitos y, obviamente también, en el ordenamiento jurídico y en la forma que el legislador tiene de enfrentarse a los ¿nuevos? problemas sociales que ha surgido. El cuestionamiento en relación con el adjetivo nuevos de los problemas sociales encuentra su explicación en que, aún reconociendo una radical transformación de la sociedad actual cuyo principal punto de partida se encuentra en aquel, ya lejano, 11 de Septiembre de 2001 que provocó que la sociedad, sus principios y los ciudadanos que la componen mutasen de manera radical hacia un enfoque radicalmente distinto del que se había impuesto desde mediados del siglo XX, pero que, en absoluto, resulta nuevo. En realidad nos encontramos ante tendencias y lineamientos ya existentes en el pasado y que habían sido claramente superadas. Sin darnos cuenta, o quizás sí, estamos retornando a aquellas sociedades en las que el temor a lo desconocido, a aquello que no pueden controlarse, a lo que se considera diferente o incluso antagónico a los planteamientos sostenidos por la generalidad de la sociedad, provoca una reclamación de intervencionismo estatal y de mayor control en tanto que se percibe como

una amenaza. En definitiva, se ha producido un retorno a una sociedad de miedo, de lo que pueda ocurrir, de quien piensa diferente, de quien discrepa, e incluso respecto de aquellos que simplemente, piensan. Y, desde este planteamiento, se produce un importante cambio de perspectiva en la forma en la que los ciudadanos se enfrentan a sus semejantes en la cotidianidad de las relaciones sociales, de modo que lo que constituían valores esenciales e irrenunciables durante el pasado siglo XX, aquellos que describían la esencia propia de una sociedad democrática y basada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, de todas las personas, como el pluralismo, la tolerancia, el respeto de lo diferente, al discrepante, se convierten en esta ya conocida sociedad que se ha reimplantado en el siglo XXI, en obstáculos, en taras, en objetivos a eliminar para garantizar una tranquilidad y seguridad de la sociedad que no pueda verse afectada por potenciales amenazas, perturbaciones o intranquilidades que puedan proceder de aquellos que tienen conductas, formas de vida, opiniones o principios diferentes. Ahora bien, la finalidad perseguida con esta perspectiva que se traduce, como veremos, en amplias y cuestionables regulaciones legislativas, de obtener tranquilidad y seguridad, una paz social, no sólo no se ha alcanzado, sino que resulta, en mi opinión, una entelequia absolutamente inalcanzable siempre que nos situemos en un Estado Democrático; pero incluso, y creo que la historia así lo avala, resulta igualmente inalcanzable en cualquier otro tipo de Estado, porque siempre existirá un divergente o un subversivo que se encargue de alterar, cuestionar o vulnerar esa paz social o, más bien, ese pensamiento o moral social que se pretende implantar. Es completamente absurdo encaminar todos los instrumentos sociales, esencialmente el legislativo y judicial, a la obtención de algo inalcanzable, cuando ello determina, en ese camino, la lesión y vulneración de princi-

pios, derechos y garantías básicas e irrenunciables para cualquier ciudadano.

Ahora bien, en este concreto momento social e histórico, igual de absurdo que pretender alcanzar una absoluta paz y seguridad, es negar que esa transformación se ha producido, y que la sociedad, o una gran parte de ella, acepta cualquier tipo de medida con la que, al menos aparentemente, parezca lograrse esa meta de seguridad, indemnidad y tranquilidad. Desde esta perspectiva pueden identificarse varios aspectos que ponen de manifiesto cuales son las tendencias de la sociedad actual; así, es evidente que se está produciendo un retorno a un puritanismo exacerbado que determina una evidente, y además aplaudida en muchos casos, confusión entre el ámbito moral y/o ético y el ámbito jurídico¹, que implica la judicialización o criminalización de comportamientos que, hasta ese momento, constituían, todo lo mas, conductas merecedoras de reproche social en cuanto representaban distorsiones respecto de unas pautas de actuación consensuadas y unos principios morales generalizados. Y ello se “fundamenta y se justifica” tanto en la intolerancia respecto de la discrepancia como en el sentimiento de miedo que procede de posibles y potenciales amenazas externas e incon-

trolables, aunque en esencia es éste último el principal fundamento de estas nuevas tendencias. Porque la intolerancia se deriva también del miedo; del miedo a que quien piensa o vive de manera distinta a aquella que consideramos como “normal” pueda determinar un cambio del funcionamiento en nuestra sociedad y pueda imponernos su forma de interpretar la misma; en consecuencia, de manera preventiva, antes incluso de que se plantee cualquier tipo de ataque a nuestros principios y pautas de comportamientos, tratamos de inocuizarlos, eliminando todo riesgo de cambio que pudieran pretender imponernos. Sin darnos cuenta, o quizás sí, de que con ello, estamos provocando un cambio mucho más grave y sustancial que el que el “divergente” hubiera podido ocasionar, porque, con ello, estamos modificando desde su base el Estado de Derecho, estamos socavando los principios y garantías básicas en aras de su propia protección. Todo en pro de una seguridad que, ficticiamente se garantiza a través de un control extremo por parte del Estado y de una intervención del mismo en la esfera de los derechos de los ciudadanos, sin parangón en los Estados democráticos del siglo pasado².

1 Una clara manifestación de estos planteamientos y perspectivas pueden percibirse, en el ámbito penal, en las tendencias legislativas actuales que responden a reclamaciones de diversos sectores sociales, políticos y mediáticos. Tendencias que conllevan una importante incidencia en la regulación y ejercicio de los derechos fundamentales, constituyendo un innegable riesgo para los mismos, al incorporar regulaciones que limitan, restringen, cuando no anulan los mismos, como por ejemplo, la libertad de expresión a través de la criminalización de la mera discrepancia moral, política o ideológica. Una de las más recientes es la exigencia de tipificar una suerte de “apología del franquismo”, entendiendo que todos aquellos que, expresen de forma manifiesta y clara su apoyo ideológico a la actuación de Franco o sus colaboradores, no actuarían de forma legítima, ni respondería a un ejercicio de su libertad de expresión, opinión, ideológica, etc., etc. Argumentaciones similares se pueden realizar respecto de otros derechos fundamentales, como la libertad genérica, o incluso del ámbito procesal, que se derivarían de la “potencial” reforma de los delitos en materia de libertad sexual. O incluso, en los últimos meses la exigencia de criminalización de las conductas de quienes acuden a manifestarse y gritar consignas antes las clínicas que llevan a cabo interrupciones voluntarias del embarazo. Y todo ello, sin pararse a analizar si realmente están lesionando algún interés digno de protección que no esté ya protegido por otros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, o si, en realidad de lo que se trata es de restringir derechos fundamentales enarbolando para ello la bandera de que no constituye lo políticamente correcto o no se adecúa al pensamiento generalizado o la moral social.

2 A modo de ejemplo podemos fijarnos en lo ocurrido en los distintos Estados durante la reciente crisis de la pandemia del COVID19, que aún pende sobre nuestras cabezas y que está determinando un cambio radical de la posición tanto de los ciudadanos como de los Estados. Al amparo de tratar de otorgar esa “presunta” seguridad se toleran vulneraciones de derechos hasta este momento inconcebibles, como calificar como delito de desobediencia el mero incumplimiento (no reiterado) de una norma administrativa de confinamiento, que no de una orden de la autoridad; o que un Presidente de una Comunidad Autónoma pretenda decretar un confinamiento de la población o bien de ampliación del periodo de toque de queda, que afecta a la libertad ambulatoria, sin amparo del Decreto de Estado de Alarma o de una orden judicial; o la eliminación del derecho al voto de determinados ciudadanos por el mero hecho de padecer una enfermedad contagiosa, sin articular ninguna solución para evitarlo; o una Consejera de Sanidad de una Comunidad autónoma que “amenaza” a quienes vayan a votar estando contagiados con ser perseguidos por un presunto delito contra la salud pública; o la prohibición expresa de fumar en espacios al aire libre incluso cuando se respeten las distancias de seguridad; etc., etc. Todo ello aceptado, e incluso reclamado, por la sociedad sin mayor protesta que la realizada puntualmente por algunos juristas, en aras de evitar la propagación de los contagios. En resumen, como sociedad aceptamos la restricción e incluso eliminación de nuestros derechos fundamentales, siempre que con ello nos garanticen que estaremos seguros, hasta el punto de que se empieza a barajar la posibilidad de decretar la prohibición de fumar en espacios abierto incluso fuera del estado de alarma y la pandemia. Y todo esto que ha ocurrido desde el 14 de marzo de 2020 hasta la actualidad ha demostrado que, incluso en los periodos de restricciones y confinamientos mas duros, la seguridad absoluta, la salud plena no existe, ni se puede alcanzar, ni se puede lograr. Pero lo que sí se ha producido es que la legislación de excepción, creada, con más o menos acierto, para hacer frente a un suceso excepcional se esta pidiendo que se convierta en permanente y se normalice, de modo que la restricción del derecho fundamental, libertad en este caso, que se ha hecho en aras de un interés superior cual era el peligro de encontrarnos en una pandemia, se puede convertir así en una restricción normalizada de un derecho fundamental, ahora ya, sin legitimación ni justificación alguna.

Estamos ante lo que PAREDES CASTAÑÓN³ ha denominado *pánico moral* que concibe como “*un fenómeno social generalizado de miedo (emocionalmente cargado) a la amenaza constituida (supuestamente) por la conducta de ciertos sujetos desviados*” lo que lo convierte en el mecanismo idóneo para concentrar la atención de la ciudadanía en un determinado momento sobre cierto tipo de delitos. Inicialmente, respecto de aquellos que hacen referencia a colectivos especialmente vulnerables, como pudieran ser los homosexuales, o los negros o los gitanos, pero que posteriormente se amplía a otros comportamientos que nada tienen que ver con aquellos, como sería el caso de la difusión de mensajes terroristas o enaltecimiento del terrorismo o alabanza de regímenes totalitarios, etc. En esencia, este pánico se trata de identificar situaciones, sujetos y potenciales consecuencias que pudieran producirse mediante la combinación de todos ellos. Así, vendría configurado por la presencia de una preocupación provocada por la existencia de una situación que no se conoce, no se controla o no se comparte; junto a ello, la identificación de determinados sujetos (“*folks devils*”), con características muy concretas respecto de los que se tiene el convencimiento o, incluso la constatación de que se encuentran en el origen de los problemas, provocando una clara hostilidad hacia ellos y hacia las conductas, forma de vida u opiniones emitidas que desemboca en una reacción visceral hacia los mismos exigiendo que el presunto problema y sus presuntos causantes desaparezcan, reclamando, por tanto, al Es-

tado que garantice de la forma que sea una mayor seguridad⁴. Pero, esta reclamación de seguridad por parte de la sociedad ha servido no sólo de argumento y justificación a los Estados para su intervención en la esfera de los derechos individuales, sino que, en muchos de los casos, por no decir que en todos, ese *pánico moral*, esa sociedad del miedo ha sido creada y provocada por el propio Estado o diversos grupos de interés sociales, políticos o económicos. Así, determinados agentes sociales, políticos o económicos provocan una situación generalizada de preocupación o ansiedad por un tema en concreto, por ejemplo, los mensajes difundidos a través de redes sociales que alaben o enaltezcan o difundan mensajes o consignas que comulguen ideológicamente con planteamientos terroristas, lo que determina la exigencia por parte de la sociedad (los destinatarios de esa preocupación o ansiedad) de la movilización de todos los medios e instrumentos del Estado, a fin de eliminar dicha preocupación y, al mismo tiempo, colaborar con la estrategia política, social o económica de aquellos que lo han provocado⁵. Desde esta perspectiva nos enfrentamos en la actualidad a unas importantes transformaciones que determinan que la sociedad actual poco o nada tenga que ver con la que conocíamos hace menos de dos décadas. Y si ello es predicable de todos los fenómenos y comportamientos, aún resulta más claro en el ámbito del terrorismo.

Es innegable que los hechos que se han producido en las últimas dos décadas⁶, esencialmente centrados en el incremento e indiscriminación de la actividad

3 PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, en *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, ALONSO RIMO/CUERDAARNAU/ FERNANDEZ HERNÁNDEZ (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 63.

4 PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima”, cit., pág. 65.

5 Señala PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima”, cit., pág. 65, nota 2, siguiendo a GOODE, E./ BEN-YEHUDA, N., *Moral Panics. The Social Construction of Deviance*, 2ª ed., Wiley-Blackwell, Chichester, págs. 57-58, 129 ss., que la secuencia a través de la que se producen los pánicos morales sería la siguiente: “a) existencia de determinadas ansiedades sociales (ambiente social que lo propicia); b) existencia de un grupo de interés que lo promueve; c) los líderes sociales, detentadores del poder filtran el pánico, amplificándolo o reprimiéndolo; d) los medios son la herramienta con la que se construye el discurso del pánico moral (se pone el tema en la agenda): construyendo una «realidad» (falsa, pero) verosímil, lo suficientemente alejada de la experiencia inmediata del público como para poder ser creída, pero lo suficiente próxima a dicha experiencia para aprovechar sus ansiedades; e) el papel de la ciudadanía es el de la reacción populista: frente a los desviados (los —supuestos— responsables de la amenaza), y/o frente a la «élite» (que «no hace nada» para evitar el —supuesto— mal), o frente a los dos, porque tanto unos como otros pueden llegar a ser considerados los «verdaderos» responsables de la amenaza”.

6 Han sido numerosos y con diversas modalidades comisivas los ataques terroristas en los últimos décadas, desde aquellos ya lejanos 11 de septiembre de 2001 y 11 de marzo de 2004, hasta los últimos atentados como el acaecido el 15 de octubre de 2021 del Diputado británico David Amess que falleció tras recibir más de doce puñaladas durante un acto público en el condado de Essex, por una persona de nacionalidad británica pero de origen somalí y que la Policía está vinculando a radicalismo islámico, o durante el año 2020, por ejemplo, el 16 de octubre, en Éragny, cerca de París, fue decapitado un profesor de Secundaria por mostrar en sus clases caricaturas de Mahoma, el 29 de octubre en Niza, asesinaron a puñaladas a tres personas en la Basílica de Notre Dame de Niza, el 2 de noviembre en Viena se produjo una cadena de atentados con armas de fuego causando tres muertos y 14 heridos. Son innumerables los ataques y atentados que, desde aquellos ya lejanos 11 de Septiembre de 2001 y 11 de marzo de 2004 en los que se produjeron los salvajes atentados en Nueva York y Madrid, caracterizados tanto por el número incontable de víctimas como por la indiscriminación del ataque, se han ido sucediendo a lo largo y ancho del planeta los atentados de signo religioso que han provocado un enorme temor en la población; aunque dichas acciones ya nada tienen que ver con aquellos ataques masivos de 2001 y 2004, contribuyen, sin embargo, a aumentar y generalizar esa sensación de miedo e inseguridad porque, de hecho, el ataque y el peligro puede venir de cualquier parte y en cualquier momento. Ahora bien, preci-

de un terrorismo que ha mutado de manera importante encaminándose hacia una nueva realidad que viene constituida por el terrorismo yihadista o de corte religioso⁷, junto con la indiscriminación de los ataques y la imposibilidad de prevenir y controlar las acciones de estos terroristas, han contribuido de manera clara y directa a aumentar tanto el miedo como la sensación de inseguridad que late en la sociedad mundial. Dicho de otro modo, el terrorismo se ha convertido en el origen y la causa de uno de esos pánicos morales que empujan a la sociedad a la exigencia de un mayor intervencionismo y restricción o incluso eliminación de derechos y libertades fundamentales, a fin de que se proceda a inocuizar los presuntos riesgos y peligros que sustentan ese irracional miedo. Se crea, así, una sensación de seguridad y de invulnerabilidad en los ciudadanos, pero que, a pesar de todas las demandas e intentos de prevención e inocuización que se puedan llevar a cabo, no es más que eso, una mera sensación. Los peligros y riesgos siguen existiendo y la inseguridad y vulnerabilidad de la sociedad en general y de los ciudadanos en particular sigue presente. De hecho, lo que sí resulta una verdad incontestable es que los acontecimientos no sólo de las últimas décadas, sino a lo largo de la historia han demostrado que una restricción o eliminación de los derechos, no garantiza en absoluto una seguridad total.

Y es precisamente esta transmisión a la generalidad de la sociedad de ese miedo o pánico moral lo que provoca la propia expansión del mismo que acabará por pedir la inocuización incluso de quienes critiquen la propia realidad o justificación de ese miedo y la legitimidad de las medidas adoptadas para erradicarlo. Así, señala brillantemente PAREDES CASTAÑÓN⁸ que, *“la consecuencia principal de discutir sobre política criminal en el contexto de una situación sociocultural de pánico moral es que se vuelve extraordinariamente difícil —extraordinariamente costoso— discrepar. Parecería, en efecto, que quien se atreve a poner en cuestión la seriedad del riesgo o la racionalidad de las soluciones adoptadas para combatirlo bien está perdiendo la cordura, bien está cooperando con el mal o bien no se toma lo suficientemente en serio los valores que se pretenden defender”*. O dicho de otro modo, quien critica o se opone a la concreta lucha contra el riesgo o

es tildado de cobarde o irresponsable, o, lo que es más frecuente, relegado a la misma categoría de aquellos *“folks devils”* que igualmente deben ser inocuizados, aquí no quizás por sus *“peligrosas conductas”*, sino por sus *“peligrosas ideas”*. El retorno a épocas pretéritas que creíamos afortunadamente superadas está servido. El centro de la intervención estatal, generalmente mediante una regulación normativa, ya no se encuentra en el hecho realizado en sí mismo y en la consiguiente vulneración que ello pudiera suponer para derechos o intereses ajenos sociales o colectivos, sino en la forma de ser de los sujetos, en lo que piensan y en lo que dicen (obviamente sin importar lo que materialmente hacen) y en las potenciales y difusas afecciones de esos intereses o derechos que se pudieran hipotéticamente producir. Ahora bien, al margen de todas las argumentaciones que se han realizado en relación con este tipo de demandas ciudadanas y de medidas legislativas, lo que resulta innegable es que en relación con determinados fenómenos y, concretamente, con el terrorismo, la regulación que se implanta tiene como principal rasgo característico un mayor intervencionismo estatal en el ámbito de los derechos y garantías de los ciudadanos a consecuencia de la expansión e intensificación de la regulación penal, que ha sido demandada y utilizada. Situación ésta que no ha surgido espontáneamente en los últimos años, sino que deviene de una tendencia que ya se advertía en las últimas décadas y que radicaba en concebir el Código penal como un instrumento de control de sus ciudadanos, a lo que se une la actividad de unos medios de comunicación que, en la línea de determinados operadores jurídicos, criminalizan mediáticamente todo aquello que consideran que no se corresponde con la línea de pensamiento y/o actuación que ellos sustentan en ese momento, por diversas razones.

Se ha impuesto en el debate y planteamientos político-criminales de la actualidad en relación con determinados temas, y obviamente y por numerosas razones (algunas legítimas, otras incomprensibles) en relación con el terrorismo, un *“positivismo jurídico de corte ontológico”*⁹ que vendría configurado como una forma incorrecta y errónea de razonamiento político criminal en el que sólo se argumenta en relación con el grado de valoración negativa de un determinado comportamiento que, por diversas y variadas razones ha sido elegido por

samente ese carácter imprevisible, inesperado e incontrolable del peligro que puede proceder de la actuación individual de un sujeto, es lo que, en mi opinión, convierte en ineficaces las ilegítimas medidas que se emplean para prevenirlos.

7 GALÁN MUÑOZ, “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015”, en GONZÁLEZ CANO (direct.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, 2015, págs. 110 y 111; MENDOZA CALDERÓN, “La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. Estrategias de actuación penal conforme al Tratado de Lisboa y respuestas legislativas”, en *Revista Penal*, n.º 41, enero 2018, pág. 137.

8 PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima”, cit., pág. 66.

9 PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima”, cit., págs. 67 y 68.

el legislador como motivo específico de preocupación y, en consecuencia, optar por una concreta tipificación penal del mismo, determinando los requisitos típicos que configurarían la nueva (o no tan nueva) figura delictiva y la sanción aplicable¹⁰. Desde esta perspectiva, de positivismo jurídico ontológico donde la política criminal sirve, exclusivamente como valoración negativa de las presuntas lagunas punitivas o ausencias de protección, reales o ficticias, no resulta admisible, ni posible en la mayor parte de los supuestos, cuestionar la existencia de un problema real y, sobre todo de un problema real de protección social bien porque ya esté protegido o bien porque dicha protección no sea precisa¹¹, que la conducta realizada sea efectivamente lesiva de algún interés o derecho individual o colectivo, y sobre todo, que “*verdaderamente merezca alguna — cualquiera — valoración negativa*”¹².

Sobre esta base, lejos de reconocer que el Derecho penal y la criminalización de determinados comportamientos, es el último recurso de un Estado de Derecho, la línea fundamental que plantean es la de utilizar el Código penal como un instrumento de “caza de brujas”, entendiendo como “brujas” a todo aquel que consideran “diferente” o mejor dicho, que piensa diferente. El problema de esta conversión del Estado de Derecho en un Estado Policía, es que siempre acaba por expandirse hacia el mismo que lo preconizó, y acabamos por encarcelar a quienes realizan comentarios (más o menos afortunados, o más o menos reprochables) en las redes sociales, a unos titiriteros por hacer una determinada representación, a unos sujetos que difunden bulos o noticias falsas que contienen críticas más o menos soterradas a los gobiernos de turno, etc., etc., cuando, paradójicamente, la demanda social iba inicialmente encaminada a expandir la aplicación del Código penal, restringiendo e incluso eliminando la libertad de expresión, porque había afirmaciones de determinados terroristas que no nos gustaban, o porque no nos gustaban determinados comentarios racistas de grupos de extrema derecha, o porque a unos no les gustaba el pensa-

miento y las opiniones de otros. Pero este es el problema (o la virtud) del Código penal, que sus ampliaciones y/o restricciones afectan de modo general, y no cabe hacer diferencias entre lo que nos gusta o lo que no nos gusta, sino que es aplicable a todo y a todos, a los que nos agrada lo que piensan y lo que dicen, y a los que no. De este modo, esa expansión del Derecho penal, ese adelantamiento de su intervención, esa restricción de los derechos en aras de inocular todo aquello que no nos gusta y, por tanto, es peligroso acaba implicando una perversión del propio espíritu que lo inspiró.

Muy claramente pone de manifiesto esta situación TERUEL LOZANO¹³ al afirmar que justo en esta lucha contra el terrorismo es donde la sociedad y los Estados deben reafirmar el compromiso con los postulados de un Estado Democrático porque “*las exigencias de enfrentarse a tamaño mal, a tan grandes riesgos, someten a una notable tensión a nuestros valores y principios fundamentales, especialmente aquellos sobre los que se ha construido un Derecho penal garantista. Frente al mismo, el Derecho penal del enemigo encuentra en el terrorista su paradigma: ya no son ciudadanos, han abandonado permanentemente a la sociedad y ahora la atacan. Para neutralizar a estos enemigos se justifica debilitar las garantías, quebrar la proporcionalidad y se reclama adelantar la intervención penal a estadios anteriores a la comisión efectiva del acto terrorista*”.

Pero, independientemente de todas las consideraciones que hemos realizado hasta el momento en relación con la legitimidad del fundamento de las nuevas tendencias legislativas en materia de terrorismo, la pregunta esencial sería si renunciando a esos espacios de individualidad y de derechos y permitiendo, e incluso reclamando el intervencionismo del Estado en todos esos ámbitos, sería efectivamente posible esta total protección o esta seguridad absoluta ante el ataque inesperado, imprevisible e incontrolable de un sujeto imprevisible e incontrolado. Reiteradamente me he pronunciado en relación con este tema, y siempre he considerado que la respuesta es radicalmente negativa,

10 Así, por ejemplo, hemos señalado que en los últimos meses se ha apreciado una incesante reclamación de tipificación penal como conducta de acoso de quienes se manifiestan y gritan, rezan o increpan a las mujeres cuando acuden a las Clínicas en las que se realizan interrupciones voluntarias del embarazo. Se dan todas las características citadas, esto es, el acoso a estas mujeres se transforma, tanto institucional como mediáticamente, en motivo de preocupación en la sociedad, aquellos sujetos que increpan, gritan, rezan o simplemente se manifiestan con pancartas con lemas, más o menos correctos o más o menos admisibles, se convierten en los *folk devils* contra los que hay que luchar, y ello implica la exigencia de creación de un nuevo tipo penal que, en mi opinión, en absoluto resultaría necesario.

11 En el caso anterior, aquellas conductas que efectivamente vulneran la libertad o el honor de quienes asisten y/o trabajan en las referidas clínicas se encuentra perfectamente protegidas por los correspondientes delitos de coacciones, amenazas, injurias, etc. e incluso, si el hostigamiento es reiterado, por ejemplo en el caso de los trabajadores de las clínicas, mediante el correspondiente delito de acoso del art. 172 ter CP para los supuestos en los que se cumplieran los elementos típicos allí contenidos. El hecho de gritar consignas, lemas, peticiones u otro tipo de expresiones o conductas que no revistan per se la idoneidad suficiente como para ser susceptibles de afectar los bienes jurídicos mencionados son, nos gusten o no nos gusten, ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión que se configura como derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

12 PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima”, cit., pág. 68.

13 TERUEL LOZANO, “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo”, *InDret*, 3/2018, págs. 2 y 3.

y por mucho que se amplíe la intervención del Estado, por mucho que se flexibilicen o eliminen los derechos y garantías de los ciudadanos, por mucho que se criminalice, nunca, ningún Gobierno, en ninguna circunstancia logrará establecer una seguridad absoluta para sus ciudadanos. O, dicho de otro modo, bajo ninguna circunstancia se conseguirá inocular de manera total los presuntos riesgos o peligros que la sociedad “teme” o “imagina”.

Ahora bien, con independencia de la postura que cada uno sostenga en relación con la legitimidad o eficacia de este tipo de regulaciones, es absolutamente innegable que se ha implantado una legislación preventivista y securitaria, sobre la que no cabe aceptar ninguna crítica. Como afirma PAREDES CASTAÑÓN¹⁴ *“lo cierto es (seguramente, a causa de la reducción del espíritu crítico ocasionado por el contexto sociocultural de pá-nico moral que se ha enseñado< más arriba) no son infrecuentes las argumentaciones que siguen este curso”*. De este modo se crea una regulación específica que parte de una realidad extrajurídica preelaborada (que no preexistente), y que se convierte en imprescindible y necesario objeto de regulación; legislación que, como era imaginable, no ha quedado restringida al ámbito de algunos delitos que son los que reciben un mayor rechazo social, como pudieran ser los delitos de terrorismo, sino que se va expandiendo hacia otros ámbitos hasta ahora inimaginables. Tendencias que se reflejan en una mayor intensificación del recurso al instrumento jurídico penal y que ponen a prueba la consistencia de las instituciones democráticas al enfrentarlas con “retos” como la aplicación del sistema de garantías¹⁵. La justificación que se alega para este tipo de legislación es una sola: la seguridad absoluta, obviando con ello que esa “absoluta” seguridad resulta una entelequia difícil de alcanzar, y ello nos obliga a tener que aceptar que, en realidad, la meta que directamente se persigue (aunque no se reconozca), porque es la única que se puede perseguir, sería aportar a la sociedad una sensación de seguridad. Sensación de seguridad respecto de realidad y problemas que, en la mayor parte de los casos no eran tales, sino que se han creado y potenciado socialmente sobre la base de distintos intereses sociales, ideológicos, económicos etc. De este modo se cierra el círculo, es decir, se crea el problema, se potencia la preocupación del mismo, se identifica a los demonios (frente a los ángeles) en una concepción absolutamente binaria de la sociedad, y se aporta la supuesta solución al mismo, que, lo que conlleva en esencia es un mayor control e intervencionismo junto con una mayor (o total) restricción de los derechos y libertades.

Pero incluso aceptando esta posibilidad de una “inseguridad” creada y gestionada por los poderes públicos o por operadores sociales, políticos, económicos o jurídicos que atienden a sus propios intereses, y la provocación en la sociedad de la consecuente exigencia de un aseguramiento de mayor seguridad que se configura como un derecho fundamental, es evidente que, como derecho, no es absoluto, como tampoco lo son aquellos que pudieran verse afectados por una intensificación en la protección de la seguridad. Es el caso de la libertad, por ejemplo, y no sólo la libertad ambulatoria, sino la libertad de obrar, la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad ideológica, etc., etc., etc. Es ante esta aparente (que no real) colisión de derechos (seguridad y libertad) donde surge de inmediato la pregunta: ¿se puede legítimamente limitar derechos y garantías a fin de obtener una mayor seguridad?

Es en este punto donde nos encontramos en este momento, cuando las legislaciones adoptadas por los Estados (respondiendo a las exigencias internacionales) hacen recaer todo su peso en la limitación y recortes de determinados derechos y garantías a fin de un presunto reforzamiento de otros derechos, en este caso la seguridad, pero que también pueden encontrarse referidos a la protección de otros intereses refundidos en una especie de idea global que sirve de base para la actuación de los gobiernos y legisladores entendida como *“sentir general de la sociedad”* o *“moral social”*, y que toman conexión con el derecho a la seguridad desde la perspectiva de que aquello que no resulta coincidente con esos parámetros, sentimientos o moral generalizados se convierte en una especie de “amenaza” de destrucción o transformación de la sociedad tal y como se conoce. Sobre esta base, los gobernantes argumentan que limitando las posibilidades de desplazamiento, o de pensamiento, o de actuación de sus ciudadanos van a poder evitar cualquier riesgo para los mismos, cualquier amenaza real o meramente imaginada, sea del tipo que sea, siempre y cuando implique una distorsión o una discrepancia respecto de aquello que resulta generalmente aceptado. Como ya se señaló, se produce un retorno a un puritanismo exacerbado en la más amplia concepción del término, y regresando a lo que ya existió en épocas no tan lejanas tanto en España con la dictadura franquista o en Alemania con el régimen nacional socialista, por mencionar alguno de los que más crueles acciones y consecuencias han tenido. La característica principal de estos regímenes y de muchos otros de carácter dictatorial e intolerante queda concentrada esencialmente, en mi opinión, en la confusión entre moral/ética (bien fundamentada en la religión o

14 PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima”, cit., pág. 68.

15 Cfrs. GARCÍA DEL BLANCO, “Delitos de terrorismo, cumplimiento de pena y separación de poderes: el caso «De Juana Chaos»”, en *La Ley penal*, nº 41, septiembre 2007.

bien fundamentada en intereses económicos y sociales de los grupos de poder) y el ámbito jurídico, o dicho de otro modo, se identifica el pecado y/o lo grosero o rechazable o inmoral con el delito. Se desencadena así una de las principales notas identificadoras de este tipo de legislaciones que han proliferado en demasía, es decir, que sea la “moral dominante” quien determine aquello que es merecedor de intervención penal, aquello que es típico penalmente.

Con ello, lo que se lleva a cabo de una manera clara es la criminalización y judicialización de conductas y comportamientos, tanto activos como verbales que hasta ese momento podían ser considerados excesivos y merecedores de reproche social en tanto que distorsionaban los principios y pautas de actuación consensuadas en el seno de una sociedad y los principios morales generalizados, pero que, en modo alguno, podían considerarse delictivos por cuanto, difícilmente se podría determinar que implicaran una afección, siquiera indirecta, de algún interés o bien jurídico que debiera protegerse; sin embargo, aunque lo argumenten de este modo, dudo realmente que lo consideren posible y factible, sino que, en mi opinión, se limitan a actuar en términos de utilidad y no de eficacia (si es que la eficacia realmente constituyera una legitimación jurídica por sí sola). En realidad, considero que les resulta muy útil un mayor (casi absoluto) control sobre sus ciudadanos, aunque eso no se traduzca en una mayor eficacia en la lucha por la seguridad.

Desde esta perspectiva, la cuestión radica en identificar la finalidad político criminal de este tipo de regulaciones y tipificaciones, es decir, si en realidad se encuentran encaminadas a alcanzar una mayor seguridad o si, por el contrario el objetivo principal de las mismas se centra en facilitar la tarea del Estado en relación con la prevención, persecución, investigación y/o enjuiciamiento de determinadas conductas que en algunos casos son clara e innegablemente delictivas, pero que en otros resulta altamente cuestionable su sanción. En mi opinión, es evidente que, se haga lo que se haga por parte de un Estado y se implanten las medidas que se implanten, nunca podrá garantizarse una seguridad absoluta, ni siquiera con la restricción ni eliminación del resto de derechos y garantías, porque la sociedad en general y los ciudadanos en particular nunca estarán absolutamente libres de los potenciales riesgos o peli-

gros que puedan provenir tanto de la actuación de otros como de causas naturales. Es, por tanto, la segunda de las opciones la que cobra fuerza como justificación de las nuevas regulaciones legislativas, esto es, que las reformas restrictivas de las garantías van encaminadas a facilitar y favorecer la tarea de los Estados y Gobiernos ante determinadas conductas que han decidido criminalizar, y ello, desde ningún prisma posible resulta compatible con los parámetros de un Estado Democrático y de Derecho. Porque, lo “útil” y lo “eficaz” no es lo “legítimo”, el discurso de todo vale para obtener una meta concreta (la que sea) no encuentra fundamento ni sustento en un orden constitucional y garantista como el nuestro. Obviamente el derecho a la seguridad debe ser protegido, pero también el resto de los derechos fundamentales, y ello implica un ejercicio muy complicado de armonización entre ambos.

Y desde esta perspectiva es desde la que se debe afrontar cualquier fenómeno delictivo, desde la protección de los derechos o intereses que pudieran verse afectados por la actuación de otros sujetos, pero también desde el respeto de los derechos y garantías de quien vulnera el ordenamiento jurídico. Es el único planteamiento aceptable en un Estado de Derecho: el respeto a los derechos de todos. Por el contrario, como veremos, los legisladores responden a las tendencias indicadas y las regulaciones creadas tienen los rasgos esenciales que hemos señalado¹⁶.

2. La “sociedad del miedo” y los delitos de terrorismo: incidencia de las nuevas tendencias en su regulación

Esta marcada preocupación por el fenómeno terrorista no es característica exclusiva de nuestro legislador y nuestro ordenamiento jurídico, sino que la comunidad internacional responde a los mismos parámetros que hemos expuesto: identificación de un problema (real o creado), expansión a la sociedad del temor hacia el mismo, elaboración de normativas e instrumentos que permitan (al menos en teoría) ponerle solución. Es por ello que, también son variados y numerosos los instrumentos internacionales que han abordado este concreto fenómeno¹⁷, centrándose, esencialmente en la idea/mandato de que los Estados Miembros deben velar por la persecución y enjuiciamiento de todos aquellos que cooperen de forma directa o indirecta con el fenómeno

16 GALÁN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, en *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Mendoza Calderón/Galán Muñoz (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pág. 174 señala que **se ha procedido a “intensificar de forma notable la respuesta punitiva establecida frente a las conductas delictivas que se calificaba como terroristas, como por haber efectuado una notable ampliación y adelantamiento de las posibilidades de intervenir penalmente frente a su posible realización”**.

17 Desde las ya lejanas Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1373, de 29 de Septiembre, y 1377, de 12 de Noviembre de 2001, que encontraron claro reflejo en la Unión Europea, mediante la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, del Consejo, de 28 de Noviembre de 2008, hasta

del terrorismo, mediante la inclusión en sus respectivos ordenamientos jurídicos de la tipificación como conductas terroristas de cualquier tipo de contribución con el fenómeno en cuestión o con sus autores. O dicho de otro modo, se reclama la necesidad de que los distintos legisladores criminalicen comportamientos totalmente alejados e inconexos respecto de una potencial, no ya lesión, sino simplemente afección de un bien jurídico, así, por ejemplo, el acceso a sistemas informáticos, la difusión de mensajes o imágenes con el objeto de obtener apoyo para las causas terroristas, el denominado *autoadestramiento* con finalidad terrorista mediante el acceso a determinadas páginas o servidores, viajar o trasladarse a un territorio dominado por una organización terrorista. Y todo ello, con el elemento nuclear de que en los comportamientos descritos concurre una presunta finalidad terrorista.

Llegados a este estado de cosas, tanto la Resolución 2178 de Naciones Unidas, como la Directiva 2017/541, del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea, marcaron un punto de inflexión en la regulación del fenómeno del terrorismo al otorgar un nuevo concepto de terrorismo, esencialmente mediante la modificación del elemento teleológico aumentando las finalidades inherentes al mismo¹⁸, y ello unido a la expansión de los comportamientos típicos considerados como tales determinan una innegable y difícilmente justificable ampliación de su ámbito de aplicación. Se incorporan, de este modo, comportamientos típicos que se caracterizan esencialmente por un adelantamiento desmesurado de la intervención penal a estadios previos al comienzo de la ejecución delictiva e incluso en algunos supuestos, a decisiones que permanecen aún en la esfera interna del sujeto¹⁹.

Con estas modificaciones, que han sido implementadas en nuestro ordenamiento jurídico tanto mediante la LO 2/2015, como la LO 1/2019, lo que se produce es una legitimación de la intervención penal en relación con comportamiento que en nada guardan relación con el terrorismo, como la difusión de mensajes o ideas,

de viajes, de acceso a determinadas páginas web, pero que se convierten en tales, en tanto que respondan a alguna de la finalidades que se han considerado como propias de los delitos de terrorismo. Es evidente que esta opción legislativa podría, hipotéticamente, resolver el problema (aunque la realidad sigue siendo tozuda en demostrar justo lo contrario), pero la cuestión no es si resulta útil o incluso eficaz, sino si resulta legítima. En mi opinión no lo es, y no lo es por la vulneración que derechos fundamentales se realiza con este tipo de normativa. Pero no terminan aquí los problemas, sino que junto con la ilegitimidad, ya mencionada, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico penal debe ser interpretado de manera sistemática y no de forma sesgada. De este modo si a conductas que representan un adelantamiento de la intervención penal a estadios previos totalmente desconectados de una ofensa a un bien jurídico, se le une la ampliación indiscriminada del concepto material de terrorismo al incrementar las finalidades que definen el mismo, se pueden producir casos que impliquen una total distorsión del sistema penal y constitucional de un Estado de Derecho, que conlleva una restricción injustificada e injustificable, cuando no una anulación total, de los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente. Así, por ejemplo, la existencia de un delito como el de *Provocación Pública a la comisión de un delito de terrorismo*, cuya esencia radica en el difusión pública de consignas o mensajes terroristas pudiera aplicarse a supuestos que nada tienen que ver con este fenómeno si, por ejemplo, la finalidad que persiguen es la de obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo; o dicho de otro modo, la difusión de mensajes que alientan a acudir para evitar un desahucio judicial, en tanto que incitan a realizar actos violentos que impidan la actuación de los poderes públicos podrían ser considerados delitos de terrorismo, y su calificación como tal quedaría exclusivamente en manos del órgano judicial que enjuicie el acto concreto²⁰. La justificación que se realiza respecto de este tipo de normativa radica

otras más recientes como la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, de 24 de Septiembre de 2014, que igualmente dará lugar a otras resoluciones en el marco de la Unión Europea que tendrán una clara incidencia en la concreta regulación de los distintos Estados Miembros. Previamente a ellas se había firmado la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1368, de 12 de septiembre de 2001 mediante la que se condenaban los atentados terroristas perpetrados el 11S.

18 Así, el art. 4 de la Directiva (UE) 2017/541, del Parlamento europeo y del Consejo, establece en su apartado segundo, que los fines a los que se refieren los delitos de terrorismo son los siguiente: intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional. Como veremos, incluso son menos que los establecidos en nuestro Código penal tras la reforma de 2015, pero no por ello menos perturbadores y ampliadores del concepto de terrorismo.

19 Para un análisis más pormenorizado de esta Directiva, vid. GORRIZ ROYO, "Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de la LO 1/2019, de 20 de febrero y de la Directiva 2017/541/EU: ¿europeización del Derecho penal del enemigo?", en *RECPC*, 22-01, (2020).

20 La cuestionable legitimidad y el innegable peligro de una expansión incontrolada que plantean este tipo de legislaciones, no es ignorada por el legislador supranacional, por cuanto en el Dictamen del Comité Económico y social europeo respecto de la Propues-

siempre en el mismo argumento, el incontrolado e imprevisible peligro para la seguridad del ciudadano que representa el terrorismo, obviando lo que en mi opinión resulta evidente, la absoluta imposibilidad de controlar a cada uno de los individuos que en un momento concreto deciden actuar contra los intereses de los demás (y ello no sólo en relación con los delitos de terrorismo, sino respecto de cualquier otro delito). Ahora bien, lo que resulta innegable es que la flexibilización de los derechos y garantías que permite esta normativa, si facilita la inocularización de aquellos que, por las razones o causas que sean, resulten conflictivos para el Estado, o dicho de otro modo, en realidad incide en un mayor y más fácil control de los ciudadanos y de sus actos por parte del Estado y de sus instituciones.

Este mismo planteamiento sostenido internacionalmente ha sido trasladado, sin mayores reflexiones y consideraciones, por el legislador nacional a nuestro ordenamiento jurídico, da una nueva vuelta de tuerca en la intensificación penal en esta materia, mediante la reforma llevada a cabo por las LLOO 2/2015, de 30 de marzo y 1/2019, de 20 de febrero. La finalidad que se persigue con las diversas reformas queda muy clara en la Exposición de Motivos de la LO 2/2015, donde señala que es preciso adecuarse a las nuevas realidades, amenazas y modalidades de terrorismo que existen en la actualidad, con una clara referencia al terrorismo internacional de corte *yihadista* y, por ello, resulta necesario (obviamente en opinión del legislador de turno), ampliar la posibilidad de intervención penal a estadios

previos a una posible afección de un bien jurídico, esto es, infracciones satélites incluso aunque sólo tengan lejanos y potenciales vínculos con el terrorismo. Con ello, se está legitimando la intervención en los que eran ámbitos propios de libertad de cada ciudadano, como la libertad de expresión, de pensamiento, ambulatoria, etc., a fin de inocularizar y eliminar cualquier posible germen del mismo²¹.

Con esta cuestionable y discutible argumentación, tras las reformas mencionadas se implanta en nuestro Ordenamiento jurídico un nuevo concepto de terrorismo respecto del cual se amplían las “finalidades” perseguidas por organizaciones a fin de ser consideradas terroristas²², y se incluye un amplísimo elenco de conductas que, en un elevado número de casos, carecen de toda potencialidad lesiva para el bien jurídico objeto de protección. Desde esa configuración legislativa, se convertirá en posible la identificación como delitos de terrorismo de comportamientos que nada tienen que ver con el mismo, abarcando con ello una amplísima constelación de fenómenos radicalmente diferentes entre sí, y que en ocasiones solo tienen por objeto común la mera disidencia política.

Ante estas tendencias y regulaciones, en mi opinión, lo primero que es preciso señalar es que si pretendemos afirmar que nos encontramos en un Estado democrático de Derecho, la primera premisa de la que se debe partir, como muy acertadamente sostiene CARBONELL MATEU²³ “*el legislador democrático no es libre para hacer uso —y abuso— del Derecho penal, sino que ne-*

ta de Directiva (UE) 2017/541, señala en sus **Conclusiones y Recomendaciones** que “*es peligroso para cualquier democracia tipificar en la legislación delitos anticipados, es decir, infracciones y delitos que todavía no han sido cometidos*”, **razón por la cual aconsejaba que algunos de los artículos de la Directiva fueran suprimidos a fin de respetar y salvaguardar los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos**, cfrs., Dictamen del Comité Económico y Social europeo —Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo— Aplicación de la Agenda Europea de Seguridad: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI, del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo [COM(2015) 628 FINAL-2015/0281 (COD)] (2016/C 177/09), de 17 de marzo de 2016.

21 Sin embargo, es preciso reconocer que el legislador no actúa al margen de la sociedad, sino que encuentra fundamento y motivación en determinadas exigencias o planteamientos sociales, que son los que *presuntamente* les sirven como legitimación a la hora de aprobar leyes y normativas que se enfrentan claramente con los derechos y garantías. Esta confrontación ya fue puesta de relieve por CANCIO MELIA, quien afirmaba que la reacción del Derecho penal frente al terrorismo se percibe con una doble perspectiva: por una parte, determinados sectores de la doctrina jurídico penal, ampliamente mayoritarios, manifiestan una posición muy crítica hacia determinadas medidas percibidas como abusivas en la acción de los órganos de persecución penal, como peligrosas para el Estado de Derecho, y los derechos y libertades ciudadanas; pero, por otro lado, existe la preocupación —muy extendida entre los operadores sociales y los medios de comunicación, y a consecuencia de ello entre la opinión pública— de que una especie de *exceso de garantías* determine la ineficacia e inutilidad de los mecanismos de la lucha contra el terrorismo, cfrs. CANCIO MELIA, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, 2010, pág. 17.

22 El nuevo art. 573 CP, incluye junto a las tradicionales finalidades de *subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública*, otras nuevas cuya justificación resulta altamente cuestionable, como *suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella*. Ello podría llevarnos a considerar como terrorismo, desde un asesino en serie que causa un estado de terror en la población, hasta una plataforma anti desahucios que impide a los poderes públicos realizar un acto. El absurdo pudiera llegar a ser de proporciones épicas.

23 CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación de las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»”, en *Liber Amicorum, Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan María Terradillos Basoco*, Valencia, 2018, pág. 1414.

cesita fundamentar su decisión política de prohibir una conducta y amenazar su verificación con una pena”; y obviamente, la entelequia de garantizar una seguridad absoluta frente al terrorismo, no constituye fundamento suficiente para ello, si además esa forma de garantizarlo determina la vulneración de derechos fundamentales. Y ello, porque la discusión no radica esencialmente en la prevalencia o no de un derecho, sino en la exigencia de que la intervención penal quede justificada y fundamentada en la lesión o el peligro para un bien jurídico, es decir, “*el problema no es si la decisión política de prohibir ha de ceder ante un derecho fundamental que prevalece, sino si existe un derecho fundamental cuya necesidad de tutela justifica la decisión político criminal de prohibir*”²⁴.

Pero, en segundo lugar, ni siquiera identificando un posible interés que se debe proteger, se puede regular vulnerando las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos. Como señala VIVES ANTÓN²⁵, “*las garantías constituyen límites que el poder del Estado no puede sobrepasar. Si los sobrepasa, ya no cabe hablar de Derecho en el sentido moderno del término: la ley que permite que el poder del Estado exceda de los límites que le imponen las libertades constitucionales es una ley que no respeta el Derecho, una ley jurídicamente inválida*”. Y esto es lo que considero ocurre en un importante porcentaje de conductas que han sido criminalizadas en las últimas modificaciones del Código penal, donde se “*llega a incriminar conductas que no pueden ser en sí mismas incriminadas, porque no constituyen ni lesión ni peligro para la libertad de otros y pueden limitarse a ser el ejercicio de un derecho fundamental*”²⁶.

Independientemente de la postura que podamos sostener en relación con estas nuevas regulaciones y las actuales tendencias político criminales en la materia de terrorismo, la realidad es que se encuentran plasmadas tanto en la normativa supranacional como en la nacional, y ello implicará la necesidad de tratar de interpretarlas de la forma más restringida posible a fin de reducir las lesiones o vulneraciones de las garantías y derechos de los ciudadanos al máximo.

La reforma penal de 2015, supone en este sentido una importante modificación o punto de inflexión respecto de las características de los delitos del terrorismo, dado que por una parte suprime la exigencia del tradicional *elemento estructural* (pertenencia a organización o grupo terrorista), pero junto a ello, amplía de manera desmesurada las “*finalidades*” perseguidas que determinarían que el comportamiento llevado a cabo sea considerado como delito de terrorismo. A ello se une la criminalización de nuevos tipos penales lo que, incuestionablemente, nos avoca a un injustificable e ilegítimo adelantamiento de las barreras de intervención penal, sancionando comportamientos que carecen de toda potencialidad lesiva para el bien jurídico objeto de protección, como pudiera ser el acceso, de manera habitual, a servidores o páginas de internet con contenidos idóneos para incitar a la incorporación a una organización terrorista o a colaborar con alguna de ellas (*autoadoctrinamiento*), o de viajes al extranjero, o la propia difusión de consignas o mensajes terroristas sin establecer mayores exigencias al respecto. Comportamientos que, *ab initio*, constituyen un ejercicio legítimo de derechos fundamentales como la libertad de movimiento y desplazamiento, la libertad de leer, estudiar o acceder a los contenidos que consideremos oportunos o la libertad de expresar públicamente y difundir nuestras opiniones y pensamientos.

Ahora bien, siendo un importante problema la expansión del catálogo de conductas tipificadas como delitos de terrorismo, este se agrava notablemente con la nueva configuración del elemento nuclear y esencial del mismo: el *elemento teleológico*, es decir, la finalidad concreta que el o los autores persigan con la realización de las conductas típicas²⁷. En consecuencia, la identificación de la concurrencia de cualquiera de las finalidades expresamente incluidas en el art. 573 CP sería suficiente para la calificación de los comportamientos realizados como delitos de terrorismo. Finalidades que, en su mayoría, no responden a las que son propias de los delitos de terrorismo, extendiéndose a supuestos que nada tienen que ver con el mismo²⁸. Este sería el caso, por ejemplo, de la destrucción de sistemas informáticos, o del intrusismo informático que se consuma

24 CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal”, ob. cit., pág. 1416.

25 VIVES ANTÓN “Garantías constitucionales y terrorismo”, en *Terrorismo, sistema penal y Derecho fundamentales*, Valencia, 2018, pág. 28.

26 VIVES ANTÓN, “Garantías constitucionales y terrorismo”, ob. cit., pág. 30.

27 Señala CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, Valencia 2015, p. 41, que “*ya no es precisa ninguna plataforma operativa de terrorismo*”.

28 Así, por ejemplo, como desestabilizar el funcionamiento de las instituciones podría considerarse la irrupción en el pleno de un Ayuntamiento impidiendo que el mismo se celebre para realizar una protesta reclamando cualquier tipo de derecho y como obligar a los poderes públicos a abstenerse de realizar un acto, podría entenderse las protestas encaminadas a prohibir desahucios. Creo que resulta evidente que ninguno de estos comportamientos tiene nada que ver con un delito de terrorismo, por mucho que sus finalidades pudieran coincidir.

con el mero acceso ilícito al sistema, y que se haya llevado a cabo con la intención de desestabilizar el funcionamiento de las instituciones o de las estructuras económicas o sociales de un Estado²⁹; la calificación como delito de terrorismo, que correspondería en virtud de la aplicación automática de la normativa penal existente, sería difícilmente sostenible, por cuanto determinaría que, por ejemplo, el caso *WikiLeaks*³⁰ fuera un delito de terrorismo, lo que no creemos que fuera la intención del legislador³¹. O el caso de subvertir el orden constitucional o desestabilizar el funcionamiento de instituciones políticas. ¿Sería subvertir el orden constitucional declarar la independencia de una parte del territorio español, supondría una grave desestabilización del funcionamiento de las instituciones políticas si ello se realiza, por ejemplo, mediante una resolución del Parlamento de una Comunidad Autónoma? Obviamente podría serlo, quien quiere declarar la independencia y fuerza, apoya o colabora con la declaración institucional de la misma mediante el Poder legislativo de una Comunidad autónoma, pretende alterar el orden constitucionalmente establecido en nuestro país y desestabiliza el funcionamiento de las instituciones³². ¿Ello implicaría que los partidos políticos que apoyaron esta declaración, y que incluso la llevan entre sus fines, como PdCat, Esquerda Republicana o la CUP serían organizaciones terroristas? ¿Lo serían también la Asamblea Nacional catalana y Omnium Cultural? Se trata de organizaciones que tienen como finalidad de sus actuaciones alguna de las expresamente previstas en el art. 573 CP, y, en consecuencia, en principio este precepto podría resultar de aplicación. La misma respuesta cabría dar respecto de los Comités para la Defensa de la república (CDR) y los Equipos de Respuesta Táctica (ERT) que también tienen entre sus finalidades las previstas en el art. 573 CP, como la declaración de independencia y, mas en concreto, obligar a los poderes

públicos a poner en libertad a los Miembros del Govern de Cataluña que fueron condenados, entre otros, por un delito de sedición. Y desde esta conclusión, si los CDR y los ERT que han difundido mensajes y consignas convocando manifestaciones y protestas que determinaron una especial y muy intensa violencia callejera y provocación de disturbios³³, ¿podrían ser calificados como delitos de difusión de mensajes y consignas terroristas contenidos en el art. 579 CP en tanto que son o pudieran ser idóneos para incitar a otros a realizar desórdenes públicos terroristas?

Pudiera pensar que la finalidad de las reformas legislativas que se han realizado en esta materia no es la de castigar como delitos de terrorismo los comportamientos que hemos señalado; sin embargo, ni es tan cierto ni es tan simple. De hecho, en relación con las actuaciones que han llevado a cabo tanto los CDR como los ERT en relación con los disturbios que se han producido en Cataluña en los últimos años, la reacción de los órganos judiciales en relación con la aplicación o no de esta nueva normativa ha sido dispar, y, sobre todo, sorprendente. Respecto de todos estos comportamientos se pueden diferenciar dos operaciones relevantes realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado: la *Operación Caldera* llevada a cabo entre 2017 y 2018, y la *Operación Judas*, en 2019. Los hechos y acciones realizadas por las organizaciones mencionadas en ambas operaciones eran en esencia iguales y perseguían las mismas finalidades, pero como ya señalé, la reacción de los órganos judiciales ha sido sustancialmente diversa. Así, en la primera de ellas, la *Operación Caldera*, la policía detuvo a la supuesta cabecilla de uno de los Comités de Defensa de la república, y la Fiscalía del Estado solicitó a la Audiencia Nacional que fuera imputada por los actos de sabotaje y cortes de carretera como autora de delitos de terrorismo y rebelión, alegando que en las actuaciones se aprecia

29 Téngase en cuenta que, en Código penal español, el delito de intrusismo no exige la producción de un grave perjuicio; en los daños si constituye elemento del tipo al tratarse de un delito contra el patrimonio, pero no es preciso que ese perjuicio sea grave, a diferencia de lo que se exige en la Directiva (UE) 2017/541.

30 El caso *WikiLeaks* supuso por entonces la mayor filtración de documentos secretos de EEUU de la historia, un soldado estadounidense llegó a filtrar al portal del ‘hacker’ y activista Julian Assange más de 700.000 archivos confidenciales. Su acción puso en jaque al Gobierno de EEUU y convirtió en relevantes a Assange y *WikiLeaks*, que pasó de ser una web minoritaria a convertirse en uno de los mayores temores de la inteligencia estadounidense.

31 En este sentido, señala SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, “Atentados yihadistas y nueva configuración de los delitos de terrorismo”, *Diario La Ley*, nº 8932, Sección Doctrina, 2 de Marzo de 2017, La Ley 2122/2017, p. 6/13, que en su opinión resulta preciso que la finalidad de desestabilizar a la organización internacional, “se interprete vinculada a la consistente en quebrantar el sistema político, pues en otro caso se castigarían como delitos terroristas hechos que carecen del desvalor específico que es propio de las figuras de terrorismo”.

32 Tanto se desestabilizó, que la declaración unilateral de independencia realizada por el Gobierno y el Parlamento de Cataluña derivó en la aplicación del art. 155 de la Constitución que prevé la suspensión de la autonomía y su gestión por el Gobierno central.

33 Las actuaciones de los CDR se fueron intensificando en número, pero sobre todo en el nivel de violencia en los numerosos disturbios que se produjeron, principalmente tras la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo en la que se condenaba por sedición a varios miembros del Govern. Protestas y disturbios que llegaron a bloquear el Aeropuerto de Barcelona y las vías del tren en Girona, que afectaron al Puerto de Barcelona y otras infraestructuras básicas, que alzaron barricadas y hogueras, y que implicaron altos niveles de violencia callejera destrozando mobiliario urbano y agresiones a la Policía que pretendía contenerlos.

una evidente motivación política, concurriendo las finalidades previstas en el art. 573 CP. Con fecha 12 de abril de 2018, el Juzgado Central de Instrucción nº 6 ante el que se tramitaban las diligencias previas, rechazó la calificación como delitos de terrorismo de las actuaciones realizadas por esta persona, considerando que se trataba de un delito de desórdenes públicos y decretando su libertad provisional sin fianza³⁴. Podríamos pensar que, una vez que se ha evidenciado por un órgano judicial que no se trata de un delito de terrorismo, aquí terminaría el despropósito, pero no fue así. El 18 de abril de 2018, la Fiscalía de la Audiencia Nacional presenta recurso de apelación contra dicho Auto, alegando concretamente que *“es por tanto, evidente que de la actividad de los CDR y del contenido de las manifestaciones que la investigada lleva a cabo en el audio, se deduce el interés de que sea efectivo el resultado de un referéndum ilegal secesionista; de que se libre a las personas implicadas en las actividades que persiguen con violencia la escisión de una parte del Estado español así como que se evite por la fuerza la legítima aplicación del art. 155 de la Constitución, todo ello con una evidente motivación política, concurriendo las finalidades del art. 573 del CP, pudiendo atribuir a los CDR y a la investigada dentro del elenco de conductas delictivas previstas en tal disposición, entre otros delitos de coacciones, de daños, incendio, así como atentados o resistencia graves”*³⁵. Afortunadamente, la cordura prevaleció y la Audiencia Nacional en el Auto de 1 de junio de 2018 ha mantenido la calificación de desórdenes públicos y no de terrorismo, y ha desestimado el recurso de apelación del Ministerio Fiscal de modo que el enjuiciamiento de los hechos realizados correspondía a los Juzgados de Barcelona³⁶. Se entendió, claramente, por los órganos judiciales que no resultaba suficiente con la realización de actos violentos persiguiendo determinadas finalidades para configurar los hechos como delitos de terrorismo, sino que todo ello debía llevar a una pretensión clara de causar terror.

No ha ocurrido lo mismo en el caso de la *Operación Judas*, llevada a cabo en 2019, donde el Juzgado Cen-

tral de Instrucción nº 6, tras la petición de la Fiscalía, en su Auto de 20 de noviembre de 2019, imputa a los detenidos miembros de los ERT delitos de terrorismo, rebelión y tenencia de explosivos, decretando respecto de ellos la prisión provisional. Posteriormente, tras diversas actuaciones judiciales y recursos, admite paulatinamente fianzas respecto de todos ellos, pero sin rebajar las imputaciones realizadas. Este diferente comportamiento pone de relieve los problemas que una legislación de este tipo plantea en un Estado de Derecho³⁷, sin que pueda llegar a entenderse las razones por las que hechos y organizaciones similares reciben calificaciones tan dispares por parte de un mismo órgano judicial en un lapso de tiempo tan breve; pero, sin embargo, como expondré más adelante, su aplicación en relación con determinados comportamientos puede llevar aparejadas consecuencias totalmente absurdas e insostenibles desde la perspectiva de un Estado de Derecho.

Parece lógico pensar que la finalidad de estas reformas legislativas que estamos analizando no es la de perseguir las conductas que hemos expuesto como delitos de terrorismo, y que ningún gobierno de un Estado democrático pretendería que este tipo de organizaciones fueran consideradas organizaciones terroristas, pero la legislación existe y con ella la posibilidad también. Y, en mi opinión, sin ninguna base científica ni legitimidad, porque si algo ha puesto de manifiesto la historia, y esencialmente, la historia más reciente es que el terrorismo, yihadista o de otro tipo, no se dedica a difundir consignas o mensajes que puedan terminar en manifestaciones violentas o desórdenes público en caminados a obligar a un poder público a abstenerse de realizar un acto, ni tampoco hace resoluciones en Parlamentos ni instituciones estatales. Pero el problema es que la legislación penal no se puede aplicar por partes, ni casuísticamente, ni en virtud de cada caso concreto, sino que debe ser aplicada en su conjunto; y ese conjunto es el que nos puede llevar a las absurdas conclusiones y calificaciones que acabamos de exponer.

34 Concretamente afirma en Auto del JCI nº 6 de 12 de abril de 2018 que *“en los autos y en este estado de la instrucción, y exclusivamente con respecto a la investigada no existen pruebas de la pertenencia a organización criminal, y menos terrorista, en los requisitos exigidos por la tipificación del delito y en la jurisprudencia consultada. En este caso la pretensión no es causar temor, sino lograr un estado independiente (...) concluyendo entiendo que no existen en la actualidad indicios suficientes de pertenencia a organización criminal”*. Y lo afirmado por este magistrado es absolutamente correcto, pero también podría serlo apreciar otra de las finalidades previstas en el art. 573, cuya amplitud e indeterminación podría permitir este tipo de calificaciones.

35 Vid. Auto de la Sección Segunda (Sala de lo Penal) de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2018.

36 De hecho, en enero de 2020, la Fiscalía ha presentado un escrito de acusación ante el Juzgado de Instrucción nº 24 de Barcelona en el que solicita que se juzgue a los sujetos que intervinieron en los actos que dieron lugar a la *Operación Caldera* por un delito de distribución o difusión pública de consignas que incite a la comisión de desórdenes públicos reclamando una pena de siete meses de prisión.

37 Se sostiene en el Auto de 20 de noviembre de 2019 que, al amparo de la regulación existente en el Código penal tras las reforma de 2015, los ERT responden a su calificación como organización terrorista y, en consecuencia, las actuaciones por ellos realizadas constituirían delitos de terrorismo.

II. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL NUEVO CONCEPTO DE TERRORISMO: LA DIFUSIÓN DE MENSAJES O CONSIGNAS TERRORISTAS Y SU INCIDENCIA EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Una de las principales características de la regulación típica de los delitos de terrorismo en la actualidad respondiendo a las tendencias preventivistas y securitarias que señalábamos es la finalidad de perseguir todo aquello que se pudiera concebir como el “entorno” terrorista. En consecuencia, las legislaciones de los distintos Estados van encaminadas a la inocuización de todo aquello y de todos aquellos que, directa o indirectamente, se relacionen de alguna forma con los terroristas o con sus actividades. La forma más efectiva para llevar a cabo la referida inocuización es adelantar la intervención penal a ámbitos absolutamente desconectados tanto de los terroristas como de sus presuntas actividades y que, en consecuencia, no representan afección alguna respecto del bien jurídico, pero que pudieran promover, facilitar o favorecer una futura, o mejor dicho futurible, y potencial actividad terrorista. Se trataría, por tanto, desde un enfoque exclusivamente preventivo, de dar respuesta al fenómeno del terrorismo, y para ello se considera que, si se interviene con anticipación en ámbitos que, hasta ahora, formaban parte de la libertad de las personas, con ello se estaría inocuizando las fuentes de riesgo de producción de los concretos comportamientos terroristas que sí determinarían una lesión de los bienes jurídicos institucionales e individuales involucrados. En consecuencia, se procede al castigo de conductas que en absoluto conllevan una potencial afección del bien jurídico, adelantando el momento en que interviene el Derecho penal a lo que en esencia sólo serían actos preparatorios e, incluso ni siquiera eso, y sancionarlos como tipos consumados autónomos.

Son muchos los ejemplos que podrían alegarse en relación con esta tendencia legislativa, pero nos centraremos en algunos de ellos que, en mi opinión, suponen una regulación absolutamente ilegítima que determina una clara vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos, esencialmente, la libertad en todas sus manifestaciones (pensamiento, ideológica, de expresión, ambulatoria, etc., etc.). Un claro ejemplo de ello es el castigo de la difusión del discurso de odio terrorista, esencialmente mediante mensajes o consignas que “podría llegar a adoctrinar o captar a futuros

terroristas, en lo que supone un claro intento de prevenir los futuros actos lesivos que éstos podrían llegar a realizar antes siquiera de que lleguen a plantearse como posibilidad real y concreta de ejecutarlos”³⁸. Se trata de las conductas sancionadas en el art. 579 CP, en sus diversos apartados, que como expondré brevemente podría determinar la lesión del derecho a la libertad de expresión, por un lado, pero, además, la superposición con otras figuras delictivas ya contenidas en el Código penal, por otro.

1. La configuración del art. 579 CP y sus distintas modalidades

Como acabo de señalar, una de las primeras figuras respecto de las que puede afirmarse un adelantamiento de la intervención penal a lo que no sólo ni siquiera podría considerarse como un acto preparatorio, sino, en mi opinión, que se trataría de la sanción del pensamiento, la opinión y la ideología que osen ser expresadas públicamente es el delito de *difusión de mensajes y consignas terroristas*, que se introduce en nuestro Código penal a raíz de la reforma efectuada por la LO 2/2015, sancionándose la realización de una serie de comportamientos que podrían equipararse a una provocación o a una suerte de apología de los delitos de terrorismo.

Señala GALÁN MUÑOZ³⁹ que una de las razones que pudiera “justificar” la inclusión por el legislador de este concreto tipo penal radica en el hecho de que habitualmente los casos en los que una persona transmite a un tercero un concreto mensaje o consigna encaminado a que el destinatario del mismo decida cometer un delito, será castigado como inductor o cómplice psíquico, pero para ello resulta absolutamente imprescindible que dicha “inducción” sea eficaz, esto es, que el destinatario o receptor del mismo haya comenzado la ejecución del hecho delictivo⁴⁰, y ello implicaría que la posibilidad de intervención en supuestos de difusión de mensajes o consignas terroristas tuviera que esperar a que el receptor de los mismos al menos iniciara esa ejecución. Es decir, lo que se sostiene y aplica con los restantes delitos recogidos en el Código penal.

Sin embargo, el *pánico moral* provocado en la *sociedad del miedo* creada en la actualidad, tal como hemos expuesto, ha determinado a los legisladores a adelantar el momento de la intervención penal a fin de poder “controlar” en estadios previos a cualquier potencial riesgo respecto de un bien jurídico la actuación de los

38 GALÁN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, ob. cit., pág. 177.

39 GALÁN MUÑOZ, *ibidem*.

40 GÓMEZ RIVERO, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte general*, Gómez Rivero/Martínez González/Núñez Castaño, 4ª ed., Tecnos 2019, pág. 402 señala que “estructuralmente la inducción requiere un doble resultado: (...) el nacimiento de la resolución delictiva en el destinatario y (...) principio de ejecución del delito al que se incita por parte del autor o inducido”.

sujetos. Y de este modo, la Directiva 2017/541, sobre lucha contra el terrorismo, del Parlamento y del Consejo, incluyó el mandato a los Estados Miembros a castigar diversas manifestaciones del denominado discurso terrorista, esto es, conductas que apoyan, promueven o alientan la realización de ataques terroristas. Y en esta línea, el art. 5 de la mencionada Directiva señala que deberán adoptarse las medidas necesarias *"para que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el art. 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"*. De este modo, señala GALÁN MUÑOZ⁴¹ que se refiere a actos incentivadores de la comisión de delitos terroristas como *provocación pública*, requiriendo para ello que *"el mensaje incitador del que se habla se haya de difundir o publicar por cualquier medio, lo que indica que ha de distribuirse a múltiples y difusos posibles receptores"*, y ello conlleva que *"los Estados de la Unión deban castigar tanto los mensajes que incitan directamente, esto es, de forma explícita a cometer tales delitos, como aquellos otros que lo hagan de forma indirecta, como sucederá con los que resulten simplemente idóneos para fomentar la comisión de un delito, pese a que no lo hagan de forma expresa"*. Con ello, castigando tanto la incitación directa como la indirecta, se dará lugar a variados problemas que se extienden desde la superposición con otras instituciones penales, hasta la lesión de los principios básicos del mismo, como el de culpabilidad y la vulneración del derecho a la libertad de expresión.

Para analizar estas distintas posibilidades, podemos centrarnos en la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico, cuya última reforma al respecto fue realizada por la LO 2/2015, es decir, dos años antes de la Directiva, pero que respondía a lo recogido en la Resolución 2148 de Naciones Unidas. Así, se optó por sancionar específicamente la mera comunicación o transmisión pública de mensajes que tiendan a incitar a cometer algún concreto delito de dicha naturaleza, sin que, por la propia descripción típica sea preciso que el referido delito de terrorismo, sea cual fuera, hubie-

ra empezado a ejecutarse, pero es más, como señala GALÁN MUÑOZ⁴² *"se deberían perseguir y castigar, como tal, la comunicación de los mensajes que no tendrían por qué estar directa o expresamente dirigidos a motivar la ejecución de un acto terrorista, bastando con que generasen un riesgo respecto dicho posible resultado (los actos de incitación implícita), también se estableció que tales conductas se deberían castigar cuando pudiesen fomentar la ejecución de algunos delitos terroristas, expresión que parecía obligar a que se castigasen como provocación los referidos actos incitadores aún cuando estuviesen dirigidos o incrementasen el riesgo de realización de cualquier delito terrorista en general, sin necesidad, por tanto, de que tuviesen que hacerlo con respecto a uno concreto determinado o determinable"*. La expansión que se realiza en este sentido es absolutamente incontrolable⁴³, y, en mi opinión, con una importante e intolerable afectación de derechos fundamentales, y, en concreto, de la libertad de expresión.

Como punto de partida, tras la reforma de 2015, el art. 579 CP sanciona los actos codelincuencia intentada, concretamente en su apartado tercero al sancionar expresamente *"los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo"*. Con ello no hace sino trasladarse concretamente la regulación de la proposición, conspiración y provocación para delinquir contenida en los arts. 17 y 18 CP, a este concreto apartado, lo que innegablemente va a producir una superposición de preceptos, que dará lugar al correspondiente concurso de leyes a resolver, por especialidad, a favor del art. 579.3 CP. Con ello, señala GALÁN MUÑOZ⁴⁴ que se conseguiría así que se permitiese castigar a quienes *"se dedican a utilizar Internet o cualquier medio de comunicación e masas para difundir contenidos que estén directa y expresamente dirigidos a incitar a sus posibles receptores a cometer uno o varios delitos terroristas concretos y determinados, aún cuando estos últimos sujetos, por los motivos que fuesen, no solo no comenzasen a ejecutarlos, sino que ni siquiera hubieran llegado a conocer o ser convencidos por el mensaje que trataba de motivarles para que lo hiciesen"*. Al margen de lo cuestionable que, en mi opinión pudiera resultar, esta última afirmación, no creo que existiera problema alguno para calificar estos comportamientos conforme a los arts. 17 y 18 CP. Independiente de la

41 GALÁN MUÑOZ, "Unión Europea y represión penal del discurso terrorista. ¿Origen, excusa o posible referente restrictivo?", en *Estudios Jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, González Cussac (direct.), Valencia, 2020, pág. 355

42 GALÁN MUÑOZ, "Unión Europea y represión del discurso terrorista", ob. cit., pág. 362.

43 BERNAL DEL CASTILLO, "Una visión crítica del nuevo delito de provocación al terrorismo del art. 579.1", en *Revista de Derecho Penal*, nº 33, 2011, pág. 67.

44 GALÁN MUÑOZ, "El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?", pág. 178.

necesidad innegable de sancionar estas conductas de provocación, proposición o conspiración *directa* para la comisión de un delito de terrorismo, no considero que a este respecto existiese ninguna laguna legal que motivase la regulación expresa contenida en el art. 579.3 CP.

Sigue afirmando, sin embargo, GALÁN MUÑOZ⁴⁵ que seguirían existiendo formas de inducción intentada que quedarían al margen de la intervención penal, señalando que *“así sucedería, por ejemplo, con aquellos supuestos en los que el acto de inducción intentada no se realizase de forma pública, ante concurrencia de personas o mediante el uso de un medio de comunicación de masas, sino individualmente”*. El problema radica, en su opinión, en que con anterioridad a la reforma de 2015, estos comportamientos podrían configurarse como formas de proposición al delito al que incitaban sin necesidad de que el proponente incitador tuviera que participar en el mismo⁴⁶, de modo que esos casos de invitación individual a cometer el hecho delictivo quedarían amparados bajo la forma de participación intentada, bien por aplicación del art. 17.2 CP o bien por aplicación del art. 579.3 CP, aunque el sujeto no interviniera en la ejecución del delito. Sin embargo, los problemas, entiende que se plantean con la referida reforma de 2015 que modifica el tenor literal del art. 17.2 CP⁴⁷, entendiendo que *“la proposición ya sólo castigará aquellos actos en los que el proponente se ofrezca a actuar como verdadero autor del delito que pretendía cometer y no sólo como su mero inductor”*⁴⁸, razón por la cual el legislador en el art. 579.2 CP, junto con los supuestos de incitación directa ante numeroso público o concurrencia a la comisión de algún delito de terrorismo (inciso primero), que en mi opinión encontraría perfecto acomodo en la dicción literal del art. 18.1 CP, esto es, como provocación genérica a delinquir, incluye un segundo inciso sancionando *a quien solicite a otra persona que los cometa*. Señala así GALÁN MUÑOZ⁴⁹ que, con ello se estaría dando cobertura *“a quien realice una inducción intentada individual o personal referida a la posible comisión por parte de terceros de un delito terrorista concreto; comportamiento que, en caso de que no se hubiese introducido la referida pre-*

visión legislativa, permanecería en el ámbito de la mas absoluta irrelevancia penal, cuando menos, hasta que no se comenzase a ejecutar el concreto delito que se pretendía incitar a cometer”. No alcanzo a comprender claramente la afirmación sostenida por el autor mencionado en relación con el papel que el proponente debería jugar en el caso expuesto, por cuando la redacción contenida en el art. 17.2 CP no ha variado en relación con el mismo, de hecho se mantiene exactamente igual el comienzo del precepto, esto es, *el que ha resuelto cometer un delito*; lo que varía es la referencia al tipo de invitación que realiza, que pasa de la “ejecución” de la regulación anterior, a la “participación” de la actual regulación. Utilizar este cambio para sostener que el proponente tras la reforma del 2015 deberá necesariamente ejecutar el delito cuya realización propone, lo que implicaría la irrelevancia de los casos en los que la comisión del mismo quede exclusivamente en manos de terceros, puede ser una interpretación posible, pero no creo que pueda ser la única, ni la más correcta. En mi opinión, esta interpretación implica una concepción restrictiva del concepto de autor de un delito que ya no queda limitada a la exclusiva ejecución del mismo, sino que debe interpretarse en el sentido más amplio de intervención en el hecho, como así puede desprenderse del art. 28 CP, optando por un concepto de autor sustentado en un dominio funcional, de manera que la contribución que se realiza sea decisiva para la ejecución del hecho, aun cuando no se hayan llevado a cabo los comportamientos descritos en el mismo⁵⁰. Y de hecho, sostiene MIR PUIG⁵¹ que *“es evidente que en el actual CP hay que distinguir también entre los «autores» del delito y quienes lo realizan o ejecutan (...) puede entenderse que cometer el delito como autor significa algo más amplio que ejecutarlo. Cabe, pues, concluir que la inducción no seguida de ejecución se contempla en la proposición”*. Similar planteamiento, sostiene LLABRÉS FUSTER⁵² al diferenciar dos posibilidades en relación con la nueva regulación del art. 17.2 CP: la invitación a participar en el delito del proponente (de modo que quien invita también intervendría como autor), y la invitación a participar en el delito de un tercero. En definitiva, consideramos que estos supuestos

45 GALÁN MUÑOZ, *ibidem*.

46 Recordemos que el art. 17.2 CP antes de la reforma de 2015, sancionaba como proposición para delinquir cuando *el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo*,

47 Tras la reforma de 2015, el art. 17.2 CP señala que *la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer el delito invita a otra u otras personas a participar en él*.

48 GALÁN MUÑOZ, *ibidem*.

49 GALÁN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, ob. cit., pág. 179.

50 NUÑEZ CASTAÑO, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte general*, ob. cit., págs. 361 y 362

51 MIR PUIG, *Derecho Penal, parte general*, 10ª ed., Editorial Reppetor, Barcelona, 2015, pág.353.

52 LLABRÉS FUSTER, “La nueva regulación de la proposición para delinquir (art 17.2)”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, ob. cit., pág. 99 y ss.

de inducción intentada o mejor dicho de proposición individual a delinquir, seguirían encontrando perfecto encaje en el art. 17.2 CP, sin necesidad de una regulación expresa como se realiza en el inciso segundo del art. 579.2 CP.

En relación con el inciso primero de este apartado, entiendo, igualmente que se trata de supuestos de provocación perfectamente susceptibles de ser incluidos en el art. 18.1 CP, por cuanto, en mi opinión abarcan los casos de incitación directa, y no sólo por el hecho de que, como expondré posteriormente, la sanción de una incitación indirecta que conlleve un potencial riesgo de una posible comisión de un hecho terrorista por terceros supone un adelantamiento desmesurado de la intervención penal que determina la lesión, entre otros, del derecho a la libertad de expresión, sino porque, como analizaré a continuación, la única forma de interpretar la modalidad típica contenida en el apartado primero del art. 579 CP, en razón de una interpretación sistemática y coherente con los restantes apartados del precepto a fin de evitar concurrencias entre los mismos, es la de entender que se sanciona una incitación indirecta a la comisión de delitos de terrorismo, con la consecuente ilegitimidad que ello puede provocar. En consecuencia, a fin de evitar un concurso de leyes entre ambos preceptos, considero que la única interpretación posible será la de entender que el art. 579.2 CP regula supuestos de incitación directa equiparable a la provocación genérica del art. 18.1 CP, mientras que el apartado primero del precepto regula los casos que impliquen o conlleven una incitación indirecta a la realización de actos de terrorismo, tipificación de muy difícil justificación.

Como puede apreciarse de lo expuesto hasta el momento, resulta difícilmente justificable el contenido de los apartados 2 y 3 del art. 579 CP en tanto que, en mi opinión, encontrarían (y de hecho encontraban) castigo por la vía de la proposición genérica contenida en el art. 17.2 CP o de la provocación del art. 18.1 CP. Sin

embargo, el legislador español no terminó con la expansión de la intervención penal en este punto, sino que en un claro afán de sancionar cualquier tipo de intento de incitar, invitar o convencer a otros a fin de que cometan delitos de terrorismo, incluyó expresamente en el apartado primero del art. 579 CP el castigo de quien *por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos del Capítulo VII, Libro XXII*. Se trata de un comportamiento respecto del cual, a pesar de requerirse el elemento incitador, no se configura como una incitación directa (la del art. 18 CP), con lo cual sería una suerte de provocación o apología menor⁵³. Pero, además como se acaba de sostener, la regulación de los apartados segundo y tercero del mismo precepto obliga a derivar las incitaciones directas e inmediatas a la comisión de un delito concreto a los supuestos previstos en éstos. Sobre esta base, parece evidente que el apartado primero no castiga los comportamientos dirigidos directamente a determinar a otros a realizar un delito concreto, que o bien encontrarían acomodo en los arts. 17.2 o 18.1 CP, o bien serían actos preparatorios punibles del apartado tercero del art. 579 CP, sino que en realidad lo que se estaría sancionando sería una suerte de incitación o llamada genérica a delinquir⁵⁴, con el claro y evidente peligro de que se acaben castigando meras conductas de adhesión ideológica⁵⁵ que se hayan expresado públicamente.

Señala GALÁN MUÑOZ⁵⁶, que con esta regulación específica *“se conseguirá que el Derecho penal pueda castigar a quien difunda de forma pública (esto es, no individualizadamente, sino ante y hacia un colectivo) una consigna o un mensaje que simplemente resulte objetivamente adecuado, desde un punto de vista ex ante, para generar la idea en quienes lo reciban para cometer un delito terrorista y lo distribuya cuando menos conociendo y teniendo conciencia de tal cualidad*

53 De hecho, como señala GALÁN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, ob. cit., pág. 177, en aras de solventar el aparente déficit preventivo que determinaría la necesidad de esperar al comienzo de la ejecución penal que conllevarían las tradicionales figuras de autoría y participación, concretamente la inducción, *“nuestro Código penal hace ya tiempo que optó por castigar, específicamente y en relación a los delitos terroristas, la mera comunicación o transmisión pública de mensajes que tiendan a incitar a cometer algún concreto delito de dicha naturaleza, sin exigir que éste hubiera llegado a ejecutarse”*; el mismo, “Unión Europea y represión penal del discurso terrorista”, ob. cit., pág. 368.

54 Esto parece derivarse de la Exposición de Motivos de la LO 2/2015, de 30 de marzo, donde se alude a la vocación de expansión internacional del terrorismo yihadista que *“a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados”*; en definitiva, una llamada generalizada a atentar contra personas, objetivos, estructuras indeterminadas.

55 CUERDAARNAU, en *Derecho Penal, Parte especial*, GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), 5ª ed., revisada y actualizada a la Ley orgánica 1/2015, Valencia, 2016, p. 780.

56 GALÁN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, pág. 179.

del mensaje, por más que lo haga sin intención alguna de conseguir dicho efecto”.

Las críticas que pueden realizarse respecto de esta concreta modalidad típica son incontables, en primer lugar por la indeterminación de los concretos comportamientos que resultarán prohibidos, dejando en manos del juzgador la decisión en atención a las circunstancias de tiempo y lugar; en segundo lugar, una potencial vulneración del principio de culpabilidad haciendo responder no sólo a quien los elabora sino a quien los difunda incluso sin la intención de incitar a la comisión de los delitos; y en tercer lugar, la indudable y clara lesión del derecho a la libertad de expresión que se deriva de la propia regulación. Pero vayamos, brevemente, por partes.

Señala GALÁN MUÑOZ⁵⁷ que *“el paso legislativo dado amplía enormemente el número de los posibles mensajes de apoyo al discurso yihadista cuya difusión pública podría llegar a ser penalmente relevante, pero lo hace a costa de difuminar y desdibujar de forma notable los caracteres que tradicionalmente habían delimitado a los mensajes incitadores de delitos que podrían llegar a tener relevancia penal”.* Según entiende el mencionado autor, es innegable que ello permitiría la sanción de aquellos mensajes que no inciten de forma manifiesta y explícita a sus destinatarios para que cometan un delito, pero si podrían resultar idóneos para incitarlos a cometerlo dependiendo del momento y circunstancias, y así afirma que *“podría suceder que la difusión de un mensaje radicalmente crítico con uno de los responsables de los cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado pudiese ser considerado como constitutivo de este delito si se realiza en un momento especialmente conflictivo (p. ej. cuando precisamente dicho cuerpo e individuo se encontraban inmersos en una operación militar criticada por los terroristas que clamaban venganza contra quienes la realizaron) y se dirige además a quienes comparten y apoyan los ideales sostenidos y los medios violentos empleados por los terroristas o la «guerra santa» que éstos supuestamente libran, resultando, sin embargo absolutamente irrelevante, a efectos de dicha figura, si se hubiese difundido en un contexto histórico distinto o entre quienes no solo no compartían los postulados yihadistas, sino que los rechazaban de forma tajante”.*

Según puede desprenderse de la afirmación realizada la consideración de un determinado discurso, acto de comunicación o mensaje dependerá del momento histórico, las circunstancias concretas y los potenciales destinatarios de los mismos. Obviamente, como señala el propio autor, la lesión de la certeza y seguridad jurídica están servidas⁵⁸, pero a ello habrá que incorporar un elemento más, que será el concreto juzgador quien decida si concurren o no esas circunstancias, y una vulneración todavía más grave: la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión. La postura tanto respecto del precepto, como respecto del planteamiento expuesto, en mi opinión, no puede ser otra que la de la crítica⁵⁹. Independientemente del contenido o no de los mensajes, no creo que un criterio válido de prohibición de los mismos sean las concretas circunstancias temporales, históricas y personales, porque ello determinaría un absoluto subjetivismo que haría saltar por los aires la seguridad jurídica como principio limitador de la intervención penal. A modo de ejemplo, durante la Guerra de Irak se realizaron todo tipo de manifestaciones, publicaciones, discursos, mensajes, etc., en los que había claras consignas y mensajes de oposición a la intervención militar en dicho país que respondían a unas concretas circunstancias históricas y que iban dirigidos a toda la población mundial (a quienes compartían y apoyaban los ideales y medios violentos y a quienes no, pero tampoco compartían la intervención militar), y que provocaron no solo la guerra, sino numerosos ataques terroristas, ¿podrían ser considerados dichos mensajes, consignas discursos, etc., una forma de incitación indirecta o idónea para la comisión de delitos terroristas? En mi opinión, no puede ser este el fundamento de la criminalización y sanción de determinadas conductas, porque ello no implicará sino una absoluta inseguridad jurídica, y algo tan o más peligroso que eso, la limitación o censura del contenido de los mensajes en atención a circunstancias desconectadas de los mismos.

Efectivamente, la descripción típica del art. 579.1 CP plantea muchos y numerosos problemas, empezando por la propia falta de delimitación e indefinición del precepto que no aclara qué tipo de mensajes y con qué contenido estarían incluidos en el tipo penal, obligando a determinar caso a caso su concreta valoración, momento en el cual entrarán en juego la concurrencia de las circunstancias externas a las que acabamos de hacer

57 GALÁN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y titiriteros?”, op. cit., pág. 180.

58 De hecho, reconoce expresamente, que este planteamiento puede resultar extremadamente peligroso al restar certeza y seguridad jurídica a la delimitación de los mensajes penalmente prohibido por nuestro Derecho Penal, cfr. GALÁN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y titiriteros?”, ob. cit., pág. 181.

59 CANO PAÑOS, “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 945.

referencia, de modo que la determinación de la existencia de un delito de terrorismo quedará exclusivamente en manos del correspondiente órgano judicial. Como ya se expuso, la lesión del principio de taxatividad y de seguridad jurídica es innegable, pero también lo es la colisión con otros derechos fundamentales, tan importantes como la seguridad que se pretende proteger, esto es, la libertad de expresión, la libertad de prensa o la libertad ideológica. Se convierte, por tanto, en imprescindible una clara delimitación respecto de cuándo mensajes que pudieran determinar una coincidencia ideológica con los postulados terroristas, o incluso la mera difusión pública de un atentado terrorista, o la información sobre determinados aspectos de las actividades o de los propios terroristas, pasan de ser ejercicio de la libertad de expresión y/o información, para convertirse en un delito de provocación terrorista. Y, en mi opinión, ello sólo ocurriría cuando se tratase de una incitación directa a la comisión del delito, en el propio sentido de la provocación genérica para delinquir. De nuevo, desde esta perspectiva, entiendo que la introducción específica de este cuestionable precepto era absolutamente innecesaria.

Pero el problema no termina con la vulneración de los principios de seguridad jurídica y el mandato de certeza, sino que afecta de forma clara y directa al principio de culpabilidad en el sentido de identificar a los responsables de los mismos, ¿quién respondería de esos mensajes difundidos en una red social? ¿Sólo quien los crea, quienes lo comparten y consecuentemente contribuyen a difundirlos, pero sin haber participado en la creación del mismo, quienes expresan su adhesión con ellos, quienes leen su contenido y realizan algún comentario al mismo? Dicho de otro modo, sería posible que mensajes o consignas que determinen una coincidencia ideológica con alguna de las acciones o finalidades previstas como delitos de terrorismo en los arts. 573 y ss., pasaran a convertirse en un delito tipificado en el art. 579 CP, respecto del cual no quedaría establecido quien o quienes responderían del mismo. No podemos olvidar, que el propio precepto permite la posibilidad de poder atribuir este delito a sujetos que actúan sin la finalidad exigida por el precepto y sin dolo

directo de inducir a la realización de un delito terrorista, pero con conocimiento de la idoneidad del contenido del mensaje para provocar esta reacción. Es decir, se hace responsable a quien manifiesta su opinión coincidente con la de los terroristas, incluso cuando no sólo no lleve a cabo una incitación directa a la violencia, sino también cuando no actúe siquiera con la finalidad (indirecta) de poder provocar una concreta reacción.

Esta absoluta indeterminación del tipo permite que no tenga prácticamente límites en cuanto a su aplicación, y que se puedan sancionar las meras opiniones que no sean “adecuadas”, o político o socialmente correctas, tanto para quien las vea como para quien pueda enjuiciarlas. De este modo el tipo penal no queda configurado mediante su plasmación en un texto legal, sino que irá siendo “rellenado”, aplicado o interpretado a golpe de caso concreto y de reacción concreta al mismo⁶⁰, con la consiguiente vulneración del principio de legalidad.

Por todo ello, considero que el delito contenido en el art. 579 CP implica una colisión con la libertad de expresión que resulta esencial en un Estado democrático, dado que “*se constituye en garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre, lo que la convierte en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática, en la que se pueden exponer ideas con el fin de configurar, no sólo el sistema político, sino la misma vida social de los individuos que conforman el Estado*”⁶¹. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la libertad de expresión tiene un carácter limitable⁶², establece que estos límites deben ser proporcionados y no implicar una extralimitación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, para evitar convertir al Derecho penal en un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, que resultaría inaceptable en un Estado de Derecho; en definitiva, sólo cuando concurra un conflicto efectivo con otros derechos o intereses constitucionales que implique su lesión o puesta en peligro concreta, se podría permitir una restricción de la libertad de expresión y siempre bajo el parámetro de los criterios de proporcionalidad y necesidad⁶³. Sin embargo, con posterioridad, la deriva constitucional respecto al tratamiento de este

60 Claro ejemplo de ello sería el caso de la Asamblea nacional catalana y Ómnium cultural podrían reunir las características de una organización terrorista por cuanto entre sus finalidades pudieran identificarse algunas coincidentes con las recogidas en el art. 573 CP, habría que concluir que los mensajes y consignas que han difundido, encaminadas al apoyo de la independencia de Cataluña, podrían ser consideradas como un delito de terrorismo del art. 579 CP.

61 Cfrs. MUÑOZ CUESTA, “Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541, de 18 de marzo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2017, Cizur Menor, 2017, p. 2/5.

62 Así, la STC 177/2015, de 22 de julio, al analizar el alcance de la libertad de expresión, y concretamente el derivado de las manifestaciones que alientan la violencia o formas de actividad delictiva que tengan tal componente, afirma que este derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto, pudiéndose considerar necesario en las sociedades democráticas prevenir y sancionar las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia, de la misma forma que la libre exposición de ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios en ejercicio precisamente de esa libertad.

63 Cfrs. SSTC 177/2015, de 22 de julio, y 112/2016, de 20 de junio.

derecho ha sido importante procediendo a una paulatina restricción del mismo, hasta la STC 35/2020, de 15 de febrero.

2. La repercusión en la libertad de expresión de estos nuevos paradigmas en materia de terrorismo

A lo largo de estas páginas hemos tratado de poner de relieve la innegable e imparable tendencia legislativa de criminalizar todo aquello que no responda a los parámetros generales de convivencia en una sociedad, pero, sobre todo, a tratar de inocular desde sus orígenes aquellos comportamientos que, de forma real o provocada, generen miedo en la misma, y como no, el terrorismo resulta uno de los principales fenómenos al respecto. Precisamente por ello se trata de eliminar cualquier tipo de conducta que directa o indirectamente pueda guardar relación con el mismo, llegando con ello a la sanción de la realización de meros actos comunicativos percibidos como hostiles o perturbadores, en aras de proteger intereses superiores que, al menos en relación con estos últimos mencionados, no quedan en absoluto concretados ni determinados. Pero lo que sí podrían suponer, y de hecho suponen en mi opinión, es una clara afección del derecho a la libertad de expresión, en aras de salvaguardar unos derechos y/o intereses que no resultan identificados.

Cuando una legislación incorpora figuras delictivas en las que se criminalizan meros actos comunicativos, difusión de mensajes o consignas o discursos sean del tipo que sean y tengan el contenido que tengan, salvo eso sí, cuando conlleven una incitación directa a la realización de actos violentos, en este concreto caso, delitos de terrorismo, por el mero hecho de resultar rechazables o contrarios a las concepciones generales o moral social dominante, en mi opinión, nos devuelve claramente a tiempos pretéritos de censura y abolición de derechos⁶⁴, incompatible con los principios básicos y clásicos de un Estado Democrático.

Sin embargo, la innegable realidad legislativa y judicial se impone en el sentido de verificar que la emisión o difusión de determinado tipo de discursos, consignas, mensajes o ideas, que en el caso que estamos analizando pueden interpretarse como de defensa, apoyo, incitación o mera adhesión ideológica a los postulados sostenidos por determinadas personas consideradas *folks devils*, como los terroristas, pueden llegar a determinar,

y con una indeseada frecuencia lo hacen, la apreciación de un delito de terrorismo, en concreto, del art. 579 CP.

Aquellos que justifican la sanción de estos comportamientos, alegan en su defensa que no se sanciona el hecho comunicativo que llevan a cabo ni la contribución que podría representar respecto de un hipotético y potencial acto posterior de quienes hayan sido sus receptores, sino el hecho de que sus mensajes o discurso puedan provocar en los receptores del mismo que surjan ideas peligrosas y negativas, y por ello es necesario impedir que se propaguen, castigando para ello a quien las emite y/o difunde⁶⁵. Es decir, y así se puede extraer claramente de la descripción típica contenida en el apartado primero (incitación indirecta de mensajes que lleven la finalidad o sean idóneos) del art. 579 CP, lo que fundamenta la criminalización de estos comportamientos es un potencial riesgo de que se generen hipotéticas y potenciales ideas en un futuro en otros sujetos, y, con ello, se olvida que la libertad de expresión protege no sólo la exteriorización de las opiniones y pensamientos, sino también la posibilidad de persuadir y convencer a otros a través de la fuerza persuasiva de sus argumentos⁶⁶. Nótese que en todo momento se está haciendo referencia a ideas, tanto las emitidas o difundidas como las potenciales y futuras de los receptores.

En realidad, ello no hace sino poner de relieve las tendencias actuales en la sociedad que implican la implantación del retorno a un puritanismo exacerbado en la más amplia concepción del término, y a la completa confusión entre el ámbito moral y/o ético y el ámbito jurídico. Con el peligro que ello conlleva de que la “moral dominante” sea la que determine aquello que es típico penalmente. Y sobre este planteamiento se criminalizan y judicializan comportamientos que, hasta este momento, eran merecedores de reproche social o de crítica acalorada, en tanto que distorsionaban las pautas de actuación consensuadas y los principios morales generalizados. En definitiva, debe erradicarse el discurso discrepante, diferente, grosero e incluso intolerante por el potencial peligro que pudiera suponer para el sistema democrático y para la sociedad, dando con ello legitimidad (obviamente muy cuestionable) a la criminalización de conductas, como es el caso de las reguladas en el art. 579.1 CP, que constituyen meros actos comunicativos que, en mi opinión, responden al puro ejercicio de la libertad de expresión. Sea ello

64 DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio. Análisis del art. 520 del Código penal*, Tirant, Valencia 2018, pág. 170; PORTILLA CONTRERAS, “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid 2017, pág. 103.

65 GALÁN MUÑOZ, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho Penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural”, en *Revista Penal*, nº 46, 2020., págs. 45 y 46.

66 DE DOMINGO PÉREZ, “La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid 2017, pág. 295.

cómodo o incómodo para la sociedad, provoque o no miedo en la misma.

Sin embargo, hemos asistido a un imparable aumento de la persecución tanto legislativa como judicial de este tipo de discursos o conductas ofensivas, con el consiguiente riesgo para el libre ejercicio de la libertad de expresión que ello conlleva. Olvidando por completo que la limitación de un derecho fundamental, cualquier derecho fundamental y lógicamente también la libertad de expresión no puede realizarse de cualquier forma ni tomando en consideración cualquier fundamento. De hecho, sólo podrán establecerse restricciones (o criminalizar comportamientos, como se prefiera) cuando se afecte al contenido esencial del mismo⁶⁷. O, dicho de otro modo, la limitación o restricción de un derecho fundamental sólo podría proceder de la protección y amparo de otro derecho fundamental o interés que pudiera verse violentado por el ejercicio del primero.

Así, si partimos de que el derecho fundamental que pretende garantizarse con la expansión desmesurada de la criminalización de comportamientos configurados como terroristas, es el derecho a la seguridad, será necesario realizar varias consideraciones. En primer lugar, que es absolutamente necesario para legitimar el castigo de un determinado comportamiento, constatar que el mismo provoca una clara y directa afección de esa seguridad; y ello no puede afirmarse de forma automática respecto de comportamientos que consisten en meros actos comunicativos, de difusión de mensajes o consignas, de expresión de ideas o adhesiones ideológicas, etc., porque ello sería tanto como prohibir el libre pensamiento, la libre expresión o la libertad ideológica.

No debe olvidarse que el art. 1 CE propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, lo que implica que cualquier limitación o restricción de los mismos necesariamente tiene que estar fundamentada en la existencia de una necesidad irrenunciable de proteger otros intereses o valores. El legislador en un Estado democrático de derecho no es libre para hacer uso y/o abuso del Derecho penal “*sino que necesita fundamentar su decisión política de prohibir una conducta y amenazar su verificación culpable con una pena*” en la vulneración de un derecho o interés digno de protección⁶⁸, porque las garantías y derechos fundamentales recogidos en la Constitución “*constituyen*

límites que el poder del Estado no puede sobrepasar. Si los sobrepasa, ya no cabe hablar de Derecho en el sentido moderno del término: la ley que permite que el poder del Estado exceda de los límites que le imponen las libertades constitucionales es una ley que no respeta el Derecho, una ley jurídicamente inválida”⁶⁹. De este modo, se convierte en absolutamente necesaria la identificación de ese otro derecho o interés con el que presuntamente colisiona la libertad de expresión de modo que la emisión y/o difusión de un determinado discurso, lesiona o, al menos, pone en riesgo el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de otros sujetos. Por ello, señala acertadamente CARBONELL MATEU⁷⁰ “*el problema no es si la decisión política de prohibir ha de ceder ante un derecho fundamental que prevalece sino si existe un derecho fundamental cuya necesidad de tutela justifica la decisión política de prohibir*”.

Así, el derecho fundamental a la libertad de expresión de un ciudadano no ampararía aquellos casos en los que su ejercicio implicara la lesión o afección de otro u otros derechos merecedores de protección y, en consecuencia, se podría prohibir ese comportamiento en tanto que lesivo para bienes jurídicos, como, por ejemplo, pudiera ser la seguridad en aquellos casos en los que la incitación directa a la realización de actos de violencia determina el peligro claro e inminente de que los mismos se lleven a cabo. De no existir esa necesaria referencia, la prohibición de cualquier tipo de discurso o expresión implicaría la lesión del derecho a la libertad de expresión de modo que no podría entenderse legítimo un tipo penal que consistiera en la prohibición de un determinado discurso o expresión por más ofensivo, hiriente, molesto o antidemocrático que pudiera ser, si no se puede identificar una lesión o peligro para intereses o ámbitos de libertad ajena⁷¹.

Y esto es lo que ocurre, en mi opinión, con el delito recogido en el apartado primero del art. 579 CP, que su configuración como una mera incitación indirecta que resulte idónea para potencialmente poder determinar a otros sujetos, dependiendo de las circunstancias concretas, a llevar a cabo o no delitos de terrorismo, sin mayores restricciones que la mera existencia de un acto comunicativo con un contenido que nos resulta hostil o peligroso implica la criminalización de conductas que no conllevan lesión ni peligro alguno ni para la liber-

67 DE DOMINGO PÉREZ, “La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales”, ob. cit., págs. 277 y 278.

68 CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal”, ob. cit., pág. 1414.

69 VIVES ANTÓN, “Garantías constitucionales y terrorismo”, en *Terrorismo, Sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia 2018, pág. 28.

70 CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal”, ob. cit., pág. 1416.

71 Señala VIVES ANTÓN, “Garantías constitucionales y terrorismo”, ob. cit., pág. 28 que “*la libertad necesita el espacio más amplio posible: su único límite ha de ser el respeto a la misma libertad en todos los demás*”.

tad ni para otros derechos fundamentales del resto de los ciudadanos, respondiendo en realidad a una más o menos desafortunada, más o menos reprochable, o más o menos peligrosa expresión de opiniones o ideas, y, por ello, al ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁷²; porque este derecho fundamental, sobre todo cuando guarda relación con la expresión de ideas políticas (sean éstas las que sean), no es un derecho más, sino como ya señalamos, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y el fundamento de un Estado democrático, que sólo puede verse afectado en aras de evitar la vulneración de otro valor o derecho fundamental.

El discurso o algunas expresiones pueden no ser deseables o, incluso, desde todo punto de vista ser rechazables y reprochables, pero ello no implica que se pueda prohibir su manifestación. Es necesario la concurrencia de un plus añadido que permita empezar a plantearse la legitimidad de este tipo de figuras delictivas, y que podría identificarse con la incitación al delito⁷³ que conlleve un peligro claro e inminente para los derechos de otros, de manera que sólo esta circunstancia adicional permitiría afirmar que quedarían fuera de la protección otorgada por el derecho a la libertad de expresión y, en consecuencia, su tipificación y castigo sería legítimo⁷⁴.

Desde este planteamiento, la existencia de las modalidades típicas contenidas en el art. 579 CP resultan, a mi parecer, absolutamente innecesarias; por una parte, porque la mayor parte de ellas ya encuentran (y encuentran) adecuada y suficiente respuesta en el ordenamiento jurídico penal mediante la aplicación de figuras delictivas ya existentes, los arts. 17 y 18 CP, y respecto de aquellos supuestos en los que se trata de sancionar la emisión de ideas, expresiones, discursos, consignas o mensajes que alienten, apoyen o animen a otros para que se autodeterminen a la realización de actos violentos que *per se* no representan ningún peligro o lesión específico y concreto, distinto del genérico que puede implicar cualquier expresión pública de ideas, su criminalización determinaría una innegable colisión y una consecuente lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Aceptar restricciones o limitaciones del derecho a la libertad de expresión, por la simple razón de que el contenido del discurso o mensaje implica un apoyo ideológico a algo tan reprochable como el fenómeno del terrorismo, entraña un elevado riesgo de relativización de los derechos fundamentales, al pretender que el contenido de los mismos quede reducido a aquellas formas de ejercicio que carezcan de ofensividad o sean inocuas para otros bienes o derechos, dado que la mayor o menor amplitud del derecho fundamental (a la libertad de expresión) no puede vincularse a la peligrosidad de la expresión o discurso⁷⁵, porque obviamente, desde la perspectiva de quien discrepa con su contenido, siempre será peligroso al manifestar o difundir ideas u opiniones que no comparte y/o que rechaza. Por ello, “*la lesividad de las conductas expresivas hostiles no puede erigirse en argumento suficiente ni para excluir las del ámbito protegido de la libertad de expresión, ni, tampoco, para legitimar, sin más, la sanción penal*”⁷⁶.

La forma de enfrentar los posibles conflictos que se pudieran plantear a consecuencia de la emisión y/o difusión de determinados mensajes peligrosos, hirientes, hostiles o antidemocráticos, desde el respeto a la libertad (de expresión, ideológica, de información, etc.), tiene su punto de partida en la identificación del contenido y ámbito de ejercicio de ese derecho fundamental, a fin de poder concretar qué conductas responderían a su ejercicio legítimo y cuales quedarían al margen del mismo⁷⁷.

III. ALGUNAS CONCLUSIONES

Los ejemplos que he analizado, y otros muchos, como el enaltecimiento de determinadas personas o comportamientos, la colaboración con organizaciones y grupos terroristas, etc., permiten exponer claramente los lineamientos de la actual regulación penal en materia de terrorismo en respuesta a las tendencias político criminal de prevenciónismo y seguridad que ya hemos puesto de relieve y en las que se identifican dos características principales: un adelantamiento desmesurado de la intervención penal, y una expansión injustificada de la misma; la finalidad sería la pretensión de una seguridad de la sociedad, de manera que cualquier normativa que se piense que podría ser eficaz, se convertirá de

72 VIVES ANTÓN, “Garantías constitucionales y terrorismo”, ob. cit., pág. 30.

73 VIVES ANTÓN. “Garantías constitucionales y terrorismo”, ob. cit., pág. 30.

74 Así, por ejemplo, ALCACER GUIRAO, “Opiniones constitucionales”, *InDret*, 1/2018, enero 2018, pág. 12, señala que deberían quedar al margen de la protección constitucional “*supuestos de incitación directa a actos concretos de violencia, de amenazas proferidas cara a cara —fighting words— o de injurias y calumnias proferidas sobre personas concretas*”; DE DOMINGO PÉREZ, “La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales”, ob. cit., pág. 294.

75 CUERDA ARNAU, “Terrorismo y libertades políticas”, en *Teoría y Derecho*, nº 3, 2008, pág. 88.

76 ALCACER GUIRAO, “Opiniones constitucionales”, ob. cit., pág. 15.

77 En el mismo sentido, DE DOMINGO PÉREZ, “La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales”, ob. cit., pág. 293.

manera automática en “legítima” desde la perspectiva del Estado. Con ello, olvidamos, sin embargo, que para el Estado de Derecho y la “seguridad” de los ciudadanos es mucho más lesiva y peligrosa una legislación excepcional encaminada a la inoquización/eliminación del delincuente, que el delincuente mismo y sus acciones, terrorismo incluido. De hecho, el resultado será paradójicamente el mismo, la vulneración de todos los derechos, incluida la seguridad, sólo que ésta no se verá vulnerada por los terroristas, sino por el aparato estatal, en tanto que se aplican consecuencias jurídico-penales y procesales de naturaleza excepcional a una amplísima constelación de fenómenos radicalmente diferentes entre sí, y que la mayor parte de las veces sólo tienen por nexo común la mera disidencia o discrepancia política.

La amenaza más grave para el Estado de Derecho y para los derechos, libertades y garantías inherentes al mismo proviene de la propia respuesta que Estados y gobiernos que “flexibilizan” unos derechos en aras de “proteger” otros derechos. Las acciones y atentados terroristas tienen, todo lo más, una alta capacidad de ocasionar destrucción y terror pero ni atentan ni pueden hacerlo contra el sistema de derechos y garantías de los ciudadanos, contra el sistema que se deriva de un Estado de Derecho, ni poner en peligro real serio y grave nuestra seguridad o nuestro sistema social. Por el contrario, las estrategias antiterroristas que implantan los Estados, y que resultan incompatibles con los derechos y garantías recogidos en las Constituciones, sí que implican un foco de peligro para la democracia, sí reúne esa potencialidad una lucha contra el terrorismo teñida de excepcionalidades y restricciones de las garantías, que puede llegar a dañar y a destruir el fundamento mismo del Estado de Derecho.

En aras de la defensa de un Estado de Derecho y de los principios básicos del mismo, la intervención penal del Estado y la interpretación de los tipos penales debe ser lo menos invasiva y restrictiva posible para el derecho fundamental⁷⁸. Y ésta sólo puede ser la de impedir cualquier restricción del contenido esencial de la libertad de expresión, de modo que sólo cuando la conducta (discurso) concreto conlleve una incitación directa a la afeción de otros derechos o intereses ajenos podrá prohibirse penalmente, en tanto que ya no es libertad de expresión, y determinará cual debe ser la interpretación del tipo penal. Porque la respuesta penal se debe reservar para los supuestos realmente graves por implicar una intromisión en derechos o bienes jurídicos ajenos, evitando que el precepto se convierta en una clara amenaza para la libertad de expresión que permita interpretaciones extensivas y se aplique a conductas

que constituyen una manifestación de la libertad de expresión, pero que pueden resultar molestas, ofensivas, perturbadoras o hirientes.

A pesar de todo lo expuesto hasta el momento, la realidad legislativa actual implica que la sociedad está dispuesta a aceptar cualquier tipo de legislación que, en apariencia, parezca garantizar un mayor grado de seguridad frente a cualquier tipo de amenazas. El temor a perder o a cambiar esta estructura social que conocemos y que se pretende que sea la única válida, implica que se de una especie de “carta blanca” al Estado para que garantice su subsistencia. Hemos pasado de la Sociedad del riesgo a la Sociedad del miedo, que “legítima” las vulneraciones de un Estado de Derecho.

El problema es, como ya hemos dicho, que el único peligro para el Estado de Derecho viene de la actuación sin límites del propio Estado, y a eso es a lo que realmente debería tenerse miedo. La divergencia y la discrepancia son manifestación de los principios básicos del Estado de Derecho, la libertad esencialmente; su inoquización, por el contrario, es manifestación de la “muerte” del Estado de Derecho.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALCACER GUIRAO, “Opiniones constitucionales”, *InDret*, 1/2018, Enero 2018.
- BERNAL DEL CASTILLO, “Una visión crítica del nuevo delito de provocación al terrorismo del art. 579.1”, en *Revista de Derecho Penal*, n.º 33, 2011.
- CANCIO MELIA, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, 2010, pág. 17.
- CANO PAÑOS, “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *Estudios sobre el Código penal reformado (leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Dykinson, Madrid, 2015.
- CAMPO MORENO, *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, Valencia 2015.
- CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación de las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»”, en *Liber Amicorum, Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan María Terradillos Basoco*, Valencia, 2018.
- CUERDA ARNAU, “Proporcionalidad penal y libertad de expresión. La función dogmática del efecto desaliento”, en *Revista general de Derecho penal*, n.º 8, 2007, pág. 30.

78 CUERDA ARNAU, “Proporcionalidad penal y libertad de expresión. La función dogmática del efecto desaliento”, en *Revista general de Derecho penal*, n.º 8, 2007, pág. 30.

- “Terrorismo y libertades políticas”, en *Teoría y Derecho*, nº 3, 2008.
- *Derecho Penal, Parte especial*, GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), 5º ed., revisada y actualizada a la Ley orgánica 1/2015, Valencia, 2016.
- DE DOMINGO PÉREZ, “La lucha contra el «discurso del odio» desde el respeto a los derechos fundamentales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid 2017.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, *El discurso del odio. Análisis del art. 520 del Código penal*, Tirant, Valencia 2018.
- GALÁN MUÑOZ, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho Penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, en *Revista Penal*, nº 46, 2020., págs. 45 y 46.
- “Unión Europea y represión penal del discurso terrorista. ¿Origen, excusa o posible referente restrictivo?”, en *Estudios Jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, González Cussac (direct.), Valencia, 2020.
- “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y titiriteros?”, en *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Mendoza CALDERÓN/Galán Muñoz (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015”, en GONZÁLEZ CANO (direct.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, 2015.
- GARCÍA DEL BLANCO, “Delitos de terrorismo, cumplimiento de pena y separación de poderes: el caso «De Juana Chaos»”, en *La Ley penal*, nº 41, Septiembre 2007.
- GOMEZ RIVERO, en *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte general*, Gómez Rivero/ Martínez González/Núñez Castaño, 4ª ed., Tecnos 2019.
- GORRIZ ROYO, “Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de la LO 1/2019, de 20 de febrero y de la Directiva 2017/541/EU: ¿europeización del Derecho penal del enemigo?”, en *RECPC*, 22-01, (2020)
- LLABRÉS FUSTER, “La nueva regulación de la proposición para delinquir (art 17.2)”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015*.
- MENDOZA CALDERÓN, “La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. Estrategias de actuación penal conforme al Tratado de Lisboa y respuestas legislativas”, en *Revista Penal*, nº 41, Enero 2018.
- MIR PUIG, *Derecho Penal, parte general*, 10ª ed., Editorial Reppetor, Barcelona, 2015.
- MUÑOZ CUESTA, “Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541, de 18 de marzo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2017, Cizur Menor, 2017.
- NUÑEZ CASTAÑO, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte general*, 4ª ed. Gómez Rivero/ Martínez González/Núñez Castaño, Tecnos, 2019.
- PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, en *Terrorismo, Sistema Penal y Derechos Fundamentales*, ALONSO RIMO/ CUERDA ARNAU/ FERNANDEZ HERNÁNDEZ (direct.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PORTILLA CONTRERAS, “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid 2017.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, “Atentados yihadistas y nueva configuración de los delitos de terrorismo”, *Diario La Ley*, nº 8932, Sección Doctrina, 2 de Marzo de 2017, La Ley 2122/2017, p. 6/13,
- TERUEL LOZANO, “Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo”, *InDret*, 3/2018.
- VIVES ANTÓN, “Garantías constitucionales y terrorismo”, en *Terrorismo, Sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia 2018.