

ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO, INCITACIÓN A
LA VIOLENCIA Y CLIMAS DE OPINIÓN
GLORIFICATION OF TERRORISM, INCITEMENT TO
VIOLENCE AND CLIMATE OF OPINION

Rafael Alcácer Guirao

*Profesor Titular de Derecho penal
Universidad Rey Juan Carlos*

RESUMEN

Frente a la interpretación mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que entendía el delito de enaltecimiento del terrorismo como un ilícito ofensivo, la STC 112/2016, de 20 de junio, restringió su aplicación a los casos en que concurriera una incitación, siquiera indirecta, a la violencia. No obstante, la comprensión de la incitación indirecta como la creación de climas ideológicos conlleva realmente el mantenimiento de la previa concepción del delito como un ilícito meramente ofensivo, lo que supone una limitación desproporcionada de la libertad de expresión. Es preciso, por ello, adoptar un criterio más restrictivo de la incitación indirecta a la violencia y exigir, en este sentido, la concurrencia de un riesgo inminente de realización de actos de terrorismo como elemento integrante del tipo. Pronunciamientos recientes como la STC 35/2020, de 25 de febrero (*asunto César Strawberry*) o la STEDH *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 de junio de 2021 permiten abonar esa línea restrictiva, aun cuando el tenor literal del precepto dificulta la adopción de tal interpretación.

PALABRAS CLAVE

Enaltecimiento del terrorismo, discurso de odio, libertad de expresión, delitos de clima, incitación a la violencia.

ABSTRACT

Contrary to the majority interpretation of the Second Chamber of the Supreme Court, which understood the crime of glorification of terrorism as an offense, STC 112/2016, June 20 restricted its application to cases in which there is an incitement, even indirect, to violence. However, the understanding of indirect incitement as the creation of ideological climate actually entails maintaining the previous conception of the crime as a mere offense, incurring in a disproportionate limitation of freedom of expression. It is therefore necessary to adopt a more restrictive criterion of indirect incitement to violence, requiring an imminent risk of terrorist acts. More recent rulings such as STC 35/2020, February 25 (*César Strawberry case*) or the STEDH *Erkizia Almandoz vs. Spain*, June 22, 2021, make it possible to support this restrictive line, even though the literal wording of the precept makes it difficult to adopt such an interpretation.

KEY WORDS

Glorification of terrorism, hate speech, freedom of expression, climate crimes, incitement to violence.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.037>

ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO, INCITACIÓN A LA VIOLENCIA Y CLIMAS DE OPINIÓN

Rafael Alcácer Guirao

Profesor Titular de Derecho penal
Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: 1. El delito de enaltecimiento como discurso ofensivo. 2. El delito de enaltecimiento como discurso incitador. 2.1. Criterios de evaluación del riesgo. 2.2. La incitación indirecta. 3. Climas sociales. 3.1. Peligro estadístico. 3.2. La creación de climas como lesividad inherente al discurso de odio. 4. ¿Protección de climas sociales por el derecho penal? 4.1. La criminalización de la «violencia ambiental». 4.2. Crítica a la protección de climas sociales. 5. ¿Protección de valores? 6. Otra lectura de la incitación indirecta: de nuevo Strawberry y Erkizia. 6.1. La STC 35/2020, de 25 de febrero y la finalidad de incitar. 6.2. La STEDH *Erkizia Almandoz c. España* y la exigencia de un contexto de riesgo. Notas. Bibliografía.

1. EL DELITO DE ENALTECIMIENTO COMO DISCURSO OFENSIVO

La libertad de expresión se desenvuelve entre dos márgenes: el de la incitación a la violencia, conducta expresiva inequívocamente excluida de su legítimo ejercicio (STC 112/2016, de 20 de junio; SSTEDH *Perinçek c. Suiza*, de 15 de octubre de 2015; y *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 de junio de 2021), y el de la mera transmisión de ideas, conducta indiscutiblemente incardinada en su contenido protegido, máxime cuando se trata de ideas sobre asuntos de relevancia pública¹. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que «[...] nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana» (STC 235/2007, de 7 de noviembre).

Como no podría ser de otro modo, ambos márgenes habrán de determinar también la interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP). Desde su introducción tras la reforma operada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, la mayoría de la doctrina ha puesto en duda su constitucionalidad —o, al menos, su oportunidad político-criminal— por considerar que lo que el tipo penal del enaltecimiento castiga no es sino la transmisión de ideas —sin duda execrables, pero de índole política y, por ello, amparadas por el derecho fundamental—. Tales dudas venían dadas no solo porque su tenor literal dificultara la introducción por vía exegética elementos de incitación², sino también porque la *voluntas legislatoris* plasmada en la exposición de motivos de la citada ley parecía realmente asumir que el reproche penal se dirigía contra aquellos «[...] actos que producen perplejidad e indignación en la sociedad».

Esta concepción del enaltecimiento como un ilícito meramente *ofensivo* ha sido acogida por la mayoría de la jurisprudencia hasta tiempos recientes³. Conocidos pronunciamientos judiciales como las condenas a *César Strawberry* (STS 4/2017, de 18 de enero) o a *Pablo Hasél* (STS 135/2020, de 7 de mayo) son —más allá de la confusa retórica de la segunda— exponentes de esa concepción del delito de enaltecimiento⁴.

La estrategia dialéctica seguida por esa jurisprudencia —y por algún sector doctrinal— para soslayar las dudas de constitucionalidad ha sido considerar el enaltecimiento como una forma de «discurso de odio»: una vez que este ha sido caracterizado por el TEDH como un límite negativo al legítimo ejercicio de la libre expresión⁵, basta con etiquetar de ese modo el enaltecimiento para justificar su reprochabilidad penal⁶. Asumiendo esta concepción, Bernal del Castillo sostiene que «[...] la naturaleza del discurso del odio tiene la virtualidad de reconocer un contenido de injusto de cierta entidad a esta figura de apología del terrorismo»; «con esta premisa —prosigue el autor—, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo consideran que el delito de enaltecimiento del terrorismo o de sus autores se justifica no porque implique una provocación directa o indirecta a cometer delitos concretos de terrorismo, sino en cuanto entraña un apoyo objetivo a los fines terroristas, influyendo positivamente en el mantenimiento o apoyo del entorno que sustenta el terrorismo mediante actos concretos». Como el propio Bernal enfatiza acto seguido, tal influencia no tiene que acreditarse en el caso concreto, sino que ha de presumirse en toda conducta expresiva que ensalce o justifique actos terroristas⁷.

Tras el asunto de la quema de las fotos del rey y el bochorno provocado por la sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (STEDH de 13 de marzo de 2018), deben rechazarse los abusos nominalistas en los que suele incurrirse mediante la utilización del «discurso del odio» como justificación retórica de la sanción penal⁸. En todo caso, ese falaz recurso no logra enmascarar la precaria legitimidad de la citada interpretación del artículo 578 CP. Desde esta perspectiva hermenéutica, la ilicitud del delito de enaltecimiento se fundamenta en la mera identificación o anuencia ideológica con el terrorismo, y su lesividad se agota en la afectación a sentimientos colectivos, en la ofensa a la moral colectiva⁹. Lo que se sanciona es, en suma, la transmisión de ideas execrables.

2. EL DELITO DE ENALTECIMIENTO COMO DISCURSO INCITADOR

2.1. CRITERIOS DE EVALUACIÓN DEL RIESGO

La alternativa a esa línea exegética es considerar el enaltecimiento como la manifestación de un *discurso incitador*. Esa fue la concepción acogida por la STC 112/2016, de 20 de junio, que marcó un importante punto de inflexión en la aplicación del artículo 578 CP. Aunque sin abandonar la retórica del discurso del odio, en dicha sentencia nuestro Tribunal Constitucional estableció que la injerencia en la libre expresión que pueda suponer la condena por el enaltecimiento solo será legítima en la medida en que las conductas expresivas «[...] puedan propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades».

Con esa interpretación constitucional del precepto, el Tribunal vendría a alinearse, al menos formalmente, con el estándar europeo, que aparece plasmado en la actualidad en la Directiva (UE) 2017/541, de 15 de marzo, cuyo artículo 5 limita la tipificación de la apología del terrorismo a los casos en que «[...] incite directa o indirectamente [...] a la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos».

Esa concepción presenta menores fricciones con el contenido protegido por la libertad de expresión, dado que, según la misma, el tipo penal abarcaría conductas que, en cuanto dirigidas a incitar a actos ilícitos, han de quedar *prima facie* fuera del ámbito protegido por el derecho. Ahora bien, ello dependerá del umbral de riesgo que se considere suficiente para justificar la imposición de la sanción penal.

Como primera aproximación, podríamos acudir a los dos criterios que, en diferentes épocas, ha utilizado el Tribunal Supremo americano para determinar las conductas expresivas excluidas de la protección de la libre expresión: el *bad tendency test* y el *Brandenburg test*.

El *Brandenburg test* establece la necesidad de que concurra un *direct incitement to a clear and present danger*, y exige, por tanto, la concurrencia de dos requisitos: la idoneidad de la conducta expresiva para inducir a actos violentos graves y la expectativa de inmediatez de tales actos violentos¹⁰. Un supuesto paradigmático de esa incitación *directa* sería el ejemplo del tratante de grano expuesto por Stuart Mill en *On Liberty*: la opinión de que los negociantes de trigo son los que matan de hambre a los pobres será adecuada para incitar a actos inmediatos de violencia cuando se expresa ante una multitud exaltada reunida delante de la casa de un comerciante de trigo¹¹.

El *bad tendency test* es, en cambio, mucho menos exigente. Este criterio surgió en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense durante los años veinte para combatir la disidencia política comunista y, en particular, para luchar contra los opositores a la Primera Guerra Mundial, a través de la aplicación de la Espionage Act y la Seditious Act¹². Como su propio nombre sugiere, dicho parámetro de enjuiciamiento estableció que para justificar la restricción de la libertad de expresión era suficiente que pudiera argumentarse que en la conducta expresiva anidaba una *tendencia general* a la incitación de actos violen-

tos o ilegales o, más en general, a la alteración de la estabilidad social. El sentido de esta fórmula queda inmejorablemente expresado en las palabras utilizadas en *Gitlow vs. New York* para avalar la condena de un miembro del partido comunista por distribuir unos panfletos en los que se defendía el derrocamiento de la democracia parlamentaria a través de la revolución del proletariado:

«Una sola chispa podría encender un fuego que, ardiendo por un tiempo, podría estallar en una destructiva conflagración. No puede afirmarse que el Estado actúa arbitraria o irrazonablemente cuando, en el ejercicio de su propio juicio respecto de las medidas necesarias para proteger la paz y la seguridad pública, busca extinguir la chispa sin esperar a que haya encendido la llama».

Si la finalidad es extinguir la chispa antes de que surja la llama, bastará que la conducta expresiva pueda generar una mera expectativa lejana de reacciones violentas; en realidad, será suficiente que el contenido del mensaje pueda suscitar un clima de alteración social. Ya no será necesario que el mensaje incendiario se dirija a una multitud exaltada reunida frente a la casa de comerciante de grano; bastará que la opinión de que los comerciantes, de trigo son los que matan de hambre a los pobres se difunda con cierta profusión en la prensa.

Desde este estándar de enjuiciamiento —presente en la jurisprudencia del TEDH—, el acento se pone antes en el propio contenido del mensaje que en sus efectos sociales, en la medida en que, respecto a estos, no se descende a las circunstancias concretas del caso, sino que se asume o presume que la conducta expresiva es, por el contenido del mensaje y con carácter general, idónea para producir episodios de violencia o discriminación y, por tanto, para alterar la estabilidad de una sociedad democrática¹³.

2.2. LA INCITACIÓN INDIRECTA

El criterio del *bad tendency test* se asemeja, a mi juicio, al que ha venido aplicándose bajo la noción de la incitación *indirecta*. Con carácter general, este estándar de riesgo ha sido considerado suficiente para legitimar la sanción penal de las conductas expresivas. Así, como acabo de mencionar, la propia Directiva (UE) 2017/541 prevé la posibilidad del castigo de la apología cuando incite directa o *indirectamente* a la comisión de actos terroristas. De igual modo, la citada STC 116/2016 considera que el enaltecimiento del terrorismo merece sanción penal cuando, «aunque sea de manera indirecta», genere una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros, o para el propio sistema democrático. El origen inmediato de ese criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional está en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que fundó la constitucionalidad del delito de justificación del genocidio (en la versión del artículo 607.2 CP) en el efecto incitador que, indirectamente, podía generar: «[...] tratándose de la expresión de un juicio de valor (justificación del genocidio), sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el

legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión»¹⁴.

¿Pero qué debe entenderse por incitación indirecta? Como he adelantado, en la interpretación que nuestro Tribunal Constitucional hace de ese criterio se encuentran trazas del *bad tendency test*, para el que basta con que la propagación del mensaje hostil o apologético pueda generar una tendencia a la emulación de actos ilícitos¹⁵. Concretamente, las citadas sentencias han equiparado esa incitación indirecta con la creación de una atmósfera o un clima que propicie esa tendencia genérica. La equiparación entre la incitación indirecta a la violencia con la creación de climas se refleja con claridad en la STC 112/2016¹⁶:

«Incitar a la violencia supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta perspectiva, acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo».

Y, a su vez, esa equiparación está ya presente en la STC 235/2007: en ella se legitima la sanción penal de la conducta de justificación del genocidio siempre que «[...] represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación»¹⁷.

3. CLIMAS SOCIALES

3.1. PELIGRO ESTADÍSTICO

Como puede apreciarse, con este criterio de valoración ya no estamos ante la incitación a una situación inmediata de riesgo; por el contrario, entre el acto considerado incitador y el riesgo inminente de realización de conductas violentas o discriminatorias habría una instancia intermedia consistente en la creación de determinada atmósfera social de inestabilidad que sería la que, a su vez, podría dar lugar a la incitación de conductas peligrosas para bienes jurídicos.

Si intentáramos encajar esta estructura en las categorías clásicas, podríamos afirmar que, en contraste con la peligrosidad concreta que, de acuerdo con el *Brandenburg test*, se exige a la incitación directa para que sea considerada tal, en el caso de la incitación indirecta generada a través de esos «climas predelictivos» estamos, como mucho, ante un peligro estadístico basado en meras presunciones. En relación con este segundo tipo de incitación, Fuentes Osorio ha afirmado que «[...] se construye sobre una doble presunción: la conducta que manifiesta un ánimo aversivo puede crear climas de enemistad, hostilidad o antipatía; estos climas son predelictivos, es decir, pueden conducir a la producción de futuros delitos. Así, mediante este doble juicio de potencialidad causal (respecto a la hostilidad y al daño), se afirma que estadísticamente son conductas criminógenas que se asocian con la posterior realización de actividades delictivas o que poseen las características de estados que desencadenan estas conductas delictivas posteriores»¹⁸.

Con arreglo a ese criterio, ya no será necesario afirmar (o probar) que la concreta acción es idónea para generar un riesgo a través de la incitación, sino que se parte de la presunción de que una determinada clase de conductas genera esa proclividad. El problema esencial estriba en que a través de este criterio resulta imposible diferenciar niveles de lesividad entre distintas modalidades típicas: así, atendiendo a las previstas en el artículo 510 CP, tan peligrosa será la incitación indirecta a la violencia como la *incitación directa o indirecta al odio*, puesto que (así se presume) también este último grupo de conductas puede generar ese «caldo de cultivo» predelictivo. De igual modo, mediante la aplicación de ese parámetro resulta imposible discriminar qué conductas de justificación del terrorismo —o enaltecimiento de sus autores— pueden generar ese efecto incitador, puesto que se parte de la presunción de que *toda* conducta con esas características contribuye a crear ese «caldo de cultivo» del que habla la STC 112/2016.

3.2. LA CREACIÓN DE CLIMAS COMO LESIVIDAD INHERENTE AL DISCURSO DE ODIO

Lo cierto es que, si hubiera que sintetizar en una sola imagen la lesividad inherente a los ilícitos expresivos, podríamos recurrir a la de la *creación de climas*. Más allá de los supuestos de incitación directa a la comisión de conductas delictivas, los autores que se han aproximado al fenómeno estiman que lo característico de las formas más conspicuas de discurso del odio sería el efecto consistente en la creación de una atmósfera difusa y fluida de rechazo o aversión hacia determinados grupos que, asentando estereotipos y modificando actitudes en la ciudadanía, podría llegar a producir efectos lesivos de diversa índole.

Así, de una parte, los textos internacionales sobre el discurso del odio destacan ese aspecto. Baste citar, a título ilustrativo, la Recomendación núm. 15 de la ECRI, que parte del siguiente presupuesto:

«El discurso del odio perjudica a la sociedad en su conjunto. No solo tiene un impacto negativo en el carácter del discurso público. Es más importante el clima de hostilidad e intolerancia que genera, así como la predisposición a aceptar o excusar la discriminación y la violencia, que divide a la sociedad, socava el respeto mutuo y amenaza la coexistencia pacífica. Así se pone en riesgo el pluralismo que es un requisito esencial para una sociedad democrática».

Por otra parte, el propio artículo 510 CP se sirve igualmente de ese efecto como elemento del subtipo de la justificación del genocidio (art. 510.1 c) CP), así como para agravar la pena de los subtipos de la difamación colectiva (art. 510.2 a) CP) y de enaltecimiento o justificación de delitos de odio (art. 510.2 b) CP) cuando «[...] se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación»¹⁹.

De igual modo, la doctrina ha destacado de modo reiterado que la tipificación del discurso del odio configuraría un «delito de clima»²⁰, y dicho efecto social ha sido vinculado por no pocos autores a un grado de lesividad suficiente para justificar la intervención del Derecho penal. Entre otros, esta concepción es asumida por Jeremy Waldron (2012), que

justifica la necesidad de recurrir a la respuesta penal en la necesidad de combatir la «contaminación» de la atmósfera social que genera el discurso de odio. Waldron está interesado en el *ambiente* que genera la visibilidad de los discursos hostiles y que resulta incompatible con una «sociedad bien ordenada». La visibilidad del odio a través del goteo constante de mensajes discriminatorios genera un «veneno de efecto retardado» que menoscaba progresivamente la seguridad y la confianza de los miembros de los grupos minoritarios en su estatus cívico como personas merecedoras de igual respeto y consideración²¹. Waldron configura el interés afectado por el discurso del odio como un bien colectivo: la confianza en que el igual estatus de ciudadanía constituye un «bien público» difusa y frágilmente vigente en la sociedad, pero esencial para todos, especialmente para aquellas personas pertenecientes a grupos marginados o minoritarios. En cierta medida, afirma Waldron, «[...] estamos hablando de un “bien ambiental” —la atmósfera propia de una sociedad bien ordenada—, así como de las formas en que ha de ser mantenida una cierta ecología del respeto, la dignidad y la confianza, y las formas en que puede ser contaminada»²². Ese carácter difuso del bien protegido conllevará, en consecuencia, formas difusas de lesión; en coherencia con el símil del medio ambiente, Waldron afirma que esa confianza en el reconocimiento como ciudadanos de pleno derecho se irá erosionando progresivamente con la acumulación «contaminante» de mensajes hostiles y discriminatorios²³. Precisamente, las normas restrictivas del discurso del odio aspiran a garantizar la confianza en el respeto a la dignidad mediante el establecimiento de límites a las conductas o mensajes que puedan menoscabarla²⁴.

4. ¿PROTECCIÓN DE CLIMAS SOCIALES POR EL DERECHO PENAL?

4.1. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA «VIOLENCIA AMBIENTAL»

Introducida en la discusión jurídico-penal por Günther Jakobs en 1985, la categoría de los «delitos de clima» hace referencia a determinados delitos consistentes en actos comunicativos susceptibles de generar una atmósfera favorable a la comisión futura de hechos delictivos: el fundamento de su sanción se basaría en el hecho de que «[...] se crea un “clima” en el que pueden prosperar delitos de la misma índole que el que ha sido objeto de aprobación»²⁵. La lesividad basada en la creación de climas presenta dos características. En primer lugar, el efecto inmediato de la acción comunicativa consiste en el fomento de *actitudes, emociones o sentimientos* en los ciudadanos, ya sea de subordinación (víctimas del odio), ya sea de dominación o identificación (potenciales infractores), que conformarán ese clima social. En segundo lugar, la producción de tales climas sociales presupone la *acumulación* de las expresiones de odio. Un solo acto expresivo de hostilidad carece de la entidad suficiente para crear ese clima social, y menos aún, por tanto, para generar el riesgo de realización de actos hostiles²⁶. Tal como hemos visto, para Waldron el presupuesto de esa «contaminación» es ese «goteo continuo» de mensajes hostiles, y su lesividad la típica de un «veneno de efecto retardado».

Entendida de ese modo, la sanción penal del enaltecimiento o del discurso del odio como delito de clima a partir de esa incitación indirecta o mediata se sustenta en una justificación muy precaria, dado que no reúne los requisitos mínimos de legitimidad exigidos por un Derecho penal liberal. En particular, plantea muchas dudas a la luz del principio de lesividad, pues pretende justificar la condena de conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico y en función de una contribución a un daño remoto que, tomada individualmente, apenas posee potencialidad lesiva; pero también presenta serias dudas desde el prisma del principio de culpabilidad, dado que ese daño acumulativo presupone fundar la responsabilidad *ex iniuria terti*²⁷.

No pocos autores han planteado si la complejidad social y tecnológica inherente a las actuales sociedades postindustriales y multiculturales exige adoptar criterios alternativos de responsabilidad para modular o matizar las exigencias derivadas de los principios de lesividad y culpabilidad. En el ámbito iusfilosófico, y en directa relación con el discurso extremo, Iglesias (2003) ha propugnado la necesidad de encontrar nuevos criterios de responsabilidad para el fenómeno que denomina «violencia ambiental», que se manifiesta especialmente en ámbitos como el terrorismo o la xenofobia y genera «[...] formas de violencia [que] no pueden ser adecuadamente comprendidas sin prestar atención a una amplia coyuntura de razones para la acción y actitudes compartidas que respalda, alienta, tolera o permite la producción de daños». Más específicamente, Iglesias sostiene que «[...] el germen de la violencia ambiental son aquellos contextos en los que las actitudes, emociones y creencias que un grupo de personas comparte determina negativamente su percepción de otras personas o grupos. La violencia ambiental se produce cuando estas actitudes compartidas acaban destruyendo, fruto de la propia dinámica colectiva y de su poder de transformación actitudinal, la capacidad de ponerse en lugar del otro o, incluso, de ver al otro como persona. En estos ámbitos de interacción social, el lenguaje altamente emotivo junto con la formación de estereotipos, patrones de conducta e imágenes despersonalizadas acaban generando un clima propicio para la producción de daños».

Iglesias reconoce que la violencia ambiental constituye un fenómeno complejo, por cuanto su «[...] núcleo principal son, más que acciones concretas, un cúmulo de actitudes e inclinaciones compartidas donde resulta muy difícil establecer relaciones causales con los daños que evaluamos jurídica y moralmente»²⁸, y afirma que la sanción de tales actos no encajaría en el esquema de responsabilidad del liberalismo, basado en la prioridad de la libertad de expresión y en el principio del daño²⁹. Pese a ello, propone la necesidad de salir de ese esquema tradicional y de dotar de mayor relevancia moral —y, en su caso, jurídica— a las emociones y actitudes, y a su progresiva implantación social. La interacción grupal «[...] transforma el tipo de actitudes y convicciones que poseen los individuos y la fuerza con la que las mantienen y, por otra, facilita la producción de resultados lesivos a partir de crear climas propicios para la producción de daños»³⁰. En relación con la dimensión grupal implicada en estas conductas, la autora realiza la siguiente observación: «Los sujetos, arropados por la dinámica grupal, pueden invertir la prioridad de valores, generar estereotipos, disminuir sus escrúpulos y sensibilidad moral, con lo que acaban realizando

actos que nunca hubieran emprendido sin la influencia del grupo. Esta estrecha relación entre el grupo y los actos de sus miembros torna insuficiente adoptar una dimensión estrictamente individual en el análisis y valoración de un resultado lesivo. En suma, las actitudes y razones, cuando son compartidas dentro de un grupo, tienen una trascendencia práctica difícil de negar. Tomar en serio este punto exige replantear la cuestión de la responsabilidad por los daños producidos en estos contextos»³¹.

Extrapolada a la regulación jurídica, esa responsabilidad adoptaría la forma de «ilícitos cumulativos». A juicio de Iglesias, si se toma en serio la prevención del terrorismo o del racismo, dicha figura ha de ser perfectamente legítima: «Dado que estos ilícitos han sido pensados para daños a gran escala como los relacionados con el ecosistema, podríamos preguntar lo siguiente: si estamos dispuestos a aceptar la creación de ilícitos cumulativos para proteger el medioambiente, ¿no estaría incluso más justificado aceptarlos cuando lo que está en juego son daños a personas? ¿No resultaría chocante que, adoptando esta perspectiva, prohibiéramos arrojar una lata a un río y que no nos pareciera legítimo, por contra, hacer lo mismo en un caso como el de las expresiones xenófobas?»³².

4.2. CRÍTICA A LA PROTECCIÓN DE CLIMAS SOCIALES

No comparto el planteamiento de Iglesias³³. Disiento de la tesis según la cual el daño acumulativo constituye, sin más, un grado de lesividad suficiente para justificar el reproche penal y, en particular, discrepo de la idea de que pueda configurar un injusto penal en el ámbito de las conductas expresivas. A mi entender, la equiparación que Iglesias realiza entre los delitos contra el medio ambiente y el discurso del odio —y que, como vimos, estaba también presente en la propuesta de Waldron— es falaz al menos por las siguientes razones. Primero, porque en los daños medioambientales la contribución causal de cada acto, por mínimo que sea, al deterioro del medio ambiente es empíricamente demostrable, mientras que en el ámbito del discurso hostil la pretendida relación causal entre un insulto racista y la realización de actos de discriminación u hostilidad es imposible de acreditar empíricamente, dado que se basa en premisas de sentido común o en equiparaciones anacrónicas entre hechos históricos³⁴. Segundo, porque, a diferencia de los delitos contra el medio ambiente, en el discurso del odio el efecto causal que se predica de la creación de climas presupone la intervención de la voluntad de personas libres como piezas de esa cadena causal³⁵. Tercero, porque el efecto lesivo de cada acto contaminante es inmodificable una vez que ha acontecido, mientras que el efecto comunicativo de cada conducta expresiva, dada su naturaleza simbólica, puede ser contrarrestado con otros actos comunicativos (*counterspeech*). Cuarto, porque la realización de los actos contaminantes no está enmarcada en el ejercicio de derecho fundamental alguno, mientras que los actos expresivos propios del discurso del odio o el enaltecimiento conforman el contenido *prima facie* protegido de la libertad de expresión.

Esta última es, quizá, mi mayor discrepancia de fondo con los planteamientos de Iglesias. Para la autora, la justificación de la responsabilidad por actos que, cumulativamente, pueden conformar climas de opinión hostil hacia ciertos grupos presupone una reducción

del nivel de protección de la libertad de expresión. Sostiene, así, que el carácter preferente de la libertad de expresión en el liberalismo tradicional responde a la desconfianza ante la posibilidad de que el Estado pueda censurar a las minorías disidentes; pero, aun asumiendo que una sociedad democrática presupone que todos los individuos podrán ser escuchados, considera que «[...] cuando una sociedad, gracias a instrumentos como la libertad de expresión, alcanza este nivel cuantitativo de participación, también empieza a estar preparada para dar un salto cualitativo en su concepción de qué es lo que exige una comunidad de personas libres e iguales. Una vez hemos garantizado que todos tienen la posibilidad de participar, podemos trasladar nuestra preocupación a la cuestión de la calidad tanto de esta participación como de un debate entre personas que merecen igual consideración y respeto». Desde esta nueva perspectiva, concluye: «[...] la mera expresión ya no aparece como algo tan sacrosanto y resulta legítimo evaluar los discursos a partir de sus efectos subordinantes»³⁶.

Una de las mayores virtudes de la tesis de Iglesias Vila es precisamente que pone de manifiesto la necesaria correlación entre la represión de la creación de climas y el menoscabo de la libertad de expresión. Más allá de discrepancias de fondo sobre el papel que ha de jugar la libre expresión en las sociedades contemporáneas, considero que sus planteamientos incurren en una contradicción insalvable. Así, sostiene que es solo en aquellas sociedades en las que se ha alcanzado un elevado nivel cuantitativo de participación puede darse ese «salto cualitativo» y rebajar la protección de la libertad de expresión, pero al mismo tiempo reconoce que ese nivel cuantitativo de participación se alcanza «[...] gracias a instrumentos como la libertad de expresión». Si ello es así, la pretensión de atender a la «calidad» de la participación en la deliberación pública mediante la restricción de algunas de sus formas en atención a su contenido menoscabaría la propia base que faculta esa pretensión. A mi modo de ver, la restricción punitiva del discurso en función de su contenido pervierte el propio fundamento liberal de la libertad de expresión, pues pone en manos del Estado la decisión de qué opiniones pueden acceder a la esfera pública³⁷.

En este último aspecto radica el mayor problema de la justificación de la sanción del discurso del odio como «delito de clima». Dada la dificultad de acreditar la relación causal entre el acto comunicativo, la creación de un clima y la ulterior probabilidad de realización de conductas lesivas, la fijación de un estándar de lesividad que permita determinar el umbral de la relevancia penal deviene de antemano imposible, sin que fórmulas como la «alteración del orden público» o la «perturbación de la paz pública» —a las que nuestro legislador recurre, por ejemplo, para conformar la modalidad agravada del artículo 510.4 CP— sirvan, dada su enorme abstracción, como cláusulas restrictivas de la lesividad³⁸. La consecuencia de esa «puerta abierta al decisionismo»³⁹ es que, al asumir como punto de partida la *presunción* de que toda expresión apologética del terrorismo o toda manifestación de desprecio puede contribuir, en mayor o menor medida, a la creación de esos climas⁴⁰, terminará sancionándose la mera manifestación de opiniones. Si nos tomamos en serio las propuestas de Waldron, por ejemplo, debería sancionarse la mera utilización de epítetos peyorativos hacia las minorías, o la difusión de la pornografía entre adultos, pues en ambos casos se «contamina» la atmósfera propia del «orden digno de la sociedad»⁴¹. Suscribiendo

la afirmación de Jakobs, puede decirse que la tipificación de esos delitos descansa «[...] o bien en la necesidad de una pena de sospecha, o bien en la confusión de la manifestación de una opinión hostil hacia el bien jurídico con un quebrantamiento del Derecho». Como concluye el autor, «[...] en cualquiera de los casos, el fundamento no resiste en un régimen de libertades»⁴².

Quedémonos en Jakobs. Desde la concepción del autor alemán, la prohibición penal del discurso del odio constituiría una «norma de flanqueo» «[...] cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales»⁴³. La finalidad de la caracterización de las normas prohibitivas del discurso del odio como delitos de clima radicaría en el reforzamiento comunicativo de las propias normas que prohíben la discriminación o la realización de actos de hostilidad y violencia. En este sentido, Jakobs afirma que «[...] en los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales»⁴⁴. La difusión de insultos racistas, pero también de mensajes que proclaman que los inmigrantes ilegales no deben ser atendidos en urgencias médicas o que sus hijos no deben recibir una educación pública, etc. no infringiría directamente una norma antidiscriminatoria, pero sí *debilitaría* socialmente la vigencia de tales normas antidiscriminatorias tanto desde la óptica de los miembros de grupos vulnerables, que verían socavada la confianza en recibir un trato equitativo, como desde la óptica de los potenciales infractores, quienes podrían terminar asignando menor valor axiológico a los preceptos antidiscriminatorios.

De igual modo, el delito de enaltecimiento se configura como una norma de flanqueo: en la medida en que comunican simbólicamente la legitimidad de los actos terroristas, las conductas apologéticas del terrorismo debilitan la vigencia de las normas principales que prohíben tales conductas lesivas. La finalidad de su prohibición es, por tanto, anular comunicativamente ese mensaje y reforzar, con ello, la vigencia moral y política de la prohibición del terrorismo⁴⁵.

Pero es precisamente la existencia de tales normas de flanqueo lo que, en términos democráticos, reduce la legitimidad de las normas principales. Acudamos, a este respecto, a los planteamientos de Ronald Dworkin. De modo semejante a la relación entre estratos normativos planteada por Jakobs, el autor norteamericano distingue entre las normas que prohíben actos lesivos o discriminatorios contra determinadas minorías (que podemos llamar normas de primer orden) y las que prohíben el discurso hostil sobre el estatus social o jurídico de esas minorías (normas de segundo orden). La legitimidad democrática presupone que todos hayan gozado de la oportunidad de intervenir en el debate público y de configurar, a través de ese debate, el contenido de las normas de primer orden. «La política y las leyes de una comunidad —sostiene Dworkin— vienen determinadas antes por el ambiente moral y cultural, formado por la mezcla de las opiniones, prejuicios, gustos y actitudes de la gente, que por editoriales de prensa o discursos de partidos políticos. Resulta ilegítimo imponer una decisión colectiva a alguien a quien no se ha permitido contribuir a ese ambiente moral con la expresión de modo informal de sus convicciones o

prejuicios políticos o sociales». En definitiva, el precio de restringir la libertad de expresión de aquellos cuyo discurso aborrecemos sería, siempre, el debilitamiento de la legitimidad política⁴⁶. La prohibición del discurso del odio o del enaltecimiento mediante las normas de segundo orden censura la deliberación pública sobre aspectos relativos a la justificación de las normas de primer orden, restringiendo con ello las posibilidades de que determinadas voces puedan intervenir en dicho proceso de deliberación y menoscabando, por tanto, la legitimidad democrática de las normas de primer orden⁴⁷.

A diferencia de la concepción de Iglesias, para Jakobs —y para Dworkin— la legitimidad del castigo de los «delitos de clima» resultaría muy precaria en un Estado de libertades⁴⁸; como afirma el autor alemán «[...] la justificación de la protección del clima solo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, en relación con tiempos de crisis de legitimación, en los que se tiene que tolerar una suspensión pasajera de la libertad a fin de asegurar de un modo tanto más intenso su restablecimiento»⁴⁹. El presupuesto de la estabilidad social es decisivo: la protección penal frente a climas de opinión contrarios a los valores compartidos no es justificable en democracias estables como la española⁵⁰, en las que los actos aislados de odio carecerán de la capacidad necesaria para generar el caldo de cultivo que provoque un cambio actitudinal en la ciudadanía y en las que existen otros instrumentos para combatir la intolerancia y fomentar el refuerzo de la vigencia de las normas de primer orden.

5. ¿PROTECCIÓN DE VALORES?

La radical indeterminación del criterio de la creación de climas permite concluir que lo que en última instancia explica el castigo de muchas formas de discurso del odio, y del enaltecimiento del terrorismo, es la protección de la moral social —entendida como el conjunto de valores que definen, social e institucionalmente, la comunidad política— y que, en consecuencia, la finalidad de las normas penales es reafirmar la vigencia de tales valores⁵¹. La ilicitud de la conducta se funda realmente en el riesgo de creación de *climas de opinión* que conllevaría toda manifestación hostil, sancionándose, por consiguiente, la mera difusión de ideas o de propuestas ideológicas contrarias a los valores más arraigados en la comunidad política⁵².

Ese fundamento puede revestirse del lenguaje de las ofensas, en la medida en que las conductas que contradigan frontalmente el consenso valorativo son susceptibles de generar sentimientos de profunda indignación o desagrado. No obstante, el merecimiento de pena no se justificaría por esos efectos individuales —es decir, por las sensaciones físicas de desagrado o indignación—, sino por la desautorización simbólica de los valores institucionalizados y el riesgo correlativo de que esa visión alternativa de sociedad pueda llegar a impregnar el tejido social y debilitar el consenso valorativo. Por ello, a fin de no caer en mistificaciones, la pregunta que debemos plantearnos es si resulta legítimo castigar conductas carentes de toda lesividad con el solo fin de reforzar comunicativamente los

valores mayoritarios y que colectivamente nos definen como sociedad. Es decir, si —como nos preguntábamos al inicio de este trabajo— cabe castigar la mera difusión de opiniones execrables.

Desde esta óptica, la dimensión comunicativa inherente al discurso extremo queda despojada de los potenciales daños y termina reducida a una perspectiva meramente simbólica. Lo que termina por considerarse ilícito es el propio contenido del mensaje, la mera opinión manifestada, tan pronto contradiga valores arraigados en la comunidad política. En palabras del Tribunal Supremo, el discurso del odio debe reprimirse penalmente porque atenta contra «[...] el modelo de convivencia trazado por nuestra Constitución»⁵³, porque hierde «[...] los sentimientos comunes de la ciudadanía» y porque «[...] contiene un mensaje de odio que por sí mismo es contrario a la convivencia»⁵⁴. En esta comprensión de los delitos de expresión, los efectos lesivos u ofensivos de la concreta conducta dejan de ser un factor relevante: el propio contenido del mensaje constituye un *malum in se* no bien contradice los valores plasmados en los textos legales o constitucionales⁵⁵. Todo lo más, el efecto que se predica del mismo es puramente simbólico y retórico: una manifestación racista o xenófoba cuestionaría comunicativamente el valor de la igualdad, debilitando su vigencia social, de igual modo que un acto de apología cuestionaría el rechazo compartido del terrorismo y la violencia que lo sustenta.

Si eso es lo que caracteriza la ilicitud del discurso del odio y el enaltecimiento, lo que se pretende mediante el recurso al *ius puniendi* ya no es, por tanto, prevenir y reaccionar frente a daños concretos e inminentes, sino únicamente contrarrestar simbólicamente el mensaje intolerante. El fundamento de la ilicitud de la conducta termina siendo, así, precisamente aquello que caracteriza el ejercicio de la libertad de expresión: el *riesgo de la persuasión* que pueden conllevar las opiniones contrarias a los valores compartidos, la posibilidad de que determinados ciudadanos puedan ser convencidos de las bondades de la intolerancia.

6. OTRA LECTURA DE LA INCITACIÓN INDIRECTA: DE NUEVO STRAWBERRY Y ERKIZIA

Tomando en consideración lo expuesto hasta aquí, cabe concluir que la interpretación del delito de enaltecimiento como un delito de clima debe ser rechazada por su directa colisión con el contenido protegido de la libertad de expresión. Acoger la figura de la «incitación indirecta» como cláusula exegética de lesividad para identificarla después con la mera contribución a la creación de climas de opinión intolerante —tal como hace nuestro Tribunal Constitucional— pervierte el presupuesto del que se parte con dicha figura, que no debería ser otro que limitar la sanción penal a los supuestos en los que la conducta expresiva genera un riesgo idóneo de incitación a la comisión de actos lesivos.

Si nos tomamos en serio la exigencia de que el enaltecimiento debe constituir una forma de *incitación*, también en el supuesto de la incitación *indirecta* habrá que acre-

ditar que la conducta expresiva genera un riesgo concreto de comisión futura de actos terroristas. De ese modo, la referencia al carácter indirecto o mediato ha de referirse al contenido retórico del mensaje, pero sin que deban existir diferencias muy relevantes en cuanto a su potencialidad incitadora⁵⁶. En este sentido, la incitación directa se dará cuando la finalidad incitadora quede reflejada de modo expreso e inequívoco en el propio contenido del mensaje («¡Hay que incendiar la casa del comerciante de trigo!»), y la incitación indirecta tendrá lugar en los casos en que la llamada a cometer actos delictivos se halle implícita en el contenido del mensaje, al estar retóricamente envuelta en un discurso apologético, justificativo o enaltecedor de actos delictivos pasados («¡Qué bien hicieron quienes incendiaron la casa del comerciante de trigo!»). Pero tanto en uno como en otro caso la conducta expresiva ha de ser adecuada para generar en otros la decisión de realizar con cierto grado de inmediatez actos delictivos —de terrorismo—, y el juicio sobre esta idoneidad exigirá ir más allá del contenido del mensaje y atender al contexto en el que el mismo se profiere. Adicionalmente, junto a la exigencia objetiva de un peligro claro y de cierta inminencia, será preciso acreditar la finalidad de generar en otros la decisión de delinquir.

6.1. LA STC 35/2020, DE 25 DE FEBRERO Y LA FINALIDAD DE INCITAR

Dos sentencias recientes permiten acoger esa concepción del enaltecimiento. De una parte, la STC 35/2020, de 25 de febrero, que otorgó el amparo a César Strawberry y anuló la condena impuesta por la STS 4/2017, de 18 de enero; de otra, la STEDH *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 de junio de 2021.

La concurrencia del requisito subjetivo al que se ha hecho referencia arriba fue enfatizada con especial claridad por la primera de las sentencias citadas. En ella, el Tribunal Constitucional reprochó a la Sala Segunda que considerara irrelevante ponderar cuál fue la intención del recurrente al emitir sus mensajes a la luz de su perfil público y trayectoria profesional como artista. En contraste, máximo intérprete de la Constitución subrayó que la posición central que ostenta la libre expresión en el sistema democrático impone que el enjuiciamiento sobre la limitación (penal) de toda conducta expresiva debe estar presidido por «[...] la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos» que rodean su realización. En particular, destacó que la intención con la que se profiere «[...] resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho».

Dicho elemento subjetivo resulta, pues, esencial para delimitar con claridad las conductas amparadas por la libertad de expresión de las conductas ilícitas. Con arreglo a la posición del Tribunal Constitucional —coincidente, en este aspecto, con los instrumentos de *soft law* más garantistas del derecho fundamental⁵⁷—, el delito de enaltecimiento (así como el de humillación a las víctimas) presupone actuar con la finalidad de incitar a la

comisión de actos ilícitos (o de humillar); *a contrario sensu*, cuando la conducta esté presidida por una intención irónica, provocadora o sarcástica —así como, en general, cuando pueda concluirse que la intención principal del actor es participar en el debate político o ideológico—, habrá de excluirse la tipicidad de la conducta, so pena de menoscabar el contenido protegido del derecho o de generar un efecto desaliento que derive en una sanción desproporcionada. En particular, ante condenas como la de los casos *Strawberry o Cassandra*, o, más allá del enaltecimiento, ante la reciente acusación y juicio al cómico David Suárez —finalmente absuelto— por un chiste subido a Twitter, es preciso poner de relieve la necesidad de ponderar con especial rigor la utilización de la sátira como vehículo de ejercicio de la libertad de expresión y de creación artística. En este sentido, la STEDH *Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, de 25 de enero de 2007, destaca que «[...] la sátira es una forma de expresión artística y de comentario social y, por su componente inherente de exageración y distorsión de la realidad, naturalmente pretende provocar y agitar. En consecuencia, cualquier interferencia con el derecho del artista a esa forma de expresión debe ser sometida a un escrutinio estricto».

6.2 LA STEDH ERKIZIA ALMANDOZ C. ESPAÑA Y LA EXIGENCIA DE UN CONTEXTO DE RIESGO

El reciente pronunciamiento de Estrasburgo sobre el caso *Erkizia* impone asimismo una interpretación del artículo 578 CP distinta de la que había asumido nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 112/2016. De acuerdo con la decisión del TEDH, el castigo por el delito de enaltecimiento exige algo más que la mera contribución a una atmósfera de opinión favorable al terrorismo. Aunque los criterios de ponderación a los que recurre el TEDH no son todo lo exigentes que, a mi juicio, sería deseable —son menos estrictos, por ejemplo, que los recogidos en el Plan de acción de Rabat—, sí imponen un análisis más riguroso del contexto de actuación a fin de determinar la existencia de un riesgo de incitación, lo que debiera llevar a una mayor exigencia de lesividad que la que asume la jurisprudencia española con pronunciamientos como el del caso *Pablo Hasél* (STS 135/2020)

Así, partiendo de los criterios desarrollados especialmente en *Perinçek c. Suiza*, STEDH de 15 de octubre de 2015, la sentencia *Erkizia Almandoz c. España* establece los siguientes criterios de enjuiciamiento:

En primer lugar, es preciso analizar si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso. Cuanto mayor sea el grado de tensión o alteración sociopolítica, mayor será la capacidad incitadora del discurso enaltecedor.

En segundo lugar, la interpretación del mensaje emitido —y, con ella, de su potencialidad incitadora— tiene que llevarse a cabo necesariamente a partir del contexto en el que se profiere.

En tercer lugar, el TEDH tiene en cuenta la forma en que se emiten las declaraciones y su capacidad intrínseca de generar efectos lesivos. Así, no es equiparable la manifestación

de un mensaje hostil a través de una poesía que a través de propaganda electoral, de igual modo que debe valorarse de modo distinto que los mensajes de odio o de enaltecimiento se enmarquen en un debate televisado en el que puedan escucharse voces discrepantes que en un mitin ante un auditorio ideológicamente uniforme⁵⁸.

Aplicando estos criterios al caso concreto, y tras asumir que el discurso de Erkizia se enmarcaba en un debate público y de interés general, el Tribunal afirma en primer lugar que las declaraciones del demandante se realizaron en un contexto político y social tenso, pues la organización terrorista ETA todavía estaba activa. No obstante, y en relación con el segundo criterio, la Sala estima que, leído en conjunto, el discurso no incitaba al uso de la violencia o a la resistencia armada ni directa ni indirectamente, por más que en algunas de sus manifestaciones hubiera cierto grado de ambigüedad. El Tribunal tiene en cuenta, en particular, que el demandante abogaba por acudir a una vía democrática para alcanzar los objetivos políticos de la izquierda abertzale. Y en relación con el tercer criterio, el Tribunal observa que el demandante vertió oralmente sus declaraciones en un acto al que asistieron partidarios del movimiento independentista vasco, concluyendo que la forma en que pronunció su discurso no tenía capacidad alguna de causar daño.

Más allá del planteamiento del Tribunal de Estrasburgo, y de la vaguedad de tales criterios de valoración⁵⁹, a mi modo de ver la figura del enaltecimiento del terrorismo solo debería castigarse cuando en ella anide la potencialidad lesiva a la que vengo aludiendo, consistente en la capacidad de incitar a la realización de actos terroristas con un cierto grado de inminencia⁶⁰. Dicho de otro modo, debe dejar de concebirse como un ilícito ofensivo o un delito de clima para entenderse como una modalidad de incitación a actos lesivos.

Ahora bien, resulta muy discutible que la actual regulación legal admita una interpretación —por vía de reducción teleológica— que limite el ámbito típico a los casos de incitación idónea e inminente, dado que su tenor literal carece de cláusulas de lesividad que permitan acomodar dicha exégesis restrictiva⁶¹. Por más que esta interpretación se impusiera en la jurisprudencia, la amplitud del tenor literal vigente seguiría permitiendo el enjuiciamiento de raperos, tuiteros y titiriteros, con el consiguiente efecto desalentador del ejercicio de la libre expresión. En este sentido, no le falta razón al juez Lemmens, que en su voto concurrente a la sentencia *Erkizia Almandoz c. España* destaca que el problema no reside tanto —o no solo— en la aplicación del precepto que se hizo en el caso concreto, sino en la propia ley. Así, sostiene que «[...] la disposición mencionada es demasiado amplia en términos del artículo 10 de la Convención. Tipifica como delito el enaltecimiento o la justificación del terrorismo, sin exigir que la opinión expresada pueda considerarse incitación a la violencia». Y acto seguido manifiesta que «[...] hubiera preferido que el Tribunal afirmara explícitamente que el problema de la injerencia desproporcionada tiene su origen en la propia ley», aunque confía en que «[...] las autoridades competentes del Estado demandado deberán extraer todas las consecuencias de la condena que el Tribunal ha realizado en esta sentencia». La consecuencia más

respetuosa con la libertad de expresión sería derogar la actual regulación del delito de enaltecimiento.

NOTAS

1. Sobre los fundamentos de la libertad de expresión, me permito remitir a Alcácer Guirao (2020: 85 ss.).
2. Como ya en 1984 manifestaban Cobo del Rosal y Vives Antón (1984: 605, n. 84), la apología «[...] o incita al delito, o es una simple manifestación de discrepancia».
3. Como señala Cancio Meliá (2019: 926), «[...] la *praxis* mayoritaria y algún sector de la doctrina consideran que la infracción se pena por sí misma, retrospectivamente, no por su potencial futuro [...] se castiga, entonces, como *offense* (y no como *harm*)». En sentido similar, Gómez Martín (2021: 246 ss.).
4. Para una crítica de la última sentencia citada, *vid.* Dopico Gómez-Aller (2021).
5. Alcácer Guirao (2020: 42 ss.).
6. Así, Bernal del Castillo (2016: 14 ss.); y Galán Muñoz (2018: 275 ss.).
7. Bernal del Castillo (2016: 20-21).
8. Sobre ello, Alcácer Guirao (2020: 23 ss.).
9. Cancio Meliá (2019: 926) afirma que lo que se castiga es la mera infracción de un tabú social; *vid.*, asimismo, Llobet Anglí (2021: 481) con cita de Carbonell Mateu.
10. El conocido criterio del *clear and present danger* fue esbozado por primera vez por el juez Oliver Wendell Holmes en la sentencia *Schenck vs. United States* (249 U.S. 47 [1919]) y sería consolidado años después en la sentencia del caso *Brandenburg vs. Ohio* [395 U.S. 444 (1969)]. Sobre ello, *vid.* Alcácer Guirao (2020: 63 ss. y 221 ss.).
11. Mill (1997: 127).
12. Si bien su origen se remonta a decisiones anteriores, las sentencias más representativas son *Schenck vs. United States* [249 U.S. 47 (1919)], *Debs vs. United States* [249 U.S. 211 (1919)], *Abrams vs. United States* [250 U.S. 616 (1919)] o *Gitlow vs. New York* [268 U.S. 652 (1925)]. Sobre ello, Alcácer Guirao (2020: 55 ss.). Sobre las similitudes y diferencias entre ambos criterios de enjuiciamiento, puede verse Tribe (21988: 841 ss., y 843); y Sottiaux (2011: 46 ss.).
13. En el mismo sentido, Presno Linera y Teruel Lozano (2017: 31), que sostienen que con dicho criterio no se asumía «[...] la concurrencia de un nexo causal entre las expresiones y un concreto efecto nocivo; bastaba con que del contenido del mensaje se pudiera extraer la idoneidad del mismo para producir esos resultados, al margen de que realmente dicha consecuencia fuera la querida en el asunto objeto de enjuiciamiento». Se muestran también críticos Rodríguez Montañés (2012: 317); y Teruel Lozano (2018a: 13 ss.), autor, este último, que afirma: «Al final, si no hay certeza e inminencia, el juicio de peligrosidad abre la puerta a la arbitrariedad judicial y aboca a que se termine castigando un discurso por que “parezca” peligroso; no por sus efectos, sino por cómo “suene”» (*Ibidem*: 36-37).

14. La STC 235/2007 fue invocada por el Tribunal en el Auto 4/2008, de 9 de enero, para inadmitir el recurso de amparo interpuesto por De Juana Chaos contra la condena impuesta por enaltecimiento del terrorismo. Tras la cita del pasaje de dicha sentencia que hemos reproducido en el texto, el Tribunal argumenta en estos términos: «Esta provocación indirecta a la violencia es constatable en el escrito que originó la condena de su autor. Como ya ha quedado expresado por referencia a la motivación de la Sentencia recurrida, en el mismo se concitan tanto una consideración positiva de la conducta de los presos de ETA en cuanto a los execrables hechos que les llevaron a tal situación penitenciaria, al afirmar que están secuestrados por un sistema autoritario y que no se resocializan porque tienen razón, como la ya analizada expresión que amenaza de un modo creíble con una conducta violenta a determinados colectivos que están relacionados con el encarcelamiento de aquellos presos. La justificación de quienes actuaron con extraordinaria violencia en relación precisamente con esta actuación violenta y la adición a la misma de una expresión amenazante permiten afirmar que el escrito contiene la provocación a la violencia, siquiera indirecta, pero referida a la comisión de gravísimos delitos, que impide su cobertura en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión».

15. Así lo afirma también Teruel Lozano (2018a: 29).

16. Ya antes de la citada sentencia, algunas voces doctrinales se servían de la fórmula de la incitación indirecta para interpretar el artículo 578 CP, equiparándolo a una suerte de *Klimadelikt*. *Vid.*, al respecto, en sentido crítico, Alonso Rimo (2010: 56), para quien «[...] se requiere un elemento incitador, pero de nuevo se trata aquí de un parámetro de dudoso alcance limitador del tipo, por cuanto semejante incitación indirecta —comprendido aquí este último término en un sentido equivalente a débil o de segundo grado— se entiende referida a la creación de una (nebulosa) «atmósfera social» y resulta en la práctica muy difícil de concretar». *Vid.*, en la misma línea, Teruel Lozano (2018b: 11).

17. En este sentido, y a partir de una interpretación similar de la STC 235/2007, Galán concluye que «[...]de este modo, habrá que pasar a considerar a esta figura [la justificación del genocidio] como un ejemplo de lo que se ha venido a denominar como “delitos de clima”; unos delitos que castigan una modalidad de incitación indirecta de tal delito» (Galán Muñoz, 2018: 282).

18. Fuentes Osorio (2017: 10-11).

19. Ciertamente, la deplorable técnica legislativa empleada no ayuda a clarificar la exégesis del precepto. Si la creación de climas de «hostilidad u odio» se utiliza como causa de agravación, debiéramos concluir que conductas como la difamación colectiva o el mero enaltecimiento de delitos de odio ni siquiera precisan de la creación de ese efecto social.

20. Sumner (2009: 209 ss.); Cueva Fernández (2012: 452); Gómez Martín (2013: 83); Teruel Lozano (2015: 502); heinze (2016: 138); Fuentes Osorio (2017: 10 y 20); y Galán Muñoz (2020: 46).

21. Waldron (2012: 65-68; 81 y 85).

22. *Ibidem*: 96.

23. *Ibidem*: 94.

24. *Ibidem*: 94-95.

25. Jakobs (1997: 314), aludiendo a delitos —la incitación al odio racial— en los que el Código Penal suele establecer la cláusula de lesividad relativa a la «idoneidad para alterar la paz pública». Sobre ello, *vid.*, también, Landa Gorostiza (1999: 320 ss.); y Gómez Martín (2013: 83).

26. Fuentes Osorio (2017: 20 ss.).

27. Baker y Zhao (2013: 653); Simester y Von Hirsch (2014: 127); Teruel Lozano (2018a: 36); Galán Muñoz (2020: 47). Sobre las discordancias del daño acumulativo con los principios garantistas del Derecho penal, *vid.*, ampliamente, Silva Dias (2003: 464 ss.).
28. Iglesias Vila (2003: 2).
29. *Ibidem*: 2.
30. *Ibidem*: 9.
31. *Ibidem*: 9-10.
32. *Ibidem*: 14.
33. Sobre las siguientes consideraciones, remito a Alcácer Guirao (2020: 254 ss.).
34. Critican la dificultad —o imposibilidad— de acreditar la relación causal en este ámbito Simpson (2013: 723); Baker y Zhao (2013: 647); y Teruel Lozano (2005: 503), oponiendo una causalidad de base empírica de orden material o natural a una causalidad sustentada en una base sociopolítica Heinze (2016: 138) y Fuentes Osorio (2017: 22).
35. De acuerdo con Simester y Von Hirsch (2014: 115), «[...] quienes realizan conductas ofensivas no dañan directamente, sino que solo ayudan a generar las condiciones sociales por las que otros puedan decidir causar daños. El daño resultante, en otras palabras, depende de decisiones interpuestas por otros [...] Normalmente, ese daño remoto, cuando es finalmente causado autónomamente por otros, no proporciona una razón que justifique que el acto originario es ilícito y por tanto no proporciona base suficiente para su criminalización».
36. Iglesias Vila (2003: 14-15).
37. Ampliamente sobre ello, *vid.* Alcácer Guirao (2020: 150 ss.).
38. Laurenzo Copello (1996: 238); Teruel Lozano (2005: 455 ss.); y Fuentes Osorio (2017: 20 ss.).
39. Fuentes Osorio (2017: 22) destaca que ese tipo de argumentos «posibilita la sanción de cualquier comportamiento».
40. En este sentido, Teruel Lozano (2005: 504-505); Fuentes Osorio (2017: 13 y 20 ss.); y Portilla Contreras (2015: 390), quien manifiesta que la sanción de ese tipo de conductas representa simplemente la censura de opiniones que pudieran llegar a ser el germen de actos preparatorios relativos a la discriminación.
41. El propio Waldron (2012: 89 ss.) pone de relieve las enormes similitudes de su posición sobre el discurso del odio con las sostenidas por Catharine MacKinnon sobre la pornografía.
42. Jakobs (1997: 320).
43. *Ibidem*: 324. En sentido similar al del texto, Dopico Gómez-Aller (2004: 166). *Vid.*, también, Fuentes Osorio (2017: 21).
44. Jakobs (1997: 314).

45. Como afirman Cancio Melía y Díaz López (2019: 181), el enaltecimiento no es *per se* un delito de terrorismo, sino un delito referido al terrorismo. Cuando más se aleje su interpretación de la incitación directa, más clara será su naturaleza de norma de flaqueo.

46. Dworkin (2009: v ss).

47. *Ibidem*: ix. Sobre la concepción del autor norteamericano, *vid.* Alcácer Guirao (2020: 93 ss.).

48. Destaca el autor citado que «[...] del paralelismo establecido con la omisión de socorro se deriva solamente la modalidad de la prestación a realizar —un sacrificio especial—, pero no la legitimación para la exigencia de tal prestación: la norma que sanciona la omisión de socorro exige una acomodación a una situación de necesidad que solo llega a ser requerida en casos aislados; en las normas que protegen un clima se trata por el contrario de una acomodación del comportamiento que se ha de producir por principio en determinados ámbitos» (Jakobs, 1997: 321).

49. *Ibidem*: 321-322. Merece ser destacada la semejanza entre esas tesis de Jakobs y los planteamientos de Rawls. *Vid.*, especialmente, Rawls (1996: 103).

50. Alcácer Guirao (2020: 215 ss.).

51. En sentido parcialmente coincidente, Fuentes Osorio (2017: 31 ss.).

52. Como destaca Smolla (1992: 72), «[...] la expresión ofensiva a la moral comunitaria es a menudo entendida como una suerte de polución, contaminando el ambiente moral de igual modo que un vertido de petróleo contamina el medio ambiente físico».

53. Laurenzo Copello (1996: 239).

54. STS 72/2018, de 9 de febrero.

55. *Vid.* Heinze (2016: 153 ss.).

56. En sentido similar, Alonso Rimo (2010: 65).

57. En particular, el Plan de Acción de Rabat («Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia», adjunto al Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas A/HRC/22/17/Add.4, de 11 de enero de 2013) exige igualmente la intención de incitar a la violencia o a actos ilícitos como condición para justificar la sanción de una conducta expresiva, advirtiendo explícitamente que la imprudencia y negligencia no son suficientes para que la conducta adquiera relevancia penal. Sin embargo, este es uno de los aspectos donde la Recomendación núm. 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) se aparta de tal criterio, estableciendo que la intención no es un *requisito sine qua non* y que deben castigarse también, como actos constitutivos del discurso de odio imprudente, los supuestos en los que quepa esperar razonablemente que del acto comunicativo pueda producirse la comisión de actos delictivos.

58. Semejantes ejemplos pueden verse en *Perinçek c. Suiza*, § 207.

59. Es especialmente interesante, en este sentido, el voto concurrente del juez Lemmens, quien critica la vaguedad de los criterios del TEDH en los siguientes términos: «Me parece que la mayoría, al valorar las decisiones de los tribunales nacionales, utiliza en algunos lugares de la sentencia una terminología ambigua que podría dar lugar a interpretaciones no conformes con las exigencias del Convenio [...] sería mejor evitar dar la impresión de que la “justificación” de la violencia (o el odio o la intolerancia)

es una tercera categoría de discurso que puede justificar una reacción de las autoridades, además de los llamamientos a la violencia y el discurso del odio».

60. Así lo ha propuesto también, por ejemplo, el Grupo de Estudios de Política Criminal, con la siguiente sugerencia de redactado alternativo del artículo 578 CP:

«Artículo 578.1. La incitación pública y directa a la comisión de cualquiera de los delitos señalados en los artículos 572 a 577, la justificación o el enaltecimiento públicos de estos delitos o de sus autores, siempre que por su naturaleza y circunstancias constituyan una incitación directa a cometer uno de estos delitos, serán castigados con una pena de 1 a 3 años de privación de libertad cuando genere con ello un riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos [...]».

61. En este sentido, entre otros, Cuerda Arnau (2007: 107).

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2020): *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Madrid: Marcial Pons.
- ALONSO RIMO, Alberto (2010): «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, 13-80.
- BAKER, Dennis y Lucy X. ZHAO (2013): «The Normativity of Using Prison to Control Hate Speech: The Hollowness of Waldron's Harm Theory», *New Criminal Law Review*, 16(4), 621-656.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (2013): «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como firmas del “discurso del odio”», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 16, 13-44.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2019): «Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación», en *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid: UAM, 925-946.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ (2019): *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN (1984): *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2007): «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», en: *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial* 128, Madrid: CGPJ, 82-122.
- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo (2012): «El “discurso del odio” y su prohibición», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 437-456.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2004): «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57(1), 143-173.
- (2011): «El segundo “caso Pablo Hasél”». *Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad*, 20, 393-414.
- DWORKIN, Ronald (2009): «Foreword», en I. Hare y J. Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford: Oxford University Press.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis (2017): «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-27.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso (2018): «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?», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXVIII, 245-304.
- (2020): «Delitos de odio, discurso de odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural», *Revista penal*, 46, 41-66.

- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2013): «*Fighting words, Auschwitz Lüge y libertad de expresión*», *InterseXiones* 4, 77-122.
- (2021): «Daño, ofensa y discurso de odio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Extra,1, dedicado al Protocolo I. Crisis del Derecho penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y Tendencias), 235-256.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2019): *Una propuesta alternativa a los delitos de expresión*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- HEINZE, Eric (2016): *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford: Oxford University Press.
- IGLESIAS VILA, Marisa (2003): «Violencia ambiental, liberalismo y responsabilidad», *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, Paper 21 [en línea] <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/21>.
- JAKOBS, Günter (1997): «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: UAM-Civitas, 293-324.
- LANDA GOROSTIZA, Jon M. (1999): *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao: Universidad del País Vasco.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (1996): «La discriminación en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos* 19, 219-288.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona (2021): «Discurso terrorista y libertad de expresión. Comentario a la luz de la Sentencia del TEDH de 22 de junio de 2021 (*Erkizia Almandoz c. España*)», *Indret* 4, 471-506.
- MILL, John Stuart (1997): *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza editorial.
- PAREKH, Bhikhu (2012): «Is There a Case for Banning Hate Speech?», en M. Herz y P. Molnar (eds.), *The Content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge: Cambridge University Press, 37-56.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2015): «La represión penal del “discurso del odio”», en J. Álvarez García *et al.* (dirs.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial. Delitos contra la Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch, 379-412.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel y Germán TERUEL LOZANO (2017): *La libertad de expresión en América y Europa*, Lisboa: Juruá editorial.
- RAWLS, John (1996): *Sobre las libertades*, Barcelona: Paidós (1ª reimpr.).
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (2012): *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SILVA DIAS, Augusto (2003): «¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la “(in)capacidad de resonancia” del Derecho penal con la figura de la acumulación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 56(1), 433-470.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (³2011): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer.
- SIMESTER, Andrew P. y Andreas VON HIRSCH (2014): *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalization*, Oxford: Hart Publishing.
- SIMPSON, Robert M. (2013): «Dignity, Harm and Hate Speech», *Law and Philosophy*, 32, 701-728.
- SMOLLA, Rodney (1992): *Free Speech in an Open Society*, Nueva York: Knopf.
- SOTTIAUX, Stefan (2011): «“Bad Tendencies” in the ECtHR’s “Hate Speech” Jurisprudence», *European Constitutional Law Review*, 7(1), 40-63.
- SUMNER, L. Wayne (2009): «Incitement and The Regulation of Hate Speech in Canada: A philosophical Analysis», en I. Hare y J. Weinstein (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 204-220.
- TERUEL LOZANO, Germán (2015): *La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2018a): «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología* 114, 13-45.

- (2018*b*): «Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo», *InDret*, 3.
- TRIBE, Laurence (21988): *American Constitutional Law*, Nueva York: Foundation Press.
- WALDRON, Jeremy (2012): *The Harm in Hate Speech*, Harvard: Harvard University Press.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.

Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.