

o de recurso de amparo (arts. 41 y ss. LOTC) la existencia y aplicación, respectivamente, de los arts. 195. 3 y 382 bis, 3 CP.

CONCLUSIONES

1. El principio de responsabilidad subjetiva (exigencia de dolo o imprudencia) no debe ser considerado más como una exigencia derivada del principio de culpabilidad.
2. La así llamada “imputación objetiva” posiblemente debe ser concebida en términos de imputación normativa y subjetiva.
3. Por ello, es cuestionable la existencia misma del principio de responsabilidad subjetiva.
4. Por razones que nada tienen que ver con una concepción causalista del ilícito, la conciencia de la antijuridicidad se encuentra hoy viajando hacia el dolo, de donde salió.
5. Es extraño que la aplicación de los arts. 195, 3 y 382 bis, 3 CP no haya dado lugar ni a una cuestión de constitucionalidad ni a un recurso de amparo.
6. Es una pena que la palabra “fortuito” aparezca en nuestro Código Penal hasta en dos ocasiones. Y no precisamente para excluir la responsabilidad criminal, sino para agravarla o fundamentarla.
7. Sigue abierta la posibilidad de someter a la consideración del Tribunal Constitucional los preceptos del Código Penal que se puedan considerar inconstitucionales (cuestión de constitucionalidad y recurso de amparo).
8. La dogmática penal está tan entretenida como me la encontré.

¿CUÁNDO ES DÉBIL UNA APOLOGÍA DELICTIVA?

JUAN LUIS FUENTES OSORIO
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Jaén

I. INTRODUCCIÓN

(1) La regulación de la apología como forma de provocación al delito (art. 18 CP) dificulta su punición por los requisitos asociados con la sanción de esta última figura. Este impedimento perseguía dar prioridad a la libertad de expresión que solo podía ser limitada en situaciones extremas. Esta fortaleza era vista en ocasiones como una flaqueza, pues no permitía la persecución penal de discursos valorados por ciertos sectores sociales como peligrosos. Este sentir se solidificó en una demanda de maximización preventiva que reclamaba reaccionar penalmente frente a cualquier manifestación que se definía como discurso de odio (en su sentido amplio que, alejado de su original componente discriminatorio, incluye declaraciones vinculadas con el terrorismo¹ y otras formas de disidencia con el modelo democrático²), lo que motivó un proceso legislativo de flexibilización de la apología. Como resultado de ello han aparecido apologías específicas para ciertos grupos de delitos que se han catalogado como de segundo y tercer grado o, de manera más genérica, como apologías débiles³.

(2) Las apologías débiles son aquellas formas de ensalzamiento del delito o exaltación de su autor que tienen una estructura típica simplificada que permite su aplicación en un elevado número de casos.

1 La jurisprudencia define la apología del terrorismo como un ejemplo de discurso de odio no abarcado por la libertad de expresión, vid. p.e. STC 112/2016 de 20 de junio, f.j. 4 (TC:2016:112); SSTs 378/2017 de 25 de mayo, f.j. 2 (TS:2017:2013); 354/2017 de 17 de mayo, f.j. 5 (TS:2017:1883); 137/2021 de 17 de febrero f.j. 4.7.h (TS:2021:886). Críticamente al respecto RAMÍREZ ORTIZ, J.L. (2019), “Apologías débiles y libertad de expresión: hitos de la jurisprudencia más reciente y algunos parámetros interpretativos-aplicativos”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 53, ap. IV.1.1.4; LEÓN ALAPONT, J. (2022), “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-01, p. 22.

2 Vid. p.e. STC 177/2015 de 22 de julio (TC:2015:177). Crítica ROIG TORRES, M. (2020), “El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana”, en *Revista General de Derecho Penal*, 33, pp. 10 y s.

3 En un primer momento el CP1995 solo recogía la apología genérica del art. 18 CP y la específica del art. 607.2 CP.

(3) Se trata de un concepto relacional y negativo: es aquella descripción típica y/o interpretación jurisprudencial de la apología que suprime o diluye alguno de los requisitos que su punición exige según la estructura de injusto que en un determinado sistema jurídico se le haya atribuido de manera genérica.

II. CONCEPTO RELACIONAL Y NEGATIVO

(1) La apología es el discurso que se realiza en defensa o alabanza de algo o alguien. En un sentido penal hay que vincular esta definición con actividades criminales y sus autores. De este modo habría que sustituir el algo o alguien, por un delito y por los que han intervenido, respectivamente. Ahora bien, esta descripción nuclear es demasiado imprecisa para el derecho penal. ¿Qué caracteriza a la apología penalmente relevante? Hay que posicionarse sobre dos aspectos: su relación de ofensividad con el bien jurídico y los requisitos objetivos/subjetivos que se derivan de ello.

(2) La estructura del injusto de la apología se puede interpretar desde tres perspectivas: prospectiva (se detiene en el efecto futuro que puede tener la apología: forma de intervención en futuros comportamientos criminales creando o intentando crear una resolución delictiva o reforzando la existente en aquellos que reciben el mensaje), actual (la expresión apologética no es una participación o preparación de un futuro hecho delictivo, supone en sí misma y en el momento en que se realiza la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico: la paz pública; la confianza en la vigencia de la norma; la moral mayoritaria, etc.) y retrospectiva (la apología representa una solidaridad tras la comisión de un delito que ayuda a eludir la responsabilidad moral del autor y a declarar que la sanción penal no es justa).

De cada perspectiva resulta un modelo diferente de apología con una estructura de injusto propia. Por ejemplo, en los planteamientos actuales desaparece cualquier referencia a la incitación, son las declaraciones de alabanza, justificación, etc. las que mantienen una relación de ofensividad directa con el bien jurídico concreto y, así, lesionan o tienen capacidad para lesionar la paz pública en sus diversas concepciones. En cambio, la perspectiva prospectiva, con más requisitos, demanda constatar que el ensalzamiento, p.e., es una incitación pública, tácita o indirecta, a la comisión de delitos concretos.

(3) La apología débil es un concepto relacional y negativo porque resulta de la eliminación o simplificación de algunos de los elementos exigidos por la estructura de injusto propia del modelo de apología elegido. Esta debilitación se puede efectuar para cada naturaleza de la apología⁴. Por ejemplo, si se da una definición genérica de la apología como forma de provocación al delito (como hace el art. 18 CP), la previsión de una apología específica en la que no se requiere una incitación sería un supuesto de apología débil (vid. art. 510.2.b CP).

4 Por consiguiente, aunque el modelo prospectivo tiene más requisitos para su sanción, y puede presentar un mayor número de situaciones en las que es posible realizar una simplificación que de lugar a una apología débil, los modelos actuales y posteriores también se pueden debilitar. Por ejemplo, se puede no requerir que la expresión sea un ensalzamiento o enaltecimiento (expreso) o no exigir que esta tenga capacidad para crear un clima objetivo de inseguridad, sino para generar una sensación subjetiva de hostilidad o inseguridad y, todavía más débilmente, considerar suficiente con que sean conductas idóneas para favorecer el surgimiento de estos climas subjetivos.

Cuando se adopta un determinado paradigma de la naturaleza de la apología en un código penal, la creación de tipos específicos que recurren a otras perspectivas que según su estructura del injusto demandan menos requisitos que la dominante suponen igualmente un caso de apología débil. Ello acontece cuando en un modelo prospectivo se sustituye la capacidad para crear una resolución delictiva por el favorecimiento de ciertos climas (de violencia, hostilidad, etc. vid. art. 510.1.c CP). También supone, al contrario, que si el paradigma de referencia que mantiene el código penal fuera el actual, no se podría sostener que hay una apología débil cuando se creen tipos específicos que conforme a esta naturaleza se desprenden de la incitación, pero requieren crear un clima de hostilidad⁵.

III. APOLOGÍA DÉBIL COMO FORMA SIMPLIFICADA DE LA PROVOCACIÓN AL DELITO

1. La apología estricta como provocación débil al delito

(1) En función de lo indicado se puede definir la apología débil como la tipificación de una apología (y/o su interpretación jurisprudencial) en la que se han eliminado o difuminado los elementos requeridos por el modelo de injusto utilizado de forma genérica para justificar su punición. La versión más compleja y estricta, en la que, en consecuencia, puede producirse más habitualmente este fenómeno, es la que presenta la perspectiva prospectiva.

(2) La apología se interpreta de forma mayoritaria por la doctrina española después de la publicación del CP1995 como una incitación tácita o indirecta al delito, de acuerdo con la definición que da el art. 18 CP⁶, que la describe como una forma de provocación directa al delito.

Su punición conforme al citado precepto demanda la concurrencia de los siguientes requisitos:

Que haya una difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Este comportamiento tiene que suponer una forma de provocación: la expresión debe ser una incitación, implícita, pero con capacidad para incitar a la

5 Ahora bien, esto no impediría criticar el uso de la perspectiva actual como referente general de la apología, ya que esta se vale de bienes jurídicos (la paz pública o la seguridad colectiva) ambiguos, indeterminados y modificables según la necesidad punitiva. Una coartada que legitima la anticipación que supone la apología (con una capacidad lesiva mínima en relación con otros bienes jurídicos de referencia como la vida o la libertad).

6 Sobre el proceso legislativo de conformación de este artículo y otras opciones que se plantearon vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (1997), "La apología delictiva", en *Actualidad Penal*, n. 33/15, pp. 757 y ss.

A favor de interpretar en un sentido «fuerte» la apología como apología provocativa, vid. ALONSO RIMO, A. (2010), "Apología enaltecimiento del terrorismo y principio penales", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 4, pp. 64, 66; LLOBET ANGLÍ, M. (2011), "¿Qué fue de la libertad de expresión y la disidencia política en la apología del terrorismo? En busca de su bien jurídico protegido", en Masferrer (ed.): *Estado de Derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Cizur Menor, p. 571; RAMÍREZ ORTIZ, cit. nota 1, ap. I; LEÓN ALAPONT, cit. nota 1, p. 8.

comisión de delitos en función del contexto (indirecta en cuanto la forma de expresión, directa por su idoneidad para crear una resolución delictiva en el auditorio), pública, a la comisión de un delito concreto, con un dolo con un doble elemento (a la expresión de apología y a la incitación). Se exige, además, un resultado de peligro: riesgo de efectiva comisión del delito al que se incita. Se trata, así mismo, de una tentativa de inducción pública sin resultado intermedio: no exige que se cree la resolución delictiva en los destinatarios⁷.

(3) La apología en su versión más estricta supone, desde esta perspectiva, una primera simplificación de la provocación. Representa, por consiguiente, una forma de provocación débil. La diferencia entre ambas se encuentra en el modo de exteriorización de la incitación, en concreto, en la estrategia de persuasión utilizada: la apología es una forma de provocación implícita, tácita o indirecta mediante el enaltecimiento del autor o el ensalzamiento del crimen. Cualquier otra forma implícita de incitación a través de la descripción de hechos delictivos, la satisfacción o la simple aprobación del comportamiento criminal, las ausencias de reproche al autor por su conducta, la negativa a condenar el hecho delictivo, la imputación de responsabilidad a la víctima, etc. no podrán ser sancionadas como apología⁸.

2. Apología débil como provocación débil de segundo grado

Según el enfoque prospectivo, elegido como modelo general de punición de la apología, habrá una apología débil cuando se sancionen de forma específica expresiones que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor mediante tipos penales (o sus exégesis jurisprudenciales) que se desprenden o neutralizan alguno/s de los elementos descritos o asociados con su definición como provocación débil de primer grado.

El objetivo de esta legislación es conseguir facilitar la condena de expresiones que respecto a ciertos delitos y sus autores son actos de justificación y enaltecimiento, comentarios u opiniones irrespetuosas e inaceptables según la mayoría social, pero que, por diversos motivos, no se pueden sancionar por la vía del art. 18 CP.

Son seis los requisitos que pueden ser alterados. Se puede suprimir (o diluir) la exigencia de que las expresiones, (i) formas de enaltecimiento o ensalzamiento, sean una (ii) incitación, (iii) pública, (iv) a la comisión de un delito concreto, (v) creando un riesgo de inminente realización, (vi) de forma voluntaria (respecto a la incitación y a la futura comisión de delitos).

7 Vid. FUENTES OSORIO, J.L. (2007), *Preparación delictiva*, Granada, pp. 312 y ss.

8 No obstante, también se afirma que este carácter implícito de la incitación realmente no permite distinguir la apología de la provocación, vid. MANZANARES SAMANIEGO, cit. nota 6, p. 761; BILBAO UBILLOS, J.M. (2009), "La negación de un genocidio no es una conducta punible (Comentario de la STC 235/2007)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, p. 320; BERNAL DEL CASTILLO, J. (2017), "Actos preparatorios y provocación al terrorismo", en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 122, pp. 12. Este planteamiento ha servido para sostener que el art. 18 CP define la apología, pero para excluir su punición al no ser una forma de provocación directa del art. 18.1 CP. De aquí se deriva un criterio general de impunidad o intrascendencia y solo serían sancionables las específicamente indicadas por el legislador en la parte especial, vid. ALONSO RIMO, cit. nota 6, pp. 20 y ss., 24.

A) Las expresiones no deben ser incitaciones al delito.

(1) Esta ausencia, que se observa en casi todas las apologías específicas⁹, permite punir declaraciones sin plantearse si, en el contexto concreto, son incitaciones idóneas. De este modo, basta con realizar una expresión que se considere como una forma ensalzamiento o enaltecimiento.

(2) No se puede ocultar que la capacidad persuasiva que puedan alcanzar las conductas de ensalzamiento o enaltecimiento es en principio menor que la prevista para una provocación¹⁰. En realidad, la dificultad para probar este requisito exponía que esta asimilación con la provocación garantizaba la punición excepcional de la apología, necesaria por las dudas sobre cómo justificar en un estado democrático la restricción de manifestaciones de la ideología. Se pretendía transmitir el mensaje de que existía cierto control sobre declaraciones apologéticas, pero que solo se podía limitar la libertad de expresión en las poquísimas situaciones (muy extremas) en las que se demostrara que se podían equiparar con una incitación directa.

(3) No obstante, no quedaba claro cómo encajar la apología de genocidio del art. 607 CP¹¹ dentro de este debate. Su definición típica, que no reproducía la exigencia de que la apología fuera una incitación directa del art. 18 CP, llevó a dos interpretaciones dispares. Por un lado, se mantenía que no hacía falta mencionar la incitación ya que la apología del genocidio seguía sometida a la definición general de la figura del art. 18 CP. Por otro, que era una excepción a este artículo, de modo que bastaba la realización de la conducta descrita. Parecía más correcta la segunda interpretación por dos motivos: el legislador había excluido la conexión con la incitación y la apología que sí aparecían en el proyecto de ley; se preveía una sanción adicional de la provocación genérica a estos delitos (y con una pena inferior)¹².

Esta discusión se vuelve a repetir con otras apologías específicas posteriores con idéntico resultado. Así respecto al art. 578.1 CP se mantiene que no se tiene que identificar con el art. 18 CP¹³, y que es suficiente con el acto apologético, o, por el contrario, que es necesario constatar la existencia de una incitación¹⁴.

9 Una excepción se aprecia en la última redacción del art. 579.1 CP.

10 MAQUEDA ABREU, M. L. (1987), "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", en *Poder Judicial*, n. 9, p. 27 defendía que a la apología «(...) todo lo más que puede imputársele, es su capacidad objetiva de generar adhesiones» (cursiva original).

11 Anterior a la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

12 Sobre este debate vid. RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2009), "La declaración de inconstitucionalidad del delito del "negacionismo" (artículo 607.2 del código penal español)", en *Nuevo Foro Penal*, n. 72, 2009, pp. 136 y s.

13 Insisten en que es una apología específica distinta de la genérica del art. 18 CP que no tiene que ser una incitación (directa o indirecta) al delito: SSTs 224/2010 de 3 de marzo, fj. 3 (TS:2010:1418); 180/2012 de 14 de marzo, fj. 5 (TS:2012:1619); 106/2015 de 19 de febrero, fj. 3 (TS:2015:748); 846/2015 de 30 de diciembre, fj. 3 (TS:2015:5682); 90/2016 de 17 de febrero, fj. 1 (TS:2016:346); 354/2017 de 17 de mayo (TS:2017:1883); 72/2018 de 9 de febrero, fj. único (TS:2018:396). Y se especifica que es una zona intermedia, extramuros al delito de apología (STS 224/2010, de 3 de marzo – TS:2010:1418; 354/2017 de 17 de mayo, fj. 5 – TS:2017:1883) en la que basta el acto laudatorio (STS 224/2010 de 3 de marzo, fj. 3 – TS:2010:1418).

14 Requieren una incitación, aunque sea indirecta, por ejemplo SSTs 52/2018 de 31 enero, fj. 2 (TS:2018:178); 135/2020 de 7 de mayo, fj. 2 (TS:2020:1298); SAN 12/2017 de 21 de marzo, fj. 2.2 (AN:2017:505).

(4) Para evitar este debate sobre si las apologías específicas se remiten al art. 18 CP, se puede incluir en el tipo la exigencia de que sea una incitación. En tal caso la apología se puede debilitar mediante una interpretación que diluya este requisito: se afirma su presencia por el mero hecho de que haya una expresión apologética; porque el sujeto tenga esta finalidad (con independencia de la capacidad objetiva de lo manifestado) o porque la expresión sea idónea para generar un riesgo de producción de los delitos.

Debo detenerme en el último aspecto. Tengo la impresión de que cuando se establece que la apología solo será punible si es una incitación indirecta realmente no se ha vuelto al art. 18 CP. Cuando se requiere una incitación indirecta, puede que ello no se refiera a su carácter implícito¹⁵, sino a su capacidad lesiva, diferente a la que requiere la provocación. La apología se asocia con el término incitación, pero no se define en ningún momento desde la teoría de la participación, es decir, desaparece una mención a su capacidad para crear una resolución delictiva. La lesividad se considera presente cuando la expresión incrementa un riesgo de comisión, lo que según las SSTC 235/2007 de 7 de noviembre (fj. 9) y 112/2016 de 20 de junio (fj. 6) está presente cuando favorece o fomenta la creación de un clima de hostilidad contra las víctimas o ideológicamente favorable hacia la conducta delictiva (contextos de riesgo al ser climas predelictivos). Al final, ya no es necesario constatar que hay una incitación, sino la idoneidad de la expresión respecto a estos climas.

B) *No se exige publicidad.*

(1) La provocación es una tentativa de inducción pública en lo que respecta al medio de comisión utilizado porque solo alcanza a las incitaciones cometidas a través de imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad. Cláusula final que se refiere a la capacidad del medio utilizado para difundir una incitación sobre un colectivo de personas aumentando con ello las probabilidades de que en alguno de ellos surja la resolución delictiva y decida llevar a cabo el delito propuesto.

(2) Este carácter público no aparecía con claridad en la redacción original del art. 607 CP. Surgían algunas dudas sobre si era posible la apología privada ya que este artículo admitía como punible la «difusión por cualquier medio». Con la reforma del 2015 (LO 1/2015 de 30 de marzo) el nuevo tipo de apología al genocidio (510.1.c CP) confirma expresamente su carácter público. Demanda de publicidad que se recogía de manera clara («por cualquier medio de expresión pública o difusión») en la apología del terrorismo creada por la LO 7/2000 de 22 de diciembre (art. 578 CP)¹⁶ así como en la difusión de mensajes del art. 579.1 CP y en la apología de los delitos de odio (art. 510.2.b CP).

¹⁵ No puedo afirmar con rotundidad qué dice exactamente la jurisprudencia (que corta y pega referencias, algunas contradictorias entre sí en una misma resolución, y utiliza el término incitación indirecta sin precisar en qué consiste o dando definiciones confusas y, algunas, ciertamente próximas al favorecimiento).

¹⁶ Demandan publicidad SSTC 846/2015 de 30 de diciembre, fj. 2 (TS:2015:5682); 820/2016 de 2 de noviembre fj. 2 (TS:2016:4714); 623/2016 de 13 de julio, fj. 4

No obstante, este requisito se puede diluir jurisprudencialmente. Así se afirma, p.e., que basta con que se haga en público el mensaje, esté a la vista o pueda ser conocido¹⁷.

(3) Esta demanda de publicidad aparece en el tipo básico y como una agravante por el uso de internet y medios de comunicación social (art. 510.3 y 578.2 CP). Ello puede ser un factor distorsionador, pues no se explica con claridad cómo conjugar esta doble referencia a la publicidad. Una posibilidad de encaje será sostener que es pública simplemente cuando se utilicen estos medios, lo que supone una dilución del requisito, y que se agravará cuando haya mucha difusión (en función, p.e., del número de seguidores)¹⁸.

C) *No tiene que conectarse con un delito concreto.*

(1) Para sancionar la apología como forma de participación (en fase de tentativa) debe haber una precisión del delito al que sutilmente se incita. Por un lado, porque no se debe considerar como una forma de apología cualquier manifestación que tangencialmente tenga que ver con una actividad delictiva. Se debe incitar implícitamente a la realización de un hecho concreto, que sea un delito reconocible como tal, contra un objeto o sujeto determinado. Por otro, en cuanto forma de incitación a la comisión de delitos la pena se establece mediante una rebaja genérica, normalmente en uno o dos grados, del marco del tipo penal cuya ejecución se desea y sin el cual no es posible precisar la pena.

(2) El carácter implícito de la apología dificulta, empero, determinar a qué conducta delictiva se incita. En realidad, alcanza a una paleta de posibles tipos penales. Ante esta situación se podría haber facilitado la sanción optando por conectar la apología con la conducta delictiva que tenga la pena más leve de todas las posibles (de manera favorable al reo).

(3) En las apologías específicas no hay una exigencia de puntualización del delito al que se incita. Jurisprudencialmente se ha preferido soslayar la dificultad que ello ocasiona con la exigencia de que se pueda constatar una conexión genérica a un tipo de delitos (p.e. de terrorismo o de genocidio) sin necesidad de precisar una conducta delictiva¹⁹. Esta incitación genérica no es una solución cuando la apología específica contiene una penalidad descrita como una rebaja en el marco de un delito de referencia, pero sí para las que tienen marcos penales autónomos, en las

(TS:2016:3113); 706/2017 de 27 de octubre, fj. 1.2 (TS:2017:3804); 135/2020 de 7 de mayo, fj. 2 (TS:2020:1298).

¹⁷ Vid. STS 180/2012 de 14 de marzo, fj. 5 (TS:2012:1619) (tenga cierta repercusión pública – por la aparición de una noticia sobre el evento en periódicos y noticiarios); 90/2016 de 17 de febrero, fj. 1 (TS:2016:346) («pintada grande y llamativa»).

¹⁸ Vid. infra nota 25.

¹⁹ No requiere expresamente que haya riesgo de comisión de un delito de terrorismo en concreto: SSTC 106/2015 de 19 de febrero, fj. 3 (TS:2015:748); 79/2018 de 15 de febrero, fj. 2 (TS:2018:397); 378/2017 de 25 de mayo, fj. 2 (TS:2017:2013); 560/2017 de 13 de julio, fj. 3 (TS:2017:2967); 600/2017 de 25 de julio, fj. 3 (TS:2017:3134); 52/2018 de 31 enero, fj. 4 (TS:2018:178); 291/2020 de 10 de junio, fj. 2 (TS:1913:2020); 135/2020 de 7 de mayo, fj. 2 (TS:2020:1298); 137/2021 de 17 de febrero fj. 4.8 (TS:2021:886).

que la prueba se simplifica al poder exigir solamente una incitación a un grupo de delitos. La preferencia a favor de esta última opción se aprecia en la apología del genocidio (arts. 607.2, prisión de 1 a 2 años; desde el 2015, art. 510.1.c CP, con una prisión de 1 a 4 años y multa de seis a doce meses) y en los delitos de odio (art. 510.2.b, prisión de 6 meses a 2 años y multa de seis a doce meses) y es uno de los motivos que explica la aplicación mayoritaria del art. 578.1 CP²⁰ (pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 18 meses), frente a 579 CP (rebaja en uno o dos grados)²¹.

D) No demanda generar un riesgo inminente de realización.

(1) El contenido de injusto de la apología requiere para su consumación que la expresión sea idónea para crear una resolución en un auditorio que efectivamente haya recibido el mensaje, momento en que se produce una pérdida de control definitiva sobre el mismo. No se demanda, en cambio, constatar la creación de una resolución en este sentido en los receptores.

(2) Este riesgo no aparece en la redacción de los tipos de apología²² (solo estaba presente en el art. 579.1 CP antes de la reforma LO 2/2015). Sin embargo, suele ser exigido por la jurisprudencia²³. Si bien, entendido normalmente como la idoneidad de la expresión, en función de las circunstancias existentes, para crear un riesgo de comisión²⁴.

Esta forma de plantear este requisito no termina de encajar con la perspectiva de la apología como forma de provocación. Desde este enfoque se debe comprobar si la conducta tiene capacidad para crear resoluciones delictivas. Cuando la incitación presenta esta capacidad existe con ello un riesgo en abstracto de producción de conductas delictivas, pero también en concreto, porque la idoneidad depende de la situación del emisor, del contexto social y del auditorio concreto que haya recibido ese mensaje. En realidad, solo se puede distinguir en el nivel de peligro si se incluye un factor temporal, el riesgo de inminente de realización. En consecuencia, se puede diluir el requisito del riesgo cuando se afirma que la declaración es idónea porque es una incitación, porque hay un enaltecimiento de hechos y personas que

20 No es el único: el art. 578 CP no requiere una incitación. Tampoco exige un resultado de riesgo (aunque se demande jurisprudencialmente).

21 Más complejo de aplicar porque, aunque no exige que haya un enaltecimiento /exaltación, recupera la incitación (pero no exige que sea directa) y la conexión con el delito concreto (requerido por el marco penal).

22 Destaca esta circunstancia RAMÍREZ ORTIZ, cit. nota 1, ap. VI.2.

23 Como fundamento de su constitucionalidad, vid. SSTC 235/2007, de 7 de noviembre, fj. 9 (TC:235:2007); 177/2015 de 22 de julio (TC:2015:177); 112/2016 de 20 de junio, fj. 3 (TC:2016:112).

24 Vid. SSTS 354/2017 de 17 de mayo, fj. 5.7 (TS:2017:1883); 378/2017 de 25 de mayo, fj. 2 (TS:2017:2013); 560/2017 de 13 de julio, fj. 3 (TS:2017:2967); 600/2017 de 25 de julio, fj. 3 (TS:2017:3134); 52/2018 de 31 de enero, fj. 3 (TS:2018:178); 79/2018 de 15 de febrero, fj. 2 (TS:2018:397); 95/2018, de 26 de febrero, fj. 3.4 (TS:2018:493); 135/2020 de 7 de mayo, fj. 2 (TS:2020:1298); 137/2021 de 17 de febrero, fj. 4 (TS:2021:886); 291/2020 de 10 de junio, fj. 2 (TS:1913:2020); 137/2021 de 17 de febrero fj.4.8, 21 (TS:2021:886); SAN 10/2018 de 9 marzo, fj. 2.C (AN:2018:660).

son terroristas y una divulgación, aunque sea limitada²⁵, porque no se exige que haya un peligro concreto²⁶ entendido como inmediato.

(3) ¿Realmente no se recoge este riesgo de comisión en la redacción de los tipos específicos de apología? Aparece en algunas ocasiones como la capacidad de la expresión para crear climas predelictivos de violencia u hostilidad²⁷ que representan un atentado contra la paz pública. Así, por ejemplo, cuando se requiere en los delitos de odio que la expresión realizada promueva o favorezca un clima de violencia u hostilidad (u odio o discriminación) como elemento del tipo básico (art. 510.1.c CP) o como una circunstancia agravante (arts. 510.2.b, 510.4 CP). Ello supone un cambio a la perspectiva actual que se desvincula, además, del requisito de la incitación. Así mismo, este requisito está diluido respecto al enfoque actual en cuanto ni siquiera se demanda que se cree o tenga capacidad para crear estos climas.

También se describe en los tipos como la demanda de que la apología tenga idoneidad para alterar la paz pública o para crear sentimientos de miedo en la sociedad. Este factor solo aparece como circunstancia agravante (arts. 510.4 y 578.3 CP). La debilitación del modelo actual se concreta subjetivando el clima: se exige capacidad para generar un clima subjetivo de inseguridad. Este requisito se simplifica todavía más cuando se afirma que se presume que siempre que se realiza un enaltecimiento o justificación se promueven estos climas o que son manifestaciones idóneas para alterar la paz pública en un sentido subjetivo.

En estos casos es habitual mantener un vínculo aparente con la incitación, que se define como indirecta, pero porque se le exige únicamente una capacidad para favorecer los climas indicados²⁸. Ello implica, en realidad, una desnaturalización de la exigencia de una incitación²⁹.

25 Vid. STS 79/2018 de 15 de febrero, fj. 2 (TS:2018:397); SAN 10/2018 de 9 marzo, fj. 2.C (AN:2018:660).

26 Vid. expresamente en contra 135/2020 de 7 de mayo, fj. 2 (TS:2020:1298). No obstante, STC 235/2007, de 7 de noviembre, fj. 9 (TC:235:2007) exigía un «peligro cierto».

27 Vid. STC 112/2016 de 20 de junio, fj. 6 (TC:2016:112); SSTS 79/2018 de 15 de febrero, fj.1 (TS:2018:397); 335/2017 de 11 de mayo, fj. 4 (TS:2017:1851).

28 Vid. STC 112/2016 de 20 de junio, fj. 6 (TC:2016:112); 335/2017 de 11 de mayo, fj. 4 (TS:2017:1851).

Vid. en un sentido crítico NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2021), «Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo», en *Revista General de Derecho Penal*, n. 36, pp. 56 y ss.

29 STS 135/2020 de 7 de mayo, fj. 2 (TS:2020:1298) exige una incitación, pero señala que tiene que haber una situación de «riesgo indirecto» causado por las expresiones consignadas en la red social, que deben ser «un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal», lo que se identifica más con la idea de que la apología sea un aliciente que una incitación.

La SAN 10/2019 de 7 de mayo, fj. 1 (AN:1472:2019) utiliza el término alentar, indirectamente al menos, una situación de riesgo (en el mismo sentido SSTS 600/2017 de 25 de julio, fj. 3, TS:2017:3134; 52/2018 de 31 de enero, fj. 3 - TS:2018:178; 560/2017 de 13 de julio, fj. 3 - TS:2017:2967). Término que se aproxima más a fomentar o favorecer que a incitar (vocablos que aparecen en el art. 579.1 CP antes de su modificación por la LO 2/2015, en la que se sustituyó provocar, alentar o favorecer la perpetración, por tener una finalidad para incitar o ser idóneas por su contenido a ello).

E) *No requiere que las conductas sean formas de enaltecimiento o ensalzamiento.*

(1) La descripción de la apología en el art. 18 CP no es meramente declarativa. Supone que de todas las formas de provocaciones implícitas posibles solo serán punibles las que se realicen mediante el enaltecimiento del crimen o el ensalzamiento del autor según las circunstancias del caso concreto. Se excluyen otros modos de comunicación de la opinión o explicitación de la ideología.

En consecuencia, las apologías específicas deben recoger como requisito típico que la expresión sea objetivamente una forma de exaltación/enaltecimiento³⁰, para lo que se han de tener en cuenta las circunstancias concurrentes, especialmente las expresiones y el contexto³¹. Así mismo habrá ciertas manifestaciones que no cumplirán este requisito³².

(2) Pese a ello, la creación de apologías específicas puede pretender, entre otras cosas, ampliar la punición a otros modos de provocación implícita, que no tienen cabida en un sentido estricto dentro de los verbos descritos en el art. 18 CP.

(a) Así la creación del art. 607 CP permite ampliar las conductas de apología a la negación o a la justificación del genocidio. De manera similar, la redacción del art. 578 CP tras la reforma de la LO 7/2000 añadía al enaltecimiento la justificación de los delitos de terrorismo. ¿En verdad había una ampliación de las conductas típicas? No se debe dar una respuesta afirmativa automática ya que estas manifestaciones podían estar comprendidas en la definición de ensalzamiento/enaltecimiento. Si la precisión de los términos que definen la apología en el art. 18 CP permite alcanzar a conductas como la justificación o al negacionismo³³, p.e., su sanción no implicará una expansión respecto a la conducta típica original y no estaremos ante un caso de apología débil.

(b) No obstante nos podemos encontrar con situaciones en las que la redacción típica haya desnaturalizado el concepto de apología penal. La provocación implícita no se limita a las expresiones que se puedan considerar un ensalzamiento del hecho o enaltecimiento del autor, se expande y engloba la mera comunicación de una opinión (a lo que se puede unir la demanda de que esta sea una incitación al delito en el caso concreto). Así, mientras el art. 510.2.b CP pune el enaltecimiento

30 Así respecto al art. 578 CP vid. SSTs 560/2017 de 13 de julio, f. 3 (TS2017:2967); 224/2010 de 3 de marzo, f. 4 (TS:2010:1418); 846/2015 de 30 de diciembre, f. 3 (TS:2015:5682); 600/2017 de 25 de julio, f. 4 (TS:2017:3134); 291/2020 de 10 de junio, f. 2 (TS:1913:2020); 135/2020 de 7 de mayo, f. 2 (TS:2020:1298); 137/2021 de 17 de febrero f. 4 (TS:2021:886); SAN 6/2019 de 19 de febrero, f. 4 (AN:631:2019).

31 Para el art. 578 CP: SSTs 224/2010 de 3 de marzo, f. 4 (TS:2010:1418); 846/2015 de 30 de diciembre, f. 3 (TS:2015:5682); 95/2018, de 26 de febrero, f. 3.4 TS:2018:493).

32 Por ejemplo se indica, para el art. 578 CP, que no basta un comentario genérico, sino una justificación del acto o la banda terrorista (STs 72/2018 de 9 de febrero, f. único -TS:2018:396) y que no es suficiente la aprobación o el asentimiento (enaltecimiento), ni la mera explicación (justificación), STS 291/2020 de 10 de junio, f. 2 (TS:1913:2020).

33 Desde mi punto de vista la STC 235/2007 de 7 de noviembre, f. 7-8 (TC:235:2007) establecía la posibilidad de sanción del negacionismo (una expresión que podía ser equívoca) si se incluía un elemento adicional, que sea idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado (es decir, que fuera una incitación al odio). Ello fue precisamente lo que se hizo en el 2015.

o justificación de los delitos de odio, el art. 510.1.a CP castiga la incitación directa e indirecta al odio, hostilidad, discriminación y violencia. Por consiguiente, en el segundo precepto se pueden incluir todas las formas de incitación indirecta que no sean una apología por la vía del art. 510.2.b CP y, curiosamente, con una pena superior a esta.

Algo similar se produce con el art. 579.1 CP al tipificar la difusión pública de mensajes o consignas con la finalidad o idóneas por su contenido para incitar a la comisión de delitos de terrorismo³⁴. Por esta vía se punen manifestaciones en las que los sujetos exponen sus ideas, doctrinas o ideología, así como el acuerdo o satisfacción con ciertos comportamientos desviados sin necesidad de calificarlas como una forma de justificación o enaltecimiento (tipo penal que antes de la LO 2/2015 señalaba que era aplicable en las situaciones en que estas expresiones no pudieran ser sancionadas como una provocación, conspiración o proposición).

(3) Otra forma de conseguir sancionar la difusión de ideas sin necesidad de que concurren las conductas que tradicionalmente se definen como una apología consiste en agregar un objeto de tutela alternativo, por ejemplo, el honor/integridad moral: si la expresión no es una apología, se permite su punición como ataque a la dignidad de las víctimas o colectivos protegidos³⁵. Así, en el art. 578.1 CP se castiga, con la misma pena, el enaltecimiento o la justificación de los actos de terrorismo y la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares³⁶.

Debo destacar que esta conducta típica podría encajar sin problemas en un planteamiento actual de la apología, si bien con la precisión de que el bien jurídico seguiría siendo la paz pública. Es decir, las expresiones de menosprecio son punibles porque pueden favorecer o fomentar un clima de hostilidad favorable al terrorismo. Ahora bien, este modo de tipificación alternativa y equiparada de ambas conductas, si nos mantenemos en el enfoque prospectivo en el que la apología es una incitación tácita y consideramos, además, que el otro comportamiento pretende proteger la dignidad de las víctimas, puede producir dos confusiones. (i) Por un lado, parece que se puede incitar al delito mediante expresiones que pueden atentar contra el honor³⁷. (ii) Por otro, abre la puerta a identificar como una humillación o menosprecio opinar de una manera diferente a las víctimas: es la adhesión ideológica, la conformidad e incluso la satisfacción con las conductas delictivas, etc., la que atenta contra el honor o la integridad moral.

34 Denominado como delito de «difusión o propaganda». Vid. al respecto BERNAL DEL CASTILLO, cit. nota 8, 26.

35 LEÓN ALAPONT, cit. nota 1, p. 31 afirma que se utiliza «(...) el delito de humillación como comodín o repuesto en caso de no apreciarse la conducta de enaltecimiento».

36 Algo parecido aparece en el art. 510 CP, si bien con la diferencia de que la lesión de la dignidad de los colectivos tiene una pena inferior (art. 510.2.a CP) a la prevista para la incitación al odio (art. 510.1.a CP).

37 Insiste en que en la STS 4/2017, 18 de enero (TS:2017:31) se produce «(...) una intercambiabilidad entre los supuestos de enaltecimiento y humillación», RAMÍREZ ORTIZ, cit. nota 1, ap. V.1.

F) No exige una intención subjetiva de incitación a la comisión de delitos o de voluntad de que se realice la conducta delictiva.

(1) El elemento volitivo del dolo del apologista desde su concepción como provocación tácita debe alcanzar tanto al ensalzamiento/enaltecimiento como a la incitación, esto es, debe querer crear una resolución delictiva en tal sentido y, en sus versiones más estrictas, que el sujeto desee que se produzca la comisión del delito al que incita. Con estas demandas subjetivas se dificulta la aplicación del tipo de apología, porque no se puedan probar o porque no existan en el caso concreto (por ejemplo porque se difundan entre un grupo de gente ya convencida, un caso de autoconsumo para su propia satisfacción³⁸).

(2) Parece lógico que no se restrinja la libertad de expresión cuando no están presentes estos aspectos subjetivos. Sin embargo, ello se puede ver como un problema cuando se quieren perseguir penalmente manifestaciones ideológicamente próximas a ciertos delitos. La solución más fácil para superar esta dificultad ha sido, en primer lugar, mantener que es suficiente un dolo eventual. De este modo, siempre que la conducta sea un ensalzamiento del delito o enaltecimiento de su autor se puede defender que el sujeto conoce (e incluso que acepta) que con ello está provocando a la comisión de delitos³⁹. También se podía recurrir a presunciones (por ejemplo, cuando hay una reiteración de las conductas⁴⁰).

(3) Con todo, el «inconveniente» que suponen estas exigencias subjetivas ha sido otro motivo adicional para crear tipos penales autónomos de apología. Cuando se tipifican de forma específica desaparece el segundo requisito subjetivo. Querer incitar a la comisión de un delito deja de ser relevante⁴¹. El ánimo del autor se reduce a querer realizar una conducta que, por ejemplo, niegue, trivialice gravemente o enaltezca (art. 510.1.c CP)⁴². Incluso este único elemento volitivo que permanece se podría volver a diluir de nuevo mediante el dolo eventual (es suficiente con que conozca que su declaración se puede interpretar como un ensalzamiento de un delito)⁴³ o mediante presunciones.

38 Ejemplo tomado de RAMOS VÁZQUEZ, cit. nota 12, p. 165. Excluye también estos supuestos del ámbito de la apología, pero porque no tienen capacidad para crear un clima predelictivo LLOBET ANGLÍ, cit. nota 6, pp. 583 y s.

39 Así sostiene que la voluntad de incitación se deriva de la aptitud para justificar o enaltecer el terrorismo, STS 291/2020 de 10 de junio, fj. 2 (TS:1913:2020). Vid. también sobre el conocimiento de que los mensajes suponen una lesión de la dignidad de las víctimas como prueba del dolo, SAN 9/2017, de 29 de marzo, fj. 1.A.c. (AN:2017:514).

40 Mantiene que la reiteración de los mensajes es suficiente prueba de la voluntariedad del acto de apología: STS 4/2017, 18 de enero, fj. 1 (TS:2017:31); SAN 10/2019 de 7 de mayo, fj. 1 (AN:1472:2019).

41 Vid. FUENTES OSORIO, cit. nota 7, p. 351.

42 Críticamente BOZA MORENO, E. (2021), «El delito de enaltecimiento terrorista como límite a la libertad de expresión», en *Revista General de Derecho Penal*, 36, p. 17.

Requieren únicamente la voluntariedad del acto de apología (querer exaltar, justificar el terrorismo): SSTS 72/2018 de 9 de febrero, fj. único (TS:2018:396); 4/2017, 18 de enero, fj. 1 y 3 (TS:2017:31); 224/2010 de 3 de marzo, fj. 5 (TS:2010:1418); 135/2020 de 7 de mayo, fj. 2 (TS:2020:1298); SAN 10/2019 de 7 de mayo, fj. 1 (AN:1472:2019).

43 Vid. SSTS 135/2020 de 7 de mayo, fj. 2 (TS:2020:1298); 291/2020 de 10 de junio, fj. 2 (TS:1913:2020): el dolo se constata mediante el examen objetivo de los mensajes.

3. Niveles de apologías débiles

(1) Según los elementos eliminados/difuminados se pueden elaborar diferentes niveles de apologías débiles. Ahora bien, estos no se construyen de forma organizada y suelen generar un contexto normativo caótico que hace más arbitraria su aplicación por la jurisprudencia⁴⁴.

Tabla 1. Niveles de apología del terrorismo
(tras LO 2/2015 de 30 de marzo)

PROVOCACIÓN DÉBIL	
579.3. Provocación/apología al terrorismo Rebaja en 1 o 2 grados	Requisitos: ENALTECIMIENTO/ENSALZAMIENTO FORMA TÁCITA DE PROVOCACIÓN INCITACIÓN DIRECTA Y PÚBLICA A DELITO CONCRETO RIESGO INMINENTE DE REALIZACIÓN DOBLE DOLO
APOLOGÍAS DÉBILES	
578.1 Enaltecimiento o justificación pública de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución; menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares 1-3 años de prisión y multa de 12 a 18 meses	Requisitos eliminados: NO INCITACIÓN A DELITO CONCRETO NO EXIGE RIESGO DE REALIZACIÓN (demandado jurisprudencialmente)
578.2. Agravación (mitad superior) cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.	DUPLICACIÓN CARÁCTER PÚBLICO

44 Vid. RAMÍREZ ORTIZ, cit. nota 1, ap. VI.2; NÚÑEZ CASTAÑO, cit. nota 28, pp. 50 y s.: «(...) los elementos típicos (...) vienen conformados por la jurisprudencia de una forma tan difusa y porosa (incitación, riesgo, clima) que permite cualquier tipo de interpretación que quiera realizarse de los mismos según los intereses político criminales del momento (...)».

578.3. Agravación (desde mitad superior hasta grado superior): resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella.	PERSPECTIVA ACTUAL DEBILITADA
579.1 Difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas con la finalidad o idóneas por su contenido para incitar a la comisión de delitos de terrorismo. Rebaja en 1 o 2 grados	Requisitos eliminados: NO ENALTECIMIENTO/ ENSALZAMIENTO DESAPARECE LA EXIGENCIA DE GENERAR O INCREMENTAR EL RIESGO DE EFECTIVA COMISIÓN (presente en redacción anterior a la LO 2/2015) Requisitos recuperados (respecto a redacción anterior a la LO 2/2015) INCITACIÓN. A DELITO CONCRETO (requerido por el marco penal).

- (a) Pueden existir diversas apologías específicas para un mismo grupo de delitos que pueden convivir, así mismo, con la apología genérica del art. 18 CP. De ello resulta un sistema poco coherente: se eliminan o se diluyen diferentes requisitos en cada tipo específico, se mezclan elementos de diferentes naturalezas, etc.
- (b) La creación de apologías específicas provoca, además, una expansión de la punición que llega hasta el extremo de poder sancionar la provocación/apología a la apología, alcanzadas por la permanencia de un tipo que se remite al art. 18 CP.
- (c) Hay un espacio de ambigüedad que permite reactivar elementos suprimidos. Es decir, se pueden interpretar las apologías específicas parcialmente como sus versiones más complejas y exigir (típica y/o jurisprudencialmente) algunos de los requisitos propios de estas⁴⁵. Estas exégesis jurisprudenciales y doctrinales más restrictivas, así como las vueltas atrás típicas

⁴⁵ Así se exige (aunque no venga recogido de forma expresa en el tipo) para poder sancionar por la vía del art. 578 CP querer incitar a la realización de delito de terrorismo: STC 112/2016 de 20 de junio (TC:2016:112); SSTs 378/2017 de 25 de mayo, fj. 4 (TS:2017:2013); 560/2017 de 13 de julio, fj. 3 (TS:2017:2967); 600/2017 de 25 de julio, fj. 3 (TS:2017:3134); STS 137/2021 de 17 de febrero fj. 4.8 (TS:2021:886); 52/2018 de 31 enero, fj. 6 (TS:2018:178); 95/2018, de 26 de febrero, fj. 3.4 (TS:2018:493); SSAN 20/2016 de 18 de julio fj. 3 (AN:2016:2767); 6/2018 de 1 marzo fj. 1 (AN:2018:28).

Respecto a la publicidad se puede sostener que el alcance limitado (pequeño grupo de personas, p.e.) puede determinar la no existencia de este requisito o permitir negar el potencial lesivo de la apología. Vid. Voto particular Juan Antonio Xiol Ríos en STC 112/2016 de 20 de junio (TC:2016:112); STS 646/2018 de 14 de diciembre, fj. único (TS:4133:2018); SAN 6/2019 de 19 de febrero, fj. 4 (AN:631/2019).

(mediante la reincorporación de elementos del modelo original de la apología como provocación débil) crea un marco legislativo complejo, con tipos que se superponen (con diferentes marcos penales) de manera innecesaria y dan la impresión de que la punición (y la vía típica utilizada) es una decisión arbitraria.

(2) Se establece así una normativa penal restrictiva de la libertad de expresión que genera mucha inseguridad jurídica:

- (i) Al poder sancionar casi cualquier declaración la cuestión se traslada a cómo distinguir lo típico de lo atípico. La persecución se vuelve selectiva.
- (ii) No queda clara la relación entre las apologías específicas, cuando hay más de una, ni con la genérica del art. 18 CP con la que habitualmente conviven.

(3) Estas figuras, con una escasa relación de ofensividad con los bienes jurídicos últimos que tutelan (vida, integridad física, libertad, etc.) y una evidente inseguridad jurídica respecto a qué incluyen y cómo se relacionan entre sí, hacen posible la punición de las opiniones disidentes, la provocación social y la desafección con la moral mayoritaria. Son un claro ejemplo de limitación inconstitucional de la libertad de expresión (art. 20 CE) y la introducción de una democracia militante que no admite la oposición a los valores del sistema democrático. Por ello es necesario derogar todas las formas de apología débil y reducir su persecución a las apologías en sentido estricto, las coincidentes con la provocación al delito del art. 18 CP⁴⁶.

Por último, se puede demandar un peligro concreto de producción del delito STS 646/2018 de 14 de diciembre, fj. único (TS:4133:2018).

⁴⁶ Así LEÓN ALAPONT, cit. nota 1, p. 37. Próximo RAMÍREZ ORTIZ, cit. nota 1, ap. VII que solicita una interpretación de las apologías autónomas como supuestos apologéticos vinculados con el art. 18.1 CP.