

**UNIVERSIDAD DE GRANADA**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**DOCTORADO EN DERECHO PENAL**  
**Y POLÍTICA CRIMINAL**

**TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA**  
**APOLOGÍA DEL TERRORISMO**

**AÑO ACADÉMICO 2010-2011**  
**GRANADA-ESPAÑA, SEPTIEMBRE 2011**

Editor: Editorial de la Universidad de Granada  
Autor: Jacquelyne Guadalupe Astacio Cabrera  
D.L.: GR 1565-2012  
ISBN: 978-84-9028-025-6

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**  
**DOCTORADO EN DERECHO PENAL Y POLÍTICA PENAL**

**TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA**  
**APOLOGÍA DEL TERRORISMO**

Tesis doctoral presentada por *Jacquelyne Guadalupe Astacio Cabrera*, bajo la dirección del Prof. Dr. D. **MIGUEL DOMINGO OLMEDO CARDENETE** y Prof. Dr. D. **JAVIER VALLS PRIETO**.

Vº Bº del Director  
Dr. Miguel Domingo Olmedo Cardenete

VºBº del Director  
Dr. Javier Valls Prieto

**Jacquelyne Guadalupe Astacio Cabrera**  
**Becaria MAEC-AECID**

# Índice

ÍNDICE .....	I
AGRADECIMIENTOS.....	VII
SIGLAS Y ABREVIACIONES UTILIZADAS .....	IX
INTRODUCCIÓN .....	XI
<b>PRIMERA PARTE: ASPECTOS GENERALES .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>1</b>
<b>DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: EL TERRORISMO .....</b>	<b>1</b>
1.1.    DERECHO PENAL DEL ENEMIGO .....	1
1.1.1. <i>Derecho penal del enemigo y Derecho penal del Ciudadano .....</i>	<i>1</i>
1.1.2. <i>Los Estados democráticos y constitucionales frente al terrorismo.....</i>	<i>14</i>
1.2.    TERRORISMO.....	20
1.2.1. <i>Aproximación conceptual: elemento estructural y elemento teleológico .....</i>	<i>22</i>
1.2.2. <i>Terrorismo internacional y terrorismo de Estado.....</i>	<i>33</i>
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>39</b>
<b>DIMENSIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN .....</b>	<b>39</b>
2.1.    ASPECTOS INTRODUCTORIOS: DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA.....	39
2.2.    RECONOCIMIENTO JURÍDICO: LIBERTAD DE EXPRESIÓN .....	47
2.2.1. <i>Reconocimiento jurídico internacional de la libertad de expresión .....</i>	<i>47</i>
2.2.2. <i>Reconocimiento jurídico nacional y de derecho comparado .....</i>	<i>61</i>
A.    Estados Unidos de Norteamérica: la posición preferente del derecho a la libertad de expresión .....	61
B.    República Federal de Alemania: ponderación de los bienes jurídicos en conflicto .....	70
C.    La libertad de expresión en el ordenamiento jurídico de España .....	79
2.3.    CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN .....	95
2.3.1. <i>Contenido del derecho.....</i>	<i>95</i>
A.    Doble dimensión constitucional de la libertad de expresión .....	98
B.    La libertad de expresión en sentido estricto.....	101
2.3.2. <i>Límites del derecho a la libertad de expresión .....</i>	<i>105</i>
A.    Límites internos .....	109

I.	Interés público en la información .....	112
II.	Veracidad.....	113
B.	Límites externos.....	115
I.	Los derechos reconocidos en este Título I, «especialmente», en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen.....	116
i.	El derecho al honor .....	117
ii.	El derecho a la intimidad .....	123
iii.	El derecho a la propia imagen .....	127
II.	La protección de la juventud y la infancia. ....	129
III.	Los preceptos de las leyes que los desarrollan.....	131
i.	La moral y las buenas costumbres.....	132
ii.	El orden público, la seguridad, la convivencia y paz social .....	135
2.4.	EL DERECHO DE REUNIÓN.....	138
 <b>CAPITULO III .....</b>		<b>143</b>
 <b>LEY PENAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CONDUCTAS APOLOGÉTICAS.....</b>		<b>143</b>
3.1.	APOLOGÍA .....	146
3.2.	EL RECLAMO PÚBLICO DE ACCIONES VIOLENTAS .....	148
3.3.	ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO .....	155
3.4.	DELITO DE PROPAGANDA .....	157
3.5.	APOLOGÍA DEL GENOCIDIO .....	161
 <b>CAPÍTULO IV .....</b>		<b>169</b>
 <b>MARCO INTERNACIONAL Y DE DERECHO COMPARADO EN EL COMBATE A LA LLAMADA:</b>		
<b>“APOLOGÍA DEL TERRORISMO” .....</b>		<b>169</b>
4.1.	EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS.....	169
4.2.	EN LA NORMATIVA DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN REGIONALES: .....	178
4.2.1.	<i>Unión Europea</i> .....	178
4.2.2.	<i>Americano</i> .....	194
4.3.	EN LA NORMATIVA DE DERECHO INTERNO DE LOS PAÍSES DE ALEMANIA, REINO UNIDO, ESTADOS UNIDOS Y EL SALVADOR. ....	198
4.3.1.	<i>Alemania</i> .....	199
4.3.2.	<i>Reino Unido</i> .....	205
4.3.3.	<i>Estados Unidos</i> .....	210
4.3.4.	<i>El Salvador</i> .....	214

<b>SEGUNDA PARTE: ESTUDIO CONCRETO DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO .....</b>	<b>219</b>
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>219</b>
<b>EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DE LA APOLOGÍA DELICTIVA .....</b>	<b>219</b>
5.1. PERÍODO ANTERIOR A LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....	219
§ <i>Real Decreto de Prensa e Imprenta de 6 de julio de 1845</i>	
§ <i>Código Penal de 1870</i>	
§ <i>Ley de 10 de julio de 1894</i>	
§ <i>Código Penal de 1928</i>	
§ <i>Ley de Defensa de la República, de 21 de octubre de 1931</i>	
§ <i>Código Penal de 1932</i>	
§ <i>Ley de Terrorismo y Explosivos de 11 de octubre de 1934</i>	
§ <i>Ley de 23 de noviembre de 1935</i>	
§ <i>Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941</i>	
§ <i>Código Penal de 1944</i>	
§ <i>Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y la seguridad personal,</i>	
§ <i>Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero</i>	
5.2. PERÍODO POSTERIOR A LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 .....	225
5.2.1. <i>Anterior a la vigencia del Código Penal de 1995 .....</i>	226
§ <i>Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana</i>	
§ <i>Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a la libertad de expresión, reunión y asociación</i>	
§ <i>Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del Código Penal y el de Justicia Militar</i>	
§ <i>Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución</i>	
§ <i>Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal</i>	
§ <i>Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal</i>	
§ <i>Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio</i>	
5.2.2. <i>Código Penal de 1995.....</i>	233
A. <i>Proyectos de Código Penal de 1995.....</i>	233
B. <i>Código Penal de 1995 .....</i>	236

<b>CAPÍTULO VI</b> .....	<b>245</b>
<b>TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA APOLOGÍA</b> .....	<b>245</b>
6.1. ANTES DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1995 .....	245
6.1.1. <i>Especificaciones fundamentales de la apología</i> .....	246
A. Núcleo típico de la apología .....	246
B. Elemento de la publicidad.....	248
C. Delitos concretos cometidos o remisión abstracta al delito .....	249
6.1.2. <i>Naturaleza jurídica de la apología para la fundamentación de su punición</i> .....	254
A. Apología como cooperación ideal ex post facto .....	254
B. Apología como acto preparatorio .....	257
C. Apología como delito autónomo .....	263
6.2. CONFORME A LA PREVISIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995.....	268
6.2.1. <i>A propósito del concepto de apología</i> .....	268
6.2.2. <i>Ubicación jurídico-sistemática del concepto de apología</i> .....	273
6.2.3. <i>Sobre el elemento de la publicidad</i> .....	279
6.2.4. <i>¿Conflicto respecto a la naturaleza jurídica de la apología?</i> .....	282
A. Tesis que defiende la validez del contenido normativo de la apología.....	283
B. Tesis que ponen en duda la validez y eficacia del contenido normativo de la apología ..	288
<b>CAPÍTULO VII</b> .....	<b>303</b>
<b>TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO</b> .....	<b>303</b>
7.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	304
7.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	314
7.2.1. <i>Bien jurídico en los delitos de terrorismo</i> .....	323
7.2.2. <i>Bien jurídico protegido de la apología del terrorismo del art. 578 CP</i> .....	328
A. La moral predominante de una sociedad .....	335
B. Los sentimientos de perplejidad e indignación social .....	339
C. La paz pública y el orden constitucional: como bien jurídico de referencia .....	343
D. Ilegitimidad de la tutela jurídico-penal .....	346
7.2.3. <i>Bien jurídico protegido del tipo penal de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares</i> .....	349
7.3. ELEMENTOS OBJETIVOS.....	354
7.3.1. <i>Sujetos</i> .....	354
7.3.2. <i>Conducta típica</i> .....	357
A. Enaltecimiento o justificación .....	363
I. Enaltecer o justificar .....	363

II.	Objeto del enaltecimiento o justificación: «conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 al 577 del Código Penal» y «cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos».....	385
i.	Conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 al 577 del Código Penal.....	386
ii.	Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos.....	388
III.	Por cualquier medio de expresión pública o difusión.....	391
B.	Menosprecio a las víctimas o sus familiares .....	395
7.4.	ELEMENTO SUBJETIVO.....	405
7.5.	FORMAS DE APARICIÓN .....	408
7.5.1.	<i>Iter criminis</i> .....	408
7.5.2.	<i>Autoría y participación</i> .....	413
7.5.3.	<i>Aspectos concursales</i> .....	417
7.6.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS: PENALIDAD .....	425
7.7.	ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES .....	430
 <b>CAPÍTULO VIII .....</b>		<b>437</b>
 <b>REFLEXIONES JURÍDICAS EN TORNO AL DELITO DE LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO .....</b>		<b>437</b>
8.1.	CONSIDERACIONES PREVIAS: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	437
8.2.	VALORACIÓN FINAL: ¿SON PELIGROSAS LAS PALABRAS EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO?.....	440
 <b>CONCLUSIONES .....</b>		<b>453</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>475</b>
1.	AUTORES .....	475
2.	TEXTOS LEGISLATIVOS .....	500
3.	TEXTOS JUDICIALES.....	502
A.	Audiencia Nacional .....	502
B.	Audiencias Provinciales.....	502
C.	Corte Interamericana De Derechos Humanos .....	503
D.	Corte Suprema De Los Estados Unidos .....	503
E.	Sala De Lo Constitucional De La Corte Suprema De Justicia De El Salvador.....	503
F.	Tribunal Constitucional Alemán.....	504
G.	Tribunal Constitucional Español.....	504
H.	Tribunal Europeo De Derechos Humanos .....	508



I.	Tribunal Superior De Justicia.....	508
J.	Tribunal Supremo Alemán .....	508
K.	Tribunal Supremo Español .....	508

## Agradecimientos

Esta tesis doctoral ha sido realizada durante una estancia en una de las más prestigiosas universidades de España «*La Universidad de Granada*»; gracias a la obtención de una beca financiada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, del programa de becas MAEC-AECID, del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para ciudadanos extranjeros. Dicha subvención me permitió acceder a la obtención del más alto grado académico.

*Con especial agradecimiento:*

A mis directores de tesis: Prof. D. Dr. *Miguel Olmedo Cardenete* y Prof. D. Dr. *Javier Valls Prieto*, maestros y amigos, porque no tengo las palabras suficientes para agradecer sus valiosos consejos e incondicional apoyo a lo largo de este camino académico, porque sus palabras de ánimo y confianza me inspiraron y motivaron para finalizar mis estudios doctorales. Ambos de una enorme calidad humana y grandeza profesional. Con especial reconocimiento al Dr. Olmedo por haber sido quien me introdujo en el fascinante tema que hoy desarrollo como tesis doctoral y por haberme brindado la confianza suficiente para que se hiciera realidad en tan corto tiempo.

Al Prof. D. Dr. *Manuel Montecino Giralt*, a quien considero un ángel en mi vida profesional y académica, quien me ha tendido la mano en numerosas oportunidades, inclusive a través de la distancia, siempre presente con sus sabios consejos, porque un día creyó en mí y mi trabajo y confió en que concluiría con satisfacción mis estudios doctorales, y a quien con orgullo puedo presentar ahora mi tesis doctoral.

*A mis padres, hermano y prometido*, con quienes quiero compartir este triunfo, a quienes agradezco su presencia en mi vida y sobre todo su Amor, cada uno, único e indescriptible, su confianza, sus palabras constantes de ánimo, su paciencia al esperarme tanto tiempo en la distancia y porque a pesar de las dificultades hemos estado siempre unidos como una familia.

A todas y cada una de las personas que han vivido conmigo la realización de esta tesis doctoral, como dice la canción «son amigos, y no tengo que dar nombres o apellidos porque ellos mismos ya se saben aludidos», a ustedes sinceramente muchas gracias porque siempre conté con sus palabras de ánimo y de aliciente, pero sobre todo

porque cuento con uno de los más grandes regalos que me pueden otorgar: su valiosa amistad.

*A todos desde lo más profundo de mi corazón muchas gracias.*

Finalmente, *dedico* esta tesis doctoral:

*A Dios y a mi madre del cielo la Virgen María de Guadalupe, por todas y cada una de las bendiciones que he recibido a lo largo de mi vida, porque me han dado su luz y protección, porque gracias a Ellos jamás me sentí sola, y porque todo lo que soy y lo que tengo se lo debo a mis padres celestiales.*

*A mi familia, los seres que más amo, mi madre Blanca Estela, mi padre Roberto Mauricio y mi hermano Roberto César, porque siempre en cada paso que di y en cada decisión que tomé estuvieron ahí para apoyarme y fortalecerme en todos los años de mi vida.*

*A mi prometido Ernesto José, porque tu compañía y amor constante, aún en la distancia, fueron los principales motores que me llevaron a concluir este trabajo.*

*A todos ustedes esta tesis.*

## Siglas y abreviaciones utilizadas

art./arts.	artículo/artículos
AAN	Auto de la Audiencia Nacional
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AJCI	Auto del Juzgado Central de Instrucción
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BGHSt	Sentencia penal del Tribunal Supremo alemán
BVerfG	Tribunal Constitucional alemán
BVerfGE	Sentencia del Tribunal Constitucional alemán
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCT	Comité contra el terrorismo
CE	Constitución española
CICTE	Comité Interamericano contra el Terrorismo
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CODEXTER	Comité de Expertos en Terrorismo
CP	Código Penal
DMT	Decisión Marco relativa a la lucha contra el terrorismo
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
ETA	Euskadi Ta Askatasuna (organización terrorista que en castellano significa País Vasco y Libertad)
FJ	Fundamento Jurídico
GG	Ley Fundamental alemana
JCI	Juzgado Central de Instrucción
LECAT	Ley especial contra actos de terrorismo de El Salvador
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
NCP	Código Penal de 1995

OC	Opinión consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
OLP	Organización para la liberación de Palestina
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
párr.	párrafo
RAE	Real Academia Española
RAF	Fracción del Ejército Rojo ( <i>Rote Armee Fraktion</i> , RAF)
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SC	Sala de lo Constitucional de El Salvador
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
ss.	siguientes
SSC	Sentencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	Código Penal alemán
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional español
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo español
TUE	Tratado de la Unión Europea
vs./v.	Versus/contra

«Quien pone la seguridad por encima de la libertad  
se arriesga a perder ambas»  
Benjamín Franklin

## Introducción

En la actualidad el terrorismo es un comportamiento delictivo que ha trascendido su propia tipicidad hasta convertirse en un punto de referencia para entender el sistema penal contemporáneo occidental, pues luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, del 11 de marzo de 2002 en España y los de Julio de 2005 en Inglaterra, se intensificaron las normativas antiterroristas, basadas en políticas excepcionales y generales de seguridad pública, y consecuentemente el expansionismo del Derecho penal del enemigo frente a las garantías básicas instauradas en un Estado constitucional y democrático de Derecho.

Es en este punto donde el Derecho penal cumple una función, sino esencial pero importante, en la búsqueda de una respuesta a la criminalidad terrorista, aunque *per se* no pueda dar solución a un problema que reside en la estructura misma de la sociedad.

Desde esta perspectiva el Derecho penal se presta a afrontar casos de criminalidad violenta mediante legislaciones de excepción o introducción de nuevos tipos penales, en muchas ocasiones como una especie de eficacia puramente *simbólica* que rediseñan el ordenamiento jurídico produciendo un vaciamiento de las garantías constitucionales. Así, en *materia sustantiva* se tiene la creación de tipos penales difícilmente compatible con los principios penales básicos; y en *materia adjetiva* implicaría la agravación de medidas cautelares y un conjunto de restricciones a derechos fundamentales como el de defensa, entre otros.

En este contexto, el tema de la apología del terrorismo cobra especial importancia, no porque sea un tipo delictivo de reciente creación sino porque a lo largo de la historia se advierte que, en la lucha contra el terrorismo, el castigo

de la apología es un recurso constante en la legislación española, y ello trae aparejado una serie de problemáticas jurídicas. Así, mediante la promulgación de la Ley Orgánica 7/2000, se incorporó el delito de apología del terrorismo en el artículo 578 que al tenor literal cita: «*El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código*».

De la disposición penal citada, se reconocen significativos problemas jurídicos en cuanto a los requisitos (provocación directa o indirecta a la comisión de delitos terroristas) así como los límites de su punición, pues puede implicar una injerencia ilegítima en el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión, porque conlleva el riesgo de penalizar simples opiniones políticas o discrepancias ideológicas.

Y es que la respuesta penal, *ultima ratio* del sistema jurídico, debe estar únicamente reservada para constreñir aquellas conductas gravemente lesivas de las formas de convivencia y cuando se ha afectado intolerablemente valores esenciales de la vida en común. De tal forma, que no es cualquier comportamiento que alguien estime inapropiado a su autovaloración la que tendrá verdadera capacidad ofensiva en los términos penales.

La problemática de la apología terrorista se vincula pues, con la tensión existente entre las necesidades del Estado de aplicar el Derecho penal a conductas penalmente relevantes y el debido respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas que se pudiesen ver afectadas por la comisión de este delito.

Frente a este panorama, es que se requiere un análisis jurídico de carácter penal-constitucional del *tratamiento jurídico de la apología del terrorismo*; en este marco debe tenerse en cuenta la evolución histórica, los avances de las

tecnologías, la doctrina, la jurisprudencia nacional e internacional a fin de alcanzar una interpretación normativa acorde a un Estado constitucional y democrático de Derecho, *per se* respetuoso con las exigencias de los principios penales y los derechos fundamentales, con lo que se pueda dar respuesta a las siguientes interrogantes: *¿es legítima la instauración del delito de la apología del terrorismo?, ¿el tipo penal regulado en el art. 578 del Código Penal Español, requerirá para su interpretación la exigencia del requisito de la provocación directa a la comisión del delito terrorista?, ¿será que el enaltecimiento del terrorismo vulnera flagrantemente el derecho a la libertad de expresión y con ello a la Constitución?, ¿constituirá dicha disposición una actuación lícita del Estado de castigar aquellas conductas que expresen determinadas opiniones aunque éstas sean un ensalzamiento a los métodos terroristas?, ¿responde tal disposición a las exigencias normativas adoptadas por la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo?, ¿lo es conforme a la doctrina del derecho?*

Para responder a todas estas interrogantes, se ha organizado este trabajo en dos partes:

Una PRIMERA PARTE denominada *Aspectos Generales*, que básicamente abarca las generalidades del fenómeno terrorista, la teoría que hay de trasfondo para contextualizar el delito de la apología del terrorismo, no porque este ilícito penal sea de naturaleza terrorista sino porque es el ámbito al cual pertenece; por otro lado, se estudia el derecho fundamental de la libertad de expresión porque es su contenido el que se ve amenazado con la introducción de tipos penales como el de la apología.

Esta parte se divide en cuatro capítulos: el CAPÍTULO PRIMERO llamado *Derecho penal del enemigo: el terrorismo*, en el que se abordan las generalidades de la «nueva» teoría sobre el Derecho penal del enemigo, que constituye la base para comprender la actual tendencia expansiva del Derecho penal hacia áreas de criminalidad de gran envergadura como es *el terrorismo*; al mismo tiempo, se esbozará una aproximación conceptual del terrorismo y se estudiarán



brevemente los elementos que la componen, así como una pequeña clasificación del terrorismo.

En el CAPÍTULO SEGUNDO se aborda *la dimensión jurídica de la libertad de expresión*, para conocer su regulación legal nacional e internacional, su conceptualización, alcance, límites y restricciones en un Estado constitucional y democrático de Derecho. La importancia del estudio de este capítulo reside en que las posibilidades de vulneración a este derecho fundamental se ven acrecentadas frente a la aparición de un «nuevo» terrorismo, ámbito en que tiene su apogeo la apología del terrorismo, objeto de estudio de esta investigación.

En el CAPÍTULO TERCERO denominado *Ley penal y libertad de expresión: conductas apologéticas*, se hace un breve estudio de las diferentes figuras delictivas con las que legislativamente se ha limitado el contenido constitucionalmente protegido por la libertad de expresión. Y es que existe una tradicional vinculación entre la apología y la libertad de expresión, en el contexto del terrorismo, que es el que aparentemente justifica a los gobiernos a adoptar medidas para suprimir la expresión *subversiva*, tipificando así una pluralidad de conductas sancionables, entre las que se tiene: la apología como forma de provocación y otro conjunto de comportamientos apologéticos de los que ni directa, ni indirectamente se exige que supongan una provocación a delinquir.

El CAPÍTULO CUARTO dedicado al *Marco Internacional y de Derecho comparado en el combate a la llamada: "apología del terrorismo"*, se estudiará los instrumentos jurídicos internacionales referidos a la apología del terrorismo, así como las normativas internas de diferentes países (Alemania, Reino Unido, Estados Unidos y El Salvador). En el desarrollo de este capítulo, se advertirá una tendencia expansiva de las medidas adoptadas en la lucha «contra el terrorismo», trayendo consigo una enorme restricción de derechos fundamentales; pues, por lo general, tienen un contenido y un campo de aplicación bastante amplio (entre medidas penales, procesales, financieras, etc.), entre ellas la apología del terrorismo, que mantiene su presencia en el ámbito

internacional y nacionales de determinados países, y en caso de no encontrarse regulada se busca la sanción de las conductas apologéticas mediante otros tipos penales que regulan los Códigos Penales de cada país.

El desarrollo de estos capítulos son premisas necesarias para el examen del impacto en la sociedad democrática del delito de enaltecimiento del terrorismo, como manifestación del *ius puniendi* del poder estatal.

Una SEGUNDA PARTE, que es el objeto de análisis de la presente investigación, se centra en *el estudio concreto del delito de apología del terrorismo*; ésta se encuentra dividida en cuatro capítulos, que comienza con el CAPÍTULO QUINTO en el que se realiza un recorrido en la *evolución histórico legislativa de la apología*, regulada en el art. 18 CP, que permitirá obtener una visión global del sistema penal respecto a dicho instituto jurídico-penal, para lograr una comprensión del modelo político-criminal subyacente al Código Penal vigente, que es lo que orientará la interpretación de este instituto frente a las figuras delictivas de este conjunto normativo. Además, se logrará advertir que la punición de la apología estaba vinculada al terrorismo sobre todo en épocas de autoritarismo por parte del Estado, que pretendía la persecución de simples delitos de opinión a través de dicho instituto jurídico. Este estudio histórico marcará la distinción del tratamiento de la apología desde antaño –con el Real Decreto de Prensa e Imprenta de 6 de julio de 1845– hasta la actualidad, teniendo como referente histórico que marca diferentes etapas la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, para así posicionarnos en la actualidad con la regulación del Código Penal de 1995, y sus consecuentes reformas que involucran a la apología.

Ahora bien, el estudio histórico nos conlleva a la contextualización de la apología –en un marco general y específico–, para su subsecuente análisis; para ello, el CAPÍTULO SEXTO dedicado al *tratamiento jurídico de la apología*, se ha dividido en dos partes, tomando como línea divisoria el Código Penal de 1995. De ahí, que una *primera parte* abarque el estado de la apología antes de la entrada en vigencia del texto punitivo citado, desarrollándose cuestiones

fundamentales acerca de la figura jurídico-penal en examen, como la delimitación de su alcance y determinación de su naturaleza jurídica como fundamentación para su punición, del cual se derivaron distintas tomas de posturas. Una *segunda parte*, que pretende abordar la apología en su contexto actual, conforme a la previsión del Código Penal de 1995, su ubicación jurídico-sistemática, sus elementos y en particular las tesis que defienden o no la validez y eficacia del contenido normativo de tal figura.

En el CAPÍTULO SÉPTIMO se analiza el *tratamiento jurídico de la apología del terrorismo* regulado en el artículo 578 del Código Penal, dicho estudio aborda el examen de la técnica legal empleada, la política criminal vislumbrada, el bien jurídico protegido, su estructura, el tipo objetivo –sujetos activo y pasivo, autoría y participación, objeto material, conducta típica–, el tipo subjetivo –el dolo, los elementos subjetivos del tipo o del injusto–, la naturaleza jurídica, la clasificación del delito, los actos preparatorios punibles –formas de participación intentada o de resolución manifestada–, la consumación, las formas imperfectas de ejecución, los problemas concursales y la penalidad establecida; así como los problemas de interpretación en cuanto a la exigencia de sus elementos, todo esto desde el punto de vista de la doctrina científica, la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y en lo que corresponde la del Tribunal Constitucional, a través de la sistematización y análisis de las sentencias pronunciadas. En otras palabras, se tratará de un estudio desde el punto de vista teórico y práctico.

Por último, en el CAPÍTULO SÉPTIMO denominado *Reflexiones jurídicas en torno al delito de la apología del terrorismo*, básicamente se realiza un análisis jurídico constitucional del delito de la apología del terrorismo para determinar la constitucionalidad de dicha norma dentro del ordenamiento jurídico penal establecido. Como se evidencia el estudio del tema propuesto se realiza desde una óptica jurídica penal-constitucional. Finalizando el presente trabajo con unas CONCLUSIONES extraídas de la investigación realizada.

# PRIMERA PARTE: ASPECTOS GENERALES

## CAPÍTULO I

### DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: EL TERRORISMO

En el presente capítulo se abordarán aspectos generales de la «nueva» teoría sobre el *Derecho penal del enemigo*, enfoque teórico expuesto por el penalista Günther Jakobs, pues su óptica del derecho penal constituye la base para comprender la actual tendencia expansiva del Derecho penal hacia áreas de criminalidad de gran envergadura como es *el terrorismo*; no se pretende realizar un estudio pormenorizado de los aspectos que comprende, pero sí establecer las premisas básicas necesarias que ayudarán a entender de mejor manera el delito de la apología del terrorismo, que si bien no es parte de los delitos de terrorismo, pero sí es una manifestación tangible de ese nuevo enfoque teórico doctrinal. De ahí la importancia de esbozar estos fundamentos.

#### 1.1. Derecho penal del enemigo

##### 1.1.1. Derecho penal del enemigo y Derecho penal del Ciudadano

El *derecho penal del enemigo*, aparece como un corolario de una actitud jurídico retribucionista de finales del siglo XX: el movimiento «en defensa de la ley y el orden». Es un marco jurídico de reacción que nada o muy poco tiene que ver con el concepto de Derecho penal tradicional<sup>1</sup>. Se trata de una doctrina que propugna una tendencia expansiva del derecho penal (un derecho penal máximos), una ampliación de la intervención punitiva del Estado, que

---

<sup>1</sup> Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «El Derecho Penal del enemigo y la Military Commissions Act de 2006: ¿Réquiem por las garantías de los presuntos terroristas?», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 17, año 2007, 20.

implicaría una minimización, desconocimiento o menoscabo de los principios, garantías y derechos fundamentales de la persona humana.

Este enfoque teórico goza de un soporte o aval histórico-filosófico, en el que se ha considerado al delincuente como un enemigo, una enfermedad que hay que eliminar. Así, ROUSSEAU, FICHTE, KANT, HOBBS<sup>2</sup>, desde sus propias perspectivas han planteado que el castigo debe apartarse de su función de disuasión o educación y orientarse a la eliminación del enemigo, del rebelde o traidor a la patria, del mal ciudadano al que hay que destruir, desterrar, neutralizar o inocuizar, pues rompe con el estado de paz de los hombres que viven juntos. Por su parte, MUÑOZ CONDE<sup>3</sup> señala las semejanzas existentes entre el «Derecho penal del enemigo» y el «Derecho penal de autor nacionalsocialista», en el que se propugnaba diferenciar entre dos tipos de derecho uno para los *enemigos de la comunidad* [homosexuales, tarados y gente que no se acomodaba al canon de ciudadano ario] y otro para los *ciudadanos normales*.

Ahora bien, desde una perspectiva funcionalista, JAKOBS<sup>4</sup> ha resumido el Derecho penal del enemigo, con las siguientes características:

**1) La consideración del enemigo como no persona<sup>5</sup>**, privándole del status de sujeto jurídico (y consiguientemente de su dignidad)<sup>6</sup>. El derecho penal «ordinario» o del ciudadano<sup>7</sup>, en cambio, se dirige a las personas.

---

<sup>2</sup> «ROUSSEAU y FICHTE, para quienes todos los delincuentes serían enemigos, y como moderados a HOBBS y a KANT, para quienes sólo algunos lo serían». Vid. ZAFFARONI, E. R., «La Legitimación del Control Penal de los Extraños», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 1136.

<sup>3</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F., «El nuevo Derecho penal autoritario», en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia 2004, 172.

<sup>4</sup> Vid. JAKOBS, G. Y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Navarra 2006, 111 y ss.

<sup>5</sup> «El planteamiento de JAKOBS adolece de ambigüedad en la consideración de personas y no-personas. Por un lado considera no-persona a aquel sujeto que no defrauda expectativas normativas, por la sencilla razón de que no se le dirigen: ej. El inimputable. Por otro lado, sin embargo, se considera no-persona a aquel sujeto que ciertamente defrauda expectativas normativas, pero que, además, no ofrece garantía cognitiva alguna de no volver a hacerlo en el futuro: ej. El imputable peligroso. Así las cosas, el primero de los sujetos sería no-persona a efectos de la no imputación de responsabilidad. El segundo, en cambio, sería no-persona a los efectos de la inaplicación de ciertos principios tuitivos, en particular, algunas garantías político-criminales materiales y procesales. Con todo, lo más importante es que, en realidad, ninguna de

Y es que como señala GRACIA MARTÍN<sup>8</sup>, esta privación y negación de la condición de persona<sup>9</sup> a determinados individuos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que la cualidad de persona, esto es, la personalidad, no es, en principio, algo dado por la naturaleza, sino más bien –y así parece ser aceptado y reconocido– una atribución normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídica.

El *enemigo*, en el concepto de JAKOBS, es un ciudadano que por su posición, forma de vida, raza, religión o pertenencia a una organización, ha abandonado el derecho, no de forma incidental, sino duradera. Siendo así, no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta, que lleva a la conclusión que al encontrarse palmariamente fuera del sistema no tiene derecho a gozar de todos los beneficios como si fuera una persona<sup>10</sup>. A contrario sensu, el *ciudadano* es la persona que actúa en fidelidad al

---

las supuestas «no-personas» antes mencionadas es considerada, realmente, «no-persona» para el Derecho, pues no se les niega su *status personae* en términos absolutos». Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 985-986; TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 1016-1018.

<sup>6</sup> No le falta razón a CANCIO MELIÁ para decir que el Derecho penal del enemigo es incompatible con el principio del hecho y más bien se orienta a establecerse como un Derecho penal de autor. Vid. CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?», en *Derecho penal del enemigo*, Navarra 2006, 137 y ss.

<sup>7</sup> Sobre la teorización del *Derecho penal del ciudadano* Vid. *infra*.

<sup>8</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Valencia 2005, 177.

<sup>9</sup> «Al negársele su condición de persona sólo se le considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino, y básicamente se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas». Cfr. ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid 2006, 18.

<sup>10</sup> «*Enemigo* es el que ha huido de modo permanente del derecho –lo que se infiere de su posición, de su forma de vida, de su pertenencia a una organización– y se ha situado fuera del sistema. Cuando el número de enemigos aumenta, el ordenamiento ha de reaccionar considerando que no se trata de personas sino de enemigos». Vid. SÁEZ VALCÁRCCEL, R., «Juicio penal y excepción. ¿Una involución en el proceso de civilización?», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007, 59-61. «Para POLAINO-ORTS, *enemigo* es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide motu proprio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose a sí mismo

ordenamiento jurídico<sup>11</sup> y proporciona una especie de garantía cognitiva de comportamiento personal.

De lo anterior, se advierte que este modelo de derecho penal propuesto realiza un trato marcadamente diferenciado entre el ciudadano que eventualmente delinque y que es llamado a equilibrar el daño ocasionado a la vigencia de la norma, de aquél que es un enemigo al que se combate por su peligrosidad y hay que eliminarlo de la estructura social en tanto es un no-persona.

Los autores de este nuevo Derecho no reciben el tratamiento de personas por el ordenamiento jurídico, sino más bien merecen la consideración de enemigo, análogo a un cáncer, que en consecuencia carece de derechos y al que sólo se debe extirpar<sup>12</sup>.

**2) Un amplio adelantamiento de la punibilidad**, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir. En otras palabras, se da la anticipación máxima de la tutela penal hasta casi la penalización de los «actos internos» criminalizándose conductas previas a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido<sup>13</sup>.

Mediante tales tipos se procede a una criminalización de conductas que tienen lugar en el ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo, o de sus conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su

---

mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que – precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura y social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos («personas en Derecho»)- ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz». Vid. POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Lima 2006, 102.

<sup>11</sup> Vid. JAKOBS, G. Y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Navarra 2006, 36-37.

<sup>12</sup> Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «El Derecho Penal del enemigo y la Military Commissions Act de 2006: ¿Réquiem por las garantías de los presuntos terroristas?», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 17, año 2007, 20.

<sup>13</sup> Vid. PÉREZ DEL VALLE, C., «Sobre los orígenes del “Derecho penal del enemigo”», en *Cuadernos de Política Criminal*, No 75, 2001, 598 y ss.

subsistencia y permanencia, como por ejemplo la mera colaboración con bandas u organizaciones terroristas e incluso la apología de las infracciones de terrorismo o de sus autores<sup>14</sup>.

3) *El quebrantamiento del principio de proporcionalidad* que se produce al castigar de la misma forma los actos preparatorios y de participación que los hechos consumados y de autoría, la imposición de penas inhumanas y degradantes y la creación de circunstancias agravantes fundamentadas en la pertenencia a un grupo terrorista castigadas con penas desorbitadas sin tener en cuenta los hechos delictivos que efectivamente se lleven a cabo<sup>15</sup>.

4) *La minimización de las garantías procesales incluso de aquellos Derechos Fundamentales relacionados con el proceso penal*<sup>16</sup>, en aras de mejorar la eficacia policial y judicial. Se trata de un grupo de normas jurídicas donde no rigen para los inculpados los principios de garantías y las reglas de imputación que suelen postularse como elementos irrenunciables del trato dentro de un Estado de Derecho<sup>17</sup>. Verbigracia: la incomunicación del procesado –el ejemplo paradigmático–, el alargamiento de los plazos de detención sin puesta a disposición judicial, la pérdida de garantías procesales

---

<sup>14</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 1, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 1056.

<sup>15</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, número 07-02, 2005.

<sup>16</sup> Ciertamente una observación de las legislaciones penales actuales no deja lugar a dudas sobre la existencia de regulaciones sustantivas y sobre todo procesales que presentan los rasgos que se ven como característicos de ese Derecho penal del enemigo; así, se pone en cuestión la presunción de inocencia por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se amplían los plazos de detención policial para el cumplimiento de fines investigadores, y en el plano teórico se reivindica la tortura. Vid. GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la negación...», cit., 1058.

<sup>17</sup> Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «El Derecho Penal del enemigo...», cit., 20.



en la entrada y registro domiciliario o la práctica de interrogatorios sin asistencia letrada entre otras muchas actuaciones.

De las características antes citadas, cabe señalar que el Derecho penal del enemigo es una doctrina que se fundamenta en un *derecho penal de autor*<sup>18</sup> porque tiende a la eliminación de aquellos elementos considerados como «peligrosos»<sup>19</sup>, y que desde la perspectiva Jakobiana, son «enemigos» y «no-personas». Así, el Estado toma como punto de referencia el peligro y no el daño a la norma, utilizando el derecho como coacción hasta llegar a la guerra y eliminar el peligro.

La *función del derecho penal* para JAKOBS, es restablecer en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma, cuando existe un procedimiento a causa de la infracción misma<sup>20</sup>. La protección y confirmación de las normas se logra a través de la pena que sirve para que los ciudadanos le tengan confianza a la norma, le tengan fidelidad al derecho y a aceptar las consecuencias a la infracción de los preceptos; por ello, sostiene que «*El Derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos, pues la pena nunca ha recompuesto un bien jurídico lesionado*».

Estas notas características del Derecho penal del enemigo son las que están tradicionalmente presente en la legislación dedicada a graves formas de criminalidad; entre ellas, el narcotráfico y el terrorismo, lo que ha supuesto una

---

<sup>18</sup> CANCIO MELIÁ señala que se trata de un Derecho orientado a la actitud interna del autor. En otras palabras se ataca al presunto terrorista más por lo que piensa que por lo que hace, despreciando el axioma *cogitationem poenam nemo patitur* (el pensamiento no debe ser castigado). Vid. JAKOBS, G. Y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, 100-102.

<sup>19</sup> Estigmatización «a priori» del sujeto pasivo, bajo la etiqueta de enemigo, el combatiente ilegal, etc., se esconde una calificación que comporta una patente de corso para adoptar sobre él un paquete de claro matiz defensivo. Criticadas por la mayor parte de la doctrina, entre otros: GRACIA MARTÍN, L., «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho Penal del enemigo'», en *Revista Electrónica de Criminología y Ciencias Penales*, enero de 2005; MUÑOZ CONDE, F., «De nuevo sobre "el derecho penal del enemigo"», en *Revista Penal*, Nº 16, 2005, 123-137; PORTILLA CONTRERAS, G., «El derecho penal y procesal del "enemigo" las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos», en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, coordinado por Jacobo López Barja de Quiroga, José Miguel Zugaldía Espinar, Vol. 1, 2004, 693-720.

<sup>20</sup> El fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y, en la época moderna, la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad. Vid. JAKOBS, G., «¿Terroristas como personas en derecho?», en *Derecho penal del enemigo*, Navarra 2006, 63-64.

restricción de los derechos y garantías del imputado. Resulta muy preocupante constatar que las características de un Derecho penal que debería considerarse siempre excepcional se está convirtiendo en algo cada vez más extendido y de carácter permanente, por lo que hoy en día lo que *resulta* realmente difícil es la aplicación del Derecho penal tradicional con garantías plenas<sup>21</sup>.

Otros autores –como SÁNCHEZ OSTÍZ Y TERRADILLOS BASOCO– evidencian que uno de los rasgos con los que se identifica al Derecho penal del enemigo es el de su *carácter simbólico*<sup>22</sup>, orientado más a la pacificación momentánea de la opinión pública que a la efectiva prevención mediante motivación, que resulta larga y costosa<sup>23</sup>. En dicho contexto, la irrupción de la *apología* despliega un peculiar sentido simbólico: al gesto propagandístico propio de los atentados terroristas, la respuesta de un Derecho penal simbólico se adelanta al momento de la efectiva sanción. En la opinión pública, el anuncio de sanción de la conducta apologética constituye una forma de luchar *ad extra* contra el delito, en la medida en que permite «identificar al enemigo» mediante su criminalización: transmite el significado de que el apologeta «no es uno de los nuestros», está fuera del sistema, pues previamente se le criminaliza, aunque después no llegue a la reacción real de la pena efectiva<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Vid. CHAZARRA QUINTO, M.A., «El tratamiento penal del inmigrante en el derecho español: Análisis de la aplicación del denominado “Derecho penal del enemigo” a los delitos relacionados con la inmigración», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, volumen I, número 1, 2006, 10.

<sup>22</sup> «La incorporación de normativa antiterrorista a la legislación ordinaria, responde a otras motivaciones diferentes incluso tanto o más valiosas que las estrictas razones técnicas. En este sentido, no hay que olvidar que los análisis sobre estas disposiciones hacen constante referencia a su marcado carácter simbólico, a la función propagandística y de política criminal que cumplen». Vid. FERRAJOLI, L., «Terrorismo y crisis tardocapitalista», en *Justicia y Delito*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid 1982, 59.

<sup>23</sup> Vid. SÁNCHEZ OSTIZ, P., «La tipificación de conductas de apología del delito y el derecho penal del enemigo», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 914. También la observación de TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Madrid 1988, 19-20.

<sup>24</sup> Vid. SÁNCHEZ OSTIZ, P., «La tipificación de conductas...», cit., 914-915.

Sin embargo, tal recurso a la apología produce efectos negativos en un modelo que ha de ser garantista, no por conveniencia circunstancial, sino por respeto a límites infranqueables de dignidad. Además, que la tipificación de la apología obtenga efectos de prevención general es algo que queda por probar; lo que sí parece seguro es que al recurrir a ella se consigue cierta estigmatización de determinadas personas, pero que ello dé lugar a evitar nuevos delitos dista de ser claro<sup>25</sup>.

Por su parte, SILVA SÁNCHEZ<sup>26</sup> ha acuñado el término «Derecho Penal de la tercera velocidad»<sup>27</sup>, dedicado a la delincuencia sexual violenta, la lucha contra la criminalidad organizada, el narcotráfico, la criminalidad de Estado y el terrorismo; este modelo surge con la idea de reaccionar más enérgicamente a conductas especialmente graves que suponen una negación frontal de los principios políticos básicos de nuestro modelo de convivencia y que justifican, una vez más, la renuncia a ciertas cotas de libertad a cambio de reforzar la seguridad. Este modelo se caracterizaría por la existencia de reglas de imputación menos estrictas, por la anticipación de la intervención penal a fases previas de la ejecución, por el incremento de las penas de prisión y por la reducción de las garantías penales y procesales. El autor lo considera un sistema penal menos garantista que debería aplicarse de manera excepcional y secundaria.

---

<sup>25</sup> *Ibidem.*, 915-916.

<sup>26</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 2001, 163.

<sup>27</sup> «En la construcción dogmática de SILVA SÁNCHEZ, los Estados de Bienestar la orientación del Derecho penal se inclinaba por privilegiar una reducción de la esfera de lo punitivo (Derecho Penal Mínimo), y entonces se hablaba de Política Criminal y de *Derecho Penal Liberal*, en la actual Sociedad del Riesgo, producto de la Globalización, la tendencia es hacia la ampliación de la esfera de lo punitivo (Expansionismo), y la Política Criminal se ha sustituido por la Teoría Penal del Enemigo y el Derecho Penal Liberal está siendo sustituido por el denominado *Derecho penal del Enemigo*. Así, este autor explica que antes sólo existían dos velocidades en el ordenamiento jurídico penal. La *primera velocidad* está constituida por aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, sector en el cual deben respetarse estrictamente los principios políticos criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La *segunda velocidad* está conformada por aquellas infracciones de menor gravedad, a las que se imponen sólo penas pecuniarias o privativas de derechos, y en las cuales cabría flexibilizar proporcionalmente a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas clásicos». Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La Expansión del Derecho Penal...*, cit., 166 y ss.

En contraposición a la tesis expuesta, encontramos el llamado *Derecho penal del ciudadano*, siendo LUIGI FERRAJOLI, quien ha expuesto los fundamentos doctrinarios de este modelo penal garantista.

Para hablar de *garantismo*, es preciso partir –en primer término– del modelo jurídico del Estado de Derecho pues es precisamente éste el que permite limitar y evitar la arbitrariedad del poder o más concretamente el *ius puniendi* del Estado, quien es detentador del monopolio de la coacción física legítima. Así entonces, el Estado de Derecho es la sumisión del poder al Derecho, a las normas jurídicas en sentido amplio, en el que existe la separación de los poderes para la garantía de los derechos. Ahora bien, en un segundo estadio se tiene el concepto del Estado constitucional de Derecho que supera el llamado «impero de la ley» y coloca a la Constitución con un valor normativo superior dentro del ordenamiento jurídico, garantizando así el respeto de la persona humana y la protección de sus derechos fundamentales.

En ese sentido, cuando dentro de un contexto jurídico se habla de *garantismo* se está refiriendo a la tutela o protección de derechos subjetivos o bienes individuales, estableciendo para ello instrumentos jurídicos (garantías) que son utilizados por las personas frente a eventuales agresiones por parte de otras personas o por parte del poder estatal. FERRAJOLI, identificará el modelo de legitimación del *garantismo* con el modelo democrático del Estado Constitucional de Derecho, concebidos el Estado y el Derecho como instrumentos para la tutela de los derechos de los individuos.

Así, el *modelo garantista del derecho penal*, propuesto por FERRAJOLI<sup>28</sup>, es la de un derecho penal mínimo en el que existe un nexo indisoluble entre garantía

---

<sup>28</sup> El *garantismo penal* está fundamentado por ciertos principios, que a su vez derivan de una serie de axiomas generales del derecho penal liberal, y son: 1) No hay pena sin delito – principio retribucionista; 2) No hay delito sin ley – principio de legalidad; 3) No hay ley (penal) sin necesidad – principio de necesidad; 4) No hay necesidad sin injuria – principio de lesividad; 5) No hay injuria sin acción – principio de exteriorización, 6) No hay acción sin culpa – principio de responsabilidad, 7) No hay culpa sin juicio – principio de jurisdiccionalidad, 8) No hay juicio sin acusación – principio de acusatorio, 9) No hay acusación sin pruebas – principio de verificación, y 10) No hay pruebas sin defensa – principio de contradicción. Estos diez

de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Esto es así, porque lo que se busca es precisamente la disminución de la violencia del poder punitivo del Estado, a través de las garantías penales y procesales, entendidas éstas como técnicas normativas idóneas que aseguran la efectividad de los derechos subjetivos y los principios axiológicos sancionados por las leyes.

La elaboración de un sistema general del garantismo tiene como fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente del derecho penal; por consiguiente, el modelo del derecho penal garantista tiene como funciones: a) proteger la libertad del ciudadano frente a las prohibiciones indeterminadas y las condenas arbitrarias, a través de la estricta legalidad de los delitos y la verdad formal de su investigación procesal<sup>29</sup>; b) la protección de los bienes jurídicos; c) la protección del más débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él<sup>30</sup>; d) la función del derecho procesal penal además de garantizar los derechos del imputado, es minimizar la discrecionalidad judicial.

DÍEZ RIPOLLÉS<sup>31</sup> ha caracterizado este modelo por desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, girando en torno a unos principios: 1) la atribución de una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención de la norma y la sanción penales; 2) deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la

---

principios ordenados y conectados entre sí definen al modelo garantista de derecho penal, los cuales según el citado autor sostiene, que «de los diez axiomas se derivan, mediante triviales silogismos, cuarenta y cinco teoremas -v. gr. no hay pena sin ley, no hay pena sin necesidad, etc.- haciendo un total de cincuenta y seis tesis, diez primitivas y las demás derivadas, que conjuntamente configuran nuestro modelo penal garantista y cognitivo». Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid 1997, 94.

<sup>29</sup> *Ibidem*, 28.

<sup>30</sup> *Ibidem*, 335.

<sup>31</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, número 106-03, 2004, 2-3.

convivencia; 3) profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos; 4) existencia de límites trascendentes en el empleo de sanciones penales. Este autor hace una crítica a los errores a los que gracias al garantismo se ha incurrido, pues la defensa de ciertos principios considerados intocables ha impedido la elaboración de iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevos desafíos sociales<sup>32</sup>.

En conclusión, la propuesta política criminal del modelo garantista del derecho penal basado en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, según FERRAJOLI, es la de un derecho penal mínimo en el que se tutelen los valores y derechos fundamentales de los ciudadanos, para proteger los bienes jurídicos socialmente relevantes y se mantenga y conserve asimismo el orden social, disminuyendo o limitando la violencia o potestad punitiva proveniente del poder del Estado; en otros términos, que se maximicen las garantías y libertades de los ciudadanos a través de la observancia de principios fundamentales tales como el de legalidad y se minimice el campo de actuación del *ius puniendi* del Estado.

Ahora bien, se puede advertir que tanto el derecho penal garantista como el derecho penal del enemigo son sistemas antagónicos y por otra parte modelos límites; sin embargo, es reconocido por los autores de ambas doctrinas, que ninguno de los sistemas se puede aplicar íntegramente o de forma tan pura en los ordenamientos jurídicos. Así, FERRAJOLI expresó: «Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas *tout court*, de *grados* de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema»<sup>33</sup>. Por su parte, JAKOBS en su obra sostuvo: «Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo, ello en sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán

---

<sup>32</sup> Para profundizar sobre esto véase: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal...», cit., 21-24.

<sup>33</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón...*, cit., 852.

llevados a la realidad de modo puro (...). Por consiguiente, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho Penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal»<sup>34</sup>.

MUÑOZ CONDE<sup>35</sup>, evidencia que esta cuestión no es nueva, y que también en el pasado se había dado algún tipo de fundamentación doctrinal a la existencia de «dos Derechos penales». Así, por ejemplo, decía el famoso penalista alemán EDMUND MEZGER en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacionalsocialista sobre un Proyecto de Ley sobre el tratamiento de «Extraños a la Comunidad», lo siguiente:

*En el futuro habrá dos (o más) “Derechos penales”:*

- *Un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios vigentes los principios que han regido hasta ahora), y*
- *Un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el “Derecho especial” (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas... Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un “nuevo comienzo”).<sup>36</sup>*

Entonces se trataba de un régimen totalitario, en el que se daba por sentado que existiera un Derecho penal de este tipo para los «enemigos» o «extraños de la comunidad». Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que, por definición, no admite que se pueda

---

<sup>34</sup> Vid. JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Navarra 2006, 21-22.

<sup>35</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F., «La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007, 37-38.

<sup>36</sup> Véase el texto completo de este informe, en MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ta edición, Valencia 2003, 242 y ss. (entrecomillados y subrayados en el texto original).

distinguir entre «ciudadanos» y «enemigos», como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica<sup>37</sup>.

No obstante, hay autores como BUENO ARUS<sup>38</sup> que proponen la configuración de dos clases de Derecho penal, basada en la diversa naturaleza de los delincuentes; por un lado, la delincuencia por necesidad, por frustración o por falta de oportunidades sociales, y por otro lado, aquella otra que es delincuencia por abuso, por prepotencia o gratuita. En el primer grupo se encontrarían la inmensa mayoría de los delincuentes, de los jóvenes, de los reos de delitos pequeños, en especial contra la propiedad, y procedería un derecho penal centrado en la resocialización; en el segundo entrarían terrorismo, crímenes internacionales, asesinatos y violaciones innecesarios o no provocados, delincuencia de cuello blanco, tráfico de drogas y personas, etc., el que debería ser abordado mediante su inocuización. Como se advierte, esta propuesta asume peligrosamente perspectivas propias del derecho penal de autor y posee los mismos peligros que la tesis del Derecho penal del enemigo.

Y es que en la actualidad no basta con identificar y describir en los Ordenamientos jurídico-penales actuales brotes o ejemplos evidentes de un *Derecho penal del enemigo*, sino que es preciso manifestar también si son compatibles con el marco constitucional de un Estado de Derecho y con los Pactos Internacionales reconocidos y acogidos en los Ordenamientos jurídicos de las sociedades democráticas. Pues, como indica KAI AMBOS<sup>39</sup>, se trata de advertir que los postulados planteados en la doctrina del Derecho penal del enemigo, envuelve una peligrosidad intrínseca que, postula y exige la exclusión y marginalización de los enemigos del sistema (dominante), con lo cual puede perfectamente servir como base teórica o fundamentación de un régimen (penal) de corte autoritario.

---

<sup>37</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F., «La generalización del derecho...», cit., 38-39.

<sup>38</sup> Vid. BUENO ARÚS, F., *La ciencia del Derecho penal: Un modelo de inseguridad jurídica*, Madrid 2003, 82 y ss.

<sup>39</sup> Vid. AMBOS, K., «Derecho penal del enemigo», traducido por Carlos Gómez-Jara Díez, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 1, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 120.



Ciertamente el Derecho penal del enemigo ha encontrado en la doctrina un rechazo mayoritario tanto en sus concretas manifestaciones legislativas, como también en cuanto al discurso teórico doctrinal y planteamiento político criminal. Así por ejemplo, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS<sup>40</sup> sostiene que el derecho penal del enemigo, si existe, no es Derecho ni puede convivir con el Derecho; el Derecho no puede cohabitar con la dominación irrazonada, el Derecho tiene vocación de generalidad lo que significa que puede ser justo o injusto, más nunca arbitrario. Ningunear la dignidad de la persona, aún bajo la excusa de que se trata de seres deleznable, nos avoca a entrar en un campo oscuro a la luz del Derecho.

### **1.1.2. Los Estados democráticos y constitucionales frente al terrorismo**

Ciertamente, el terrorismo es una forma de criminalidad organizada que, por su intencionalidad política, pone en cuestión la propia capacidad del Estado para garantizar la seguridad en la convivencia tal como en cada país se considera que dicha convivencia tiene que estar organizada y es, en consecuencia, una amenaza existencial. PÉREZ ROYO manifiesta que hay formas de criminalidad organizada que tiene un costo en vidas y en bienes materiales superior al que tiene el terrorismo, pero no hay ninguna forma de criminalidad organizada excepto la terrorista que suponga un desafío directo al Estado<sup>41</sup>.

Y es que en la actualidad, la realidad social contemporánea se suele caracterizar como la de la sociedad del riesgo o, si se quiere, la del futuro de inseguridad permanente. La sensación de incertidumbre y de inseguridad incluso de miedo, son algunas de las tonalidades emotivas que mejor

---

<sup>40</sup> Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «El Derecho Penal del enemigo...», cit., 21.

<sup>41</sup> Vid. PÉREZ ROYO, J., «La democracia frente al terrorismo global», en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires 2010, 9. No obstante, es importante mencionar que algunos opinan que «los grupos de narcotráfico ponen en peligro al Estado mucho más que los grupos terroristas. Ningún grupo terrorista ha conseguido desafiar al Estado», citado por: VALLS PRIETO, J.

caracterizan a la sociedad presente<sup>42</sup>. Frente a este panorama, las sociedades democráticas se están abocando a garantizar a toda costa la *seguridad de sus ciudadanos*<sup>43</sup> aun cuando ello suponga el sacrificio de las garantías penales y procesales y aceptando la ideología del Derecho penal del enemigo que trae de trasfondo la instauración de una «guerra preventiva» que, sin lugar a dudas, pone en grave peligro el Estado de Derecho.

Así, los Estados utilizan las políticas criminales y penales<sup>44</sup> orientadas hacia un objetivo; y para ello, usan el derecho, y señaladamente el derecho penal, como un instrumento para un fin. Tal *fin es siempre de «tutela»* (de bienes jurídicos, esencialmente), pero no es necesariamente un fin de justicia. El derecho penal, de hecho, es utilizado también como un *instrumento de lucha en función de la defensa y de la paz social*. Parece problemático, entonces, que un instrumento de lucha sea capaz verdaderamente, al mismo tiempo, de asegurar una justicia serena, reconocible y reconocida. Esto sucede en los Estados

---

<sup>42</sup> Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito», en *Derecho Penal de Excepción: Terrorismo e Inmigración*, dirigido por Patricia Faraldo Cabana, Valencia 2007, 141.

<sup>43</sup> «Desde luego cuando se emplea la expresión “seguridad” para denominar a un texto legal de carácter penal, ya sabemos por la experiencia por dónde van los tiros. Las políticas de “seguridad nacional”, “seguridad ciudadana”, etc., se han utilizado siempre y con ese nombre por Estados autoritarios como pretexto para restringir derechos fundamentales y libertades ciudadanas en aras de una mayor eficacia frente al “desorden” y la “inseguridad”, el “caos” y el “libertinaje”. Sin duda lo que sí existe son determinados problemas políticos, económicos o sociales que tienen diversas causas o manifestaciones, que sólo en parte tienen que ver o solucionarse con el Derecho penal. Una vez más el recurso al Derecho penal, demuestra hasta qué punto muchos políticos están más decididos a utilizar la vía represiva punitiva, como única forma de luchar contra estos problemas, antes de adoptar medidas sociales o económicas para prevenirlos, y si no eliminarlos por completo, reducirlos». Vid. MUÑOZ CONDE, F., «La generalización del derecho...», cit., 13-14.

<sup>44</sup> La política criminal es un concepto más amplio que la penal: busca prevenir, neutralizar o también sólo reducir, las causas y las ocasiones de la criminalidad, pero también sus consecuencias. Comprende por tanto todos los instrumentos jurídicos (de cualquier rama de ordenamiento) y no jurídicos, sociales, políticos, económicos, morales, etc., orientados a ese objetivo. Todas las instituciones participan en ella, las singulares asociaciones privadas y los ciudadanos como particulares. No está reservada por tanto al Estado o sólo a algunos de sus órganos (también los magistrados, los jueces y no sólo los políticos, la implementan). El momento represivo del Derecho penal, sin embargo, es sólo un componente de la política criminal: permanece circunscrito a la política «penal» (punitivo-criminal), que representa sólo una parte de la política criminal, y su establecimiento es labor exclusiva del Parlamento. Vid. DONINI, M., «El Derecho penal frente al «enemigo»», en *Derecho Penal de Excepción: Terrorismo e Inmigración*, dirigido por Patricia Faraldo Cabana, Valencia 2007, 16.

democráticos como, obviamente, en los autoritarios<sup>45</sup>. Una sociedad democrática es, necesariamente, una sociedad plural, en la que la discrepancia es considerada un valor positivo. Y un Estado que responde a esa sociedad genera un Derecho al servicio de la libertad, la igualdad y el pluralismo<sup>46</sup>.

Con todo, se tiene, se tiene por un lado que las sociedades actuales se caracterizan por un estado de inseguridad y miedo permanente; y por otro, que el terrorismo es la forma de criminalidad organizada que implica un desafío directo al Estado de Derecho y frente a ello se utiliza el Derecho penal como instrumento de tutela y a la vez de lucha<sup>47</sup>.

Frente a este panorama, el Estado responde con la inclusión de múltiples reformas en el Código Penal que contienen ejemplos de las tendencias de legislaciones de excepción como respuestas a fenómenos como la criminalidad organizada o el terrorismo<sup>48</sup>. De ahí que pueda hablarse de un Código Penal democrático hacia un Código Penal de la Seguridad. Algunas de esas manifestaciones es, de un lado, la creación de tipos penales de dudosa

---

<sup>45</sup> Ídem.

<sup>46</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C. Y ORTS BERENGUER E., «Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad», en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, coordinado por Juan Carlos Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Lorenzo Morillas Cueva y otros, Madrid 2005, 181.

<sup>47</sup> «La función del derecho penal de todo Estado de Derecho debe ser *la reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles*. En tal sentido, el derecho penal es un apéndice indispensable del derecho constitucional del Estado de Derecho, que siempre se halla en tensión dialéctica con el estado de policía». Vid. ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid 2006, 168. «El Derecho penal de un Estado democrático constituye el instrumento último de tutela de los valores e intereses que le caracterizan. Puede, en fin, afirmarse que las normas punitivas suponen el límite último al ejercicio de los derechos fundamentales, evitando que el abuso de la libertad pueda agredir los derechos y las libertades de los demás y tratan de reconducir las conductas de los ciudadanos hacia el terreno de lo tolerable por la mayoría». Vid. CARBONELL MATEU, J. C. Y ORTS BERENGUER E., «Un derecho penal contra...», cit., 181.

<sup>48</sup> «Junto con cada emergencia surge una burocracia nacional o internacional que procura demostrar eficacia para su propia existencia, por lo general a través de la promoción de reformas legislativas penales de corte represivo; que por lo general son absolutamente ineficaces para promover alguna seguridad frente al enemigo de turno. Parece que nadie es capaz de preguntarse para qué efecto práctica pueden servir esos tipos con elementos subjetivos cuando el tipo tradicional de homicidio calificado, sin requisito subjetivo alguno, se prevé la pena máxima del código, y ello sin necesidad de agotar el resultado de estrago, sino bastando con causar la muerte de una sola persona. Si la ley es tan clara y lo ha sido siempre, no se comprende qué efecto práctico se puede buscar con tipos especiales que no cubren ningún vacío de tipicidad y que, por el contrario, pueden confundirlo todo y provocar impunidad». Vid. ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el...*, cit., 182-183.

compatibilidad con los principios penales básicos y, de otro, la producción de importantísimas perturbaciones en el normal funcionamiento de la Administración de Justicia. Así, el Derecho penal o, mejor dicho, la pena estatal, ha pasado de ser propuesta como *ultima ratio* de la política social, a ser, directamente, una *prima donna* de ella<sup>49</sup>.

Como indica, MUÑOZ CONDE<sup>50</sup> con el abuso del Derecho penal empleándolo más allá de lo que permite su carácter de *ultima ratio*, y con recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, quizás se pueda luchar más o menos eficazmente contra el «enemigo», pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un *Derecho penal de cuño autoritario*, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras.

No cabe duda que el terrorismo constituye uno de los problemas más graves que tiene planteada la sociedad actual, pero también es cierto que es en la legislación antiterrorista donde el Estado democrático muestra de modo más patente una tendencia autoritaria que lesiona gravemente la eficacia de las garantías individuales<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Vid. MAIER, J., «Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Madrid 2008, 2393.

<sup>50</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F., «La generalización del derecho...», cit., 46.

<sup>51</sup> «Más próximas al Derecho penal del enemigo se encuentran ciertas manifestaciones de lo que se ha venido llamando ideología de la emergencia. Especialmente desarrollada en la lucha contra el terrorismo, vendría a cerrar filas en torno al modelo de Estado que pasa a ser objeto de adhesión incondicionada, con la siguiente identificación del discrepante, incluso del «violentamente discrepante», como el «otro», el distinto, el terrorista que, con su mera existencia, legitima toda actuación del poder estatal, por desmesurada que sea. Y hay que convenir en que la más grave de las lacras que en nuestros sistemas penales ha dejado el terrorismo, es la desmesura». Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 1016-1018.

Así, LAMARCA PÉREZ ha dicho, con razón, que las leyes antiterroristas forman parte de la propia lógica del terrorismo y que, en cierto modo, expresan una autonegación del Estado de Derecho que es buscada de propósito por los propios practicantes de este tipo de acciones. De esta forma, se crea una dialéctica agresión-legislación que en la mayoría de los países ha dado lugar a una profusa respuesta normativa de carácter excepcional y que en España cuenta incluso con cobertura constitucional en una norma sin precedentes en Europa que autoriza la suspensión de derechos en los casos de investigación por actuaciones terroristas<sup>52</sup>. En igual sentido, apunta CANCIO MELIÁ que, en efecto, en el balance de «eficacia»<sup>53</sup> ha de considerarse que la mera existencia de Derecho penal del enemigo en este ámbito puede representar en alguna ocasión un éxito parcial, precisamente, para el enemigo, en cuyos planes, como es sabido, juegan un papel decisivo las acciones de represión que pretenden provocar, hasta llegar, como punto de llegada de su estrategia, a la rebelión popular<sup>54</sup>.

Como se advierte, en los Estados democráticos y constitucionales de Derecho existe una tendencia a utilizar el Derecho penal<sup>55</sup>, orientada hacia una

---

<sup>52</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español», en *Terrorismo y Estado de Derecho*, dirigido por José Ramón Serrano-Piedecasas y Eduardo Demetrio Crespo, Madrid 2010, 435.

<sup>53</sup> «Es una confusión muy extendida identificar la eficacia de un sistema de justicia criminal con el aumento de la intervención penal. La política legislativa de los últimos años es una muestra bien patente de lo que este significa. (...) las reformas penales, responden sin titubeos a un modelo inspirado en la lógica de la seguridad ciudadana y, para darle satisfacción, al incremento de la reacción penal». Vid. LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Contradicción y defensa. Cinco cuestiones sobre la prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007, 126-128.

<sup>54</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, M., «Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación», en *Derecho Penal de Excepción: Terrorismo e Inmigración*, dirigido por Patricia Faraldo Cabana, Valencia 2007, 166.

<sup>55</sup> «De entrada, resultaría incoherente pretender encontrar en la Constitución una solución para tratar el fenómeno del terrorismo. La Constitución es una norma que encuentra sus principales razones de ser en el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades de las personas y en la conformación de la estructura del poder de manera que asegure el respeto a tales derechos y libertades, mientras que, cuando nos planteamos respuestas al terrorismo, resulta inevitable tratar el tema en clave de limitaciones a los derechos, ya sea debido a las medidas preventivas de acciones terroristas adoptadas en nombre de la salvaguardia de la seguridad pública, ya sea

política expansionista sin precedentes; y es que, sin duda, el Derecho penal constituye un instrumento esencial en la lucha antiterrorista (aunque no el único) y, por ello, no es de extrañar que el legislador adopte una política criminal reformista, mediante la que se plantea la necesidad de modificar o adaptar la normativa penal en materia de terrorismo. No obstante, el problema en la utilización del Derecho penal es el déficit de legitimidad que se advierte frente a algunas alternativas. Y es precisamente a la doctrina, a la que le corresponde hacer ver que no pueden coexistir un Derecho penal del ciudadano y un Derecho penal del enemigo.

Lo anterior porque precisamente el Derecho penal de garantías es siempre inherente al Estado de Derecho<sup>56</sup> porque, como señala ZAFFARONI<sup>57</sup>, las garantías procesales penales y penales no son más que el resultado de la experiencia de contención acumulada secularmente y que hacen a la esencia de la cápsula que encierra el Estado de policía, o sea, que son el Estado de Derecho mismo. En consecuencia, el Derecho penal de un Estado de Derecho no puede dejar de esforzarse por mantener y perfeccionar las garantías de los ciudadanos como límites reductores de las manifestaciones de un Estado policial para los enemigos, so pena de perder su esencia y contenido, pues de otro modo pasaría a liberar poder punitivo irresponsablemente y contribuiría a anaquilar el Estado democrático y constitucional de Derecho.

---

a causa de los instrumentos dispuestos para facilitar la persecución y la sanción de los responsables de actos terroristas o de dar apoyo de cualquier manera a los autores de dichos actos». Vid. CARRASCO DURÁN, M., «Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001», en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires 2010, 15.

<sup>56</sup> «Las reformas en su mayor parte reflejan el renacer de un Derecho penal de cuño autoritario, difícilmente compatible con el modelo de Derecho penal propio del Estado de Derecho y con los principios constitucionales en los que se basa, sin que tampoco sea esperable por ello que a medio o a largo plazo tengan el efecto disuasor y preventivo que se pretende». Vid. MUÑOZ CONDE, F., «La generalización del derecho...», cit., 9.

<sup>57</sup> Vid. ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el...*, cit., 169-170.

## 1.2. Terrorismo

El terrorismo ha existido desde tiempos remotos, ya sea por diferentes motivos y con distintas formas de proceder o actuar. El terrorismo no es una ideología ni una doctrina política, al contrario es una forma radical de violencia política. Durante el siglo XIX, el terrorismo se identificó con los movimientos anarquistas e izquierdistas, así como con los movimientos separatistas de carácter nacionalistas. De forma posterior aparecieron también grupos terroristas provenientes de sectores de derecha y de tendencia fascista. Pero es a inicios de los años sesenta, el terrorismo irrumpe con fuerza en Europa, en América Latina, Medio Oriente y en otros continentes. Así, el terrorismo amenaza indistintamente a todos los países, a todas las sociedades, a todos los pueblos, a todas las personas, sean cuales sean su condición, estatus, ideología o creencias<sup>58</sup>.

El fenómeno del terrorismo tiene, como bien es sabido, una profunda repercusión en el ámbito del Derecho penal y, en general, en todo el ordenamiento jurídico. El terrorismo no existe como una categoría jurídica precisa. Una de las mayores dificultades, para una consideración jurídica del terrorismo no nace de problemas conceptuales (diferenciar el terrorismo según criterios criminológicos o sociológicos, definir en las leyes penales determinados delitos de terrorismo, etc.) sino, como afirma BUENO ARUS<sup>59</sup>, de la innegable naturaleza política del fenómeno. De ahí que sea inevitable poner en relación el terrorismo con el delito político (del que sin duda constituye una especie), aunque sólo sea hacer la declaración formal de que los terroristas no serán considerados como delincuentes políticos a efectos de amnistía o de

---

<sup>58</sup> «Si con su violencia, llaman al caos y destruyen la vida de personas inocentes, los terroristas simultáneamente también destruyen aquellas «causas» que dicen defender y, en definitiva, se destruyen a sí mismos». Vid. CÁMARA VILLAR, G., «Desde las raíces», en *La palabra contra el terrorismo*, Granada 2004, 11.

<sup>59</sup> Vid. BUENO ARUS, F., «Medidas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1990, Tomo I, 961.

beneficios penitenciarios (legislación interna) o a efectos de extradición o asilo (convenios internacionales). Tal declaración, coherente con la naturaleza y fines del Estado democrático de Derecho, representa ciertamente una ficción y en tal sentido ha sido objetada desde la perspectiva de la tutela de los derechos humanos, pero esta objeción no puede impedir valorar las conductas que merecen un tratamiento más benigno y las que merecen un tratamiento más severo por su carácter especialmente violento o inhumano.

Ahora bien, conviene dejar en claro que si bien el terrorismo se caracteriza en último término por su *finalidad política*, no toda la violencia política es terrorismo. El terrorismo ataca frontalmente a derechos humanos fundamentales utilizando métodos que se apartan de los canales de participación democrática. De ahí que el terrorismo, en cuanto atentado al orden social, sólo pueda presentarse en el contexto de una sociedad libre y democrática, en un Estado de derecho democrático.

En este sentido, TERRADILLOS BASOCO manifiesta que la razón más extendida con que se argumenta en favor del tratamiento especial de la delincuencia terrorista es la de que el terrorismo no sólo afecta a bienes jurídicos individuales, sino también a las propias bases del sistema democrático<sup>60</sup>. Aunque a reglón seguido, afirma que no está claro que el terrorismo ponga en peligro el orden democrático *in totum*; y, además, tampoco está claro que el mantenimiento de la democracia como abstracción pueda lograrse recortando progresivamente las concretas libertades democráticas<sup>61</sup>.

Con todo, el terrorismo, sin duda, es un fenómeno complejo y el Estado no puede descuidarse en el plan de actividades encaminadas a erradicarlo, a pesar de su complejidad y su dificultad de comprensión sobre todo si se enfoca desde una óptica multifactorial e interdisciplinar.

---

<sup>60</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Madrid 1988, 22.

<sup>61</sup> *Ibidem.*, 24.



### 1.2.1. Aproximación conceptual: elemento estructural y elemento teleológico

A lo largo de la historia siempre han existido serias dificultades para definir el terrorismo, de forma que ha sido fuente de polémica en los diversos sectores; en la actualidad, sigue siendo un obstáculo para consensuar y llegar a una crear una convención internacional general contra el terrorismo<sup>62</sup>. No ha existido hasta ahora un aunamiento de criterios ni en la legislación, ni en la doctrina en torno al mismo. Prueba fehaciente de ello es el distinto concepto que sostienen actualmente Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea. Mientras el primero mantiene un concepto de carácter militar, los segundos lo consideran una forma de ataque a las bases del Estado democrático. Por otra parte, suele ser difícil distinguirlo de otros crímenes como la violencia o el asesinato político, la guerrilla o el anarquismo. De ahí que, en la

---

<sup>62</sup> El 28 de agosto de 2000, la delegación india presentó un Proyecto de Convenio general sobre el terrorismo internacional, que incluía en su artículo 2 la siguiente definición: “Comete delito en el sentido de la presente Convención quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio realice una acción que tenga por objeto: a) Causar la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o b) Causar daños graves en una instalación pública gubernamental, una red de transporte público, una red de comunicaciones o una instalación de infraestructura, con la intención de causar una destrucción significativa en ese lugar, instalación o red, o de que esa destrucción produzca o pueda producir un gran perjuicio económico, si el propósito de tal acción es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo”.

Las enmiendas presentadas a este artículo del Proyecto han incidido sobre todo en la descripción de las acciones que figuran en los apartados a) y b), pero no han afectado en absoluto a la estructura del precepto, ni al tenor del *elemento subjetivo* que aparece descrito en el último párrafo. En efecto, desde la reunión del Grupo de Trabajo de 25 de septiembre de 2000, hace ya cinco años, el texto del art. 2.1 del Proyecto permanece inalterable, con la siguiente redacción: 1. Comete delito en el sentido de la presente Convención quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio cause: a) la muerte o lesiones graves a otra persona o personas; b) daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o c) daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a los que se hace referencia en el apartado precedente cuando produzcan o puedan producir gran perjuicio económico, si el propósito de tal acto es por su naturaleza o su contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo. «Como puede colegirse del tenor del precepto, la definición se estructura a base de dos elementos: *objetivo* y *subjetivo*. El primero exige la realización de determinadas acciones de carácter violento; el segundo, que los daños personales o materiales infligidos tengan como propósito intimidar a una población». Vid. GARCÍA RIVAS, N., «La tipificación “europea” del delito terrorista en la decisión marco de 2002: análisis y perspectivas», en *Instrumentos penales y procesales contra la criminalidad organizada en la Unión Europea*, presentado en el Seminario de expertos: La orden de detención europea, ¿primer título de ejecución directa en el Espacio Judicial Penal Europeo?, Toledo 2004.

comunidad internacional, se condene y sancione –casuísticamente– los actos terroristas, aún sin alcanzar una definición generalmente aceptada.

Las características esenciales del terrorismo<sup>63</sup> son:

- El terrorismo tiene una finalidad política, sea disfuncional o funcional al sistema esto es, sea para socavar la estabilidad del régimen político imperante y promover su sustitución por otro; sea como instrumento complementario de las políticas gubernamentales de control social, aunque por medios ilegales.
- El terrorismo se basa en la violencia<sup>64</sup> o su amenaza y se dirige, en definitiva, a un destinatario colectivo representado por la sociedad, o una parte de ella, o el Estado.
- Provoca un sentimiento de terror o inseguridad extrema en una colectividad<sup>65</sup>. Se trata de imponer una determinada voluntad política a ciertos sectores de la sociedad o a toda ella para que sobre la base del miedo adhiera a los propósitos utilitarios de sus autores. La lógica del terrorismo reclama, como habíamos anunciado, publicidad, cuestión ésta que contribuye asimismo a diferenciarlo de otras formas de violencia. Esto es particularmente notorio tratándose del terrorismo internacional.
- Adopta usos tácticos y estratégicos que le dan la característica de estrategia predominante o «método tendencialmente exclusivo». La violencia no es aislada, sino sistemática, y esto es lo que permite, en el

---

<sup>63</sup> Vid. VILLEGAS DÍAZ, M., «Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal de Chile», en *Revista Ilatinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, [www.iuspenalismo.com.ar](http://www.iuspenalismo.com.ar)

<sup>64</sup> «Se trata de una violencia indiscriminada, dirigida contra la población civil indefensa; pretende producir terror, esto es, un pánico sobrecogedor, capaz de desarmar moralmente a las poblaciones que lo sufren y se propone con ello torcer la voluntad política forjada democráticamente. Es, pues un crimen contra la vida, contra la conciencia y contra la libertad. No es simplemente el uso de la violencia ilegítima, sino la vida política del poder de la muerte». Vid. CEREZO GALÁN, P., «Contra el terror, la fe en la dignidad del hombre», en *La palabra contra el terrorismo*, Granada 2004, 15-16.

<sup>65</sup> «Los actos terroristas se caracterizan por ser impredecibles y arbitrarios y sus efectos psicológicos no guardan proporción con los resultados físicos, ello provoca que el miedo se extienda y se apodere de la sociedad que los padece. El terror político debe diferenciarse también de otras formas de violencia en los que se usan métodos igual de crueles e inhumanos como son el genocidio, la tortura, el asesinato, y el chantaje. En este sentido, lo que distingue al terrorista de otras formas de violencia es básicamente su amoralidad y antinomismo, el terrorista no posee un código moral y está dispuesto a sacrificar cualquier consideración de índole ética o humanitaria a favor de una causa política». Vid. TORRES CEVALLOS, B., «Derecho internacional público frente al delito de terrorismo», en *Revista Afese*, Ecuador-Colombia, 63.

plano jurídico, aludir a la «organización terrorista», la manera más adecuada de diseñar y llevar a cabo una estrategia.

- El matiz indiscriminado de la violencia es lo que caracteriza al terrorismo como un ataque frontal a los derechos humanos. Sin embargo, no toda violación de derechos humanos constituye terrorismo, sino sólo aquella que tenga un carácter masivo y sistemático. Por otra parte, el terrorismo no viola cualquier derecho, sino sólo derechos humanos fundamentales.

ZUGALDÍA ESPINAR manifiesta que los actos terroristas se caracterizan por ser la negación violenta de un tercero (la víctima), a la que se utiliza como mero objeto para influir en aquellos que deben tomar decisiones, todo ello con cualquier finalidad política. De esta caracterización del terrorismo se derivan dos consecuencias fundamentales: la primera –que debe ser tenida en cuenta por los terroristas, por quienes los apoyan, los comprenden o los disculpan– es que no hay, porque es ética y ontológicamente imposible, un terrorismo justificado; la segunda –que debe ser tenida en cuenta por quienes luchan contra el terrorismo– es que esta lucha no puede llevarse a cabo con violación de la dignidad de la persona. Para uno y para otros rige aquí la misma regla: el fin no justifica los medios<sup>66</sup>.

En cuando a la definición de terrorismo, como aún no hay acuerdo sobre el mismo, pueden existir tantos conceptos como autores se pronuncien<sup>67</sup>. Tradicionalmente el tratamiento jurídico del terrorismo consiste en una expansión y agravación de los tipos penales como en la suspensión de

---

<sup>66</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Terrorismo y globalización», en *La palabra contra el terrorismo*, Granada 2004, 71.

<sup>67</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA destaca que el delito de terrorismo no constituye una figura homogénea ni caracterizada por fines altruista ulteriores, sino por el medio ocasionado a grandes estragos, por la víctima, que puede ser un magnate o persona, o en contrapartida, personas desconocidas que accidentalmente se hallan en medios de transporte, plazas, calles etc., y por el inmediato fin de causar intimidación pública. Para CUELLO CALÓN, terrorismo significa la creación mediante la ejecución repetida de un estado de alarma o de terror en la colectividad o en ciertos grupos sociales o políticos para imponer o favorecer la difusión de determinadas doctrinas sociales o políticas. GÓMEZ CALERO considera a los delitos terroristas como delitos «polivalentes» en el sentido que atentan contra una multiplicidad de bienes jurídicos tutelados; pero concluye diciendo que parece evidente que persigue la subversión del orden constitucional. Vid. MORAL DE LA ROSA, J., *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid 2005, 163.

garantías. Tanto a nivel doctrinal como legislativo hay pocos conceptos sobre los que exista un menor acuerdo y las definiciones de terrorismo se van adoptando en función de los intereses políticos de cada Estado y de cada momento<sup>68</sup>.

La palabra «terrorismo» deriva de los vocablos latinos *terrere* que significa estremecerse o hacer estremecerse y *detertere* o «asustarse de». El concepto de terror por tanto está íntimamente vinculado con la acción de una persona, objeto o fuerza para causar temor<sup>69</sup>. El diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA se refiere al terrorismo como «sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror»<sup>70</sup>.

JAN SCHREIBER define al terrorismo como «un acto político cometido generalmente por un grupo organizado que implica la muerte o amenazas de muerte para no combatientes», y explica que dicha definición excluye a los secuestros privados destinados a obtener dinero por la fuerza, los asesinatos por venganza y otras formas de violencia; «lo que convierte en político el acto terrorista es su motivo y enfoque: tiene que ser el intento de quienes lo perpetran, dañar o alterar radicalmente al Estado»<sup>71</sup>.

Por su parte, GARCÍA VALDÉS<sup>72</sup> señala que el terrorismo «es aquella conducta delictiva que, mediante actos de extrema violencia o grave intimidación, y con un fin subversivo, trata de destruir el sistema político democrático empleando, a estos efectos, medios selectivos o catastróficos».

---

<sup>68</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Madrid 2008, 23.

<sup>69</sup> Los etimologistas sostienen que los términos ingleses *terrorism*, *terrorist* y *terrorise* no empezaron a utilizarse hasta que se formaron las palabras francesas equivalentes *terrorisme*, *terroriste*, *terroriser*, durante el período revolucionario comprendido entre 1793 y 1798. Vid. WILKINSON, P., *Terrorismo Político*, 9.

<sup>70</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Madrid 2001, en <http://www.rae.es/rae.html>

<sup>71</sup> Autor citado por: TORRES CEVALLOS, B., «Derecho internacional público...», cit., 63.

<sup>72</sup> Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XXXVIII, Fascículo II, 1984, 295.

Opinión que MORAL DE LA ROSA<sup>73</sup> no comparte, ya que deben de quedar comprendidos dentro del concepto de terrorismo aquellos ataques violentos a personas o grupos, con la finalidad de coaccionar al Estado o Estados o autoridad de cualquier tipo y cualquiera que sea la finalidad perseguida por su autor o autores, finalidad que puede ser social, cultural, étnica, religiosa o política o de otra naturaleza.

Para el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL «el acto terrorista constituye una negación de los derechos fundamentales a través de la utilización de la violencia como medio de terror por parte de estructuras organizadas con fines políticos. Estos elementos permiten diferenciar el terrorismo de la delincuencia violencia común pero también de la mera disidencia e incluso de quienes llevan a cabo una utilización esporádica o no planificada de la violencia. Es el uso sistemático de la violencia como forma de lucha política, fuera de los cauces democráticos, lo que fundamenta el desvalor jurídico, tanto en los casos en los que se pretende la modificación del sistema político como en aquellos otros en que se busca su preservación»<sup>74</sup>.

A juicio de CARBONELL MATEU<sup>75</sup>, el acto terrorista se caracteriza, en primer lugar, por la negación, mediante la violencia, del derecho fundamental de un tercero –la víctima–, en segundo lugar, por la utilización del ataque como amenaza que se pretende interponer en el proceso de formación de la voluntad, puesto que se advierte de su repetición, alterando de ese modo la toma de decisiones a quien le corresponde legítimamente, y todo ello con cualquier finalidad política, sea ésta lícita o ilícita. Si esta definición es correcta, deberían excluirse de la consideración de terroristas los actos que no se encaminan a alterar la libertad en la formación de la voluntad a través del terror, o los que no

---

<sup>73</sup> Vid. MORAL DE LA ROSA, J., Op. cit., 162.

<sup>74</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual...*, cit., 12-13.

<sup>75</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C., «Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 49-50.

utilizan a ciudadano como meros medios para la consecución de la aludida finalidad. Y, deberían incluirse aquellos actos realizados desde el Poder que pretende alterar la voluntad de los ciudadanos a través de la negación violenta de sus derechos fundamentales –especialmente, la vida– o el uso de la tortura, para la obtención de cualquier finalidad, sea lícita o ilícita.

ASÚA BATARRITA<sup>76</sup> habla de la conjunción de tres elementos para caracterizar la especial connotación de la actividad delictiva terrorista producida desde una asociación estructurada a tal efecto: 1) la realización de *delitos especialmente graves* que por su entidad son idóneos para producir aquella intimidación y conmoción; 2) la existencia de una *estructura organizada* estable, desde la que se planifican tales delitos, lo que dota de verosimilitud a la amenaza –peligro real– de reiteración de los mismos; 3) la *finalidad de causar grave intimidación* o fuerte conmoción social, que se materializa en la forma de planificar y realizar los crímenes, y en la propia existencia de la asociación que potencia la capacidad de atemorización. Estos tres elementos se encuentran entrelazados en una *conexión funcional* de interacción recíproca, porque es el conjunto de lo que demarca el significado específico del terrorismo. Sin la existencia de una estructura estable organizada, la potencialidad delictiva de reiteración intimidante será sustancialmente menor; si los hechos cometidos no superan determinado umbral de gravedad, no podrá predicarse el grado de intensidad atemorizadora del terrorismo; si no existe finalidad intimidante de presión a colectivos o instituciones, estaríamos ante otra clase de criminalidad organizada, no ante terrorismo.

A pesar de lo dicho, no existe una definición de terrorismo que abarque todas las variedades de terrorismo que han existido a lo largo de la historia, atendiendo a las propias variaciones que ha venido experimentando. Esta

---

<sup>76</sup> Vid. ASUA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terrorista”, y conductas periféricas», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 1, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 260.

ausencia de definición no ha impedido, el consenso respecto de actos específicos de terrorismo, generalmente descritos en tratados internacionales<sup>77</sup>, ni de considerar al terrorismo como una amenaza a la paz y la seguridad internacional<sup>78</sup>. De hecho, la gran mayoría de países cuenta con definiciones de terrorismo en sus códigos penales.

Por su parte, el Código Penal español no ofrece una definición de terrorismo, pero sí puede deducirse ésta de los requisitos típicos de las figuras nucleares recogidas en los arts. 571 y siguientes; dichos requisitos son: 1) el elemento teleológico y 2) el elemento estructural.

**1) elemento teleológico** (la finalidad terrorista) que es la exigencia de una finalidad específica es un elemento delimitador de otro tipo de conductas violentas e intimidatorias graves. La delincuencia terrorista persigue una finalidad que desborda el delito común y persigue en subvertir, total o parcialmente, el orden político constituido<sup>79</sup>. Todos los tipos penales de terrorismo del CP exigen que la conducta delictiva se realice con una determinada finalidad, es decir, la estructura típica requiere la presencia de un elemento subjetivo del injusto que ha de ser abarcado por el dolo del autor de modo que la conducta delictiva concreta (homicidio, secuestro, etc.) deber ir

---

<sup>77</sup> «Más que aportar una definición del terrorismo, sobre la cual se construyan los compromisos internacionales, se ha optado generalmente por remitir a una serie de instrumentos en los que se previenen diversas conductas punibles y de cuyo conjunto se infiere un concepto, no siempre claro y seguro, acerca del terrorismo. Esto se observa en algunos de los instrumentos como el Convenio Europeo y la Declaración del 9 de diciembre de 1994, que recuerda 17 tratados internacionales vigentes relativos a diversos aspectos del terrorismo internacional». Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., «Consideraciones sobre terrorismo», en *Problemas jurídicos y políticos del terrorismo*, coordinado por José Juan de Olloqui, México 2003, 76.

<sup>78</sup> Vid. MORAL DE LA ROSA, J., Op. Cit., 158.

<sup>79</sup> La STC 199/1987, FJ 2 sostiene: «El propio constituyente ha sido consciente de la existencia, como problema actual, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y el propio orden democrático». Lo que según, CAMPO MORENO, justifica la existencia de una legislación penal excepcional y de emergencia ante una criminalidad de especial gravedad en relación a la vida e integridad física de las personas y de suma transcendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional. Vid. CAMPO MORENO, J. C., *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia 1997, 24-25.

*finalísticamente encaminada a subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.*<sup>80</sup>

a) *subversión del orden constitucional*<sup>81</sup> es el clásico fin político mediante el cual se reconoce que el terrorismo pertenece a esta categoría de delitos, sin perjuicio de que tanto en el texto constitucional (art. 13.3) como en la mayoría de tratados no se reconozca este carácter a efectos de extradición.

De lo anterior, el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL<sup>82</sup>, deducen dos problemas:

- i. La utilización expresa del término subversión puede interpretarse en el sentido de la sentencia 30/91 dictada por la sección 3ª de la Audiencia Nacional (caso Amedo y Domínguez) como excluyente de los casos del denominado terrorismo de Estado que supondría que no cabe calificar como terroristas a quienes pretende preservar o defender al Estado sino únicamente a los que persiguen su cambio o modificación sustancial, es decir, la sustitución por otro sistema político. Se debe entender, sin embargo, que la subversión del Estado supone sencillamente la no utilización de los cauces democráticos como forma de la lucha política lo que permite calificar como terrorismo toda violencia ejercida desde o contra el sistema político.
- ii. La expresión subversión del orden constitucional pudiera presentar problemas para calificar a grupos u organizaciones cuyas finalidades políticas sean mucho más genéricas que las tradicionales de sustitución del sistema político o la proclamación de la independencia de una parte del territorio nacional; es el problema derivado del

---

<sup>80</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010, 741-742; LAMARCA PÉREZ, C., «Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español», en *Terrorismo y Estado de Derecho*, dirigido por José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo, Madrid 2010, 437 y ss.

<sup>81</sup> Puede verse sobre este elemento: CANCIO MELIÁ, J. M., «Sentido y límites de los delitos de terrorismo», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Madrid 2008, 1903-1904.

<sup>82</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal...*, cit., 24-25.



terrorismo integrista islámico cuyo fin último también tiene carácter político por más que, como también en otros puestos de acciones terroristas, éstas se presenten en ocasiones como actos concretos de represalia o de propaganda.

Por todo ello, el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL recomienda que dicha finalidad se sustituya por la referencia a «fines políticos contrarios al sistema democrático» que, a su juicio, permite superar los problemas antes señalados.

b) *alterar gravemente la paz pública*,<sup>83</sup> trae serios problemas de interpretación pues constituye un concepto jurídico indeterminado no definido por la legislación penal que resulta de una imprecisión contraria al principio de legalidad<sup>84</sup>. Además, el terrorismo ya no se concibe exclusivamente como un delito de finalidad política, por lo que difícilmente cabría su distinción de otros tipos delictivos y muy singularmente de los desordenes que también requieren la actuación en grupo. Por ello el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL cree que debe suprimirse esta referencia<sup>85</sup>.

2) *elemento estructural*,<sup>86</sup> el concepto de terrorismo enlaza con una pluralidad subjetiva con indudable carácter asociativo, precisándose una cierta organización, estabilidad, carácter armado, y entidad suficiente para producir terror<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Para profundizar sobre este elemento se puede ver: CANCIO MELIÁ, J. M., «Sentido y límites de los delitos de terrorismo», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Madrid 2008, 1904-1905.

<sup>84</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. Y PÉREZ CEPEDA, I., *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Valencia 2008, 43.

<sup>85</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Madrid 2008, 26.

<sup>86</sup> Con alguna excepción, se exige que la conducta se lleve a cabo por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 41, Septiembre 2007, 7.

<sup>87</sup> Vid. CAMPO MORENO, J. C., *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia 1997, 32.

La necesidad de la presencia de un grupo organizado para poder hablar de terrorismo ha sido puesta de manifiesto por la doctrina de una manera casi unánime y de ahí se ha pasado a considerar como elemento especificador del terrorismo el ser una violencia política organizada<sup>88</sup>. El terrorismo, en suma, es violencia política pero ejercida desde una estructura organizada, el grupo terrorista que constituye un auténtico sujeto activo del delito.

Para poder justificar la gravedad de la respuesta jurídica al terrorismo éste debe conceptuarse como un fenómeno capaz de poner en auténtico peligro al sistema político lo que, sin duda alguna, hoy sólo resulta posible si se actúa organizadamente. La organización terrorista debe constituir entonces una auténtica asociación ilícita y no un núcleo de persona que realiza actividades de mera codelincuencia ocasional. Eso, al margen del concreto sistema de organización que adopte, requiere una estructura estable, jerarquizada y con una voluntad social que va más allá de la comisión de unos hechos concretos<sup>89</sup>.

La SAN, de 27 de noviembre de 1991, menciona los requisitos o elementos configuradores de una organización terrorista y pueden enumerarse los siguientes: «asociación de una pluralidad de personas, con unos vínculos con cierta permanencia, y unas relaciones de jerarquía y subordinación. Como elemento determinante de carácter objetivo, el carácter armado de la organización y la dedicación de la misma, en forma sistemática y reiterada, a la realización de acciones violentas contra las personas y cosas mediante el empleo de tales armas. Como elemento determinante de carácter finalista y

---

<sup>88</sup> Cfr. GARCÍA SAN PEDRO, J., «Sobre el concepto de terrorismo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 1992, 253.

<sup>89</sup> El GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL considera que para no favorecer una interpretación que pudiera requerir una menor intensidad en el elemento estructural o de organización debe unificarse la referencia a este elemento utilizando un solo termino bien «banda armada» bien y preferiblemente, por no resultar necesario el carácter armado en todo caso, el de «organización terrorista». Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Madrid 2008, 26. Aunque hay que destacar que con la reforma del Código Penal mediante la LO 5/2010 se suprime la expresión «bandas armadas» de los artículos 90, 170, 505, 573, 575, 577 y 580 del Código Penal.

subjetivo, el propósito de alarma de crear una situación de emergencia en la seguridad ciudadana, de alterar el orden democrático constitucional».<sup>90</sup>

En suma, puede concluirse que el Código Penal español no define de manera expresa lo que es el terrorismo, pero de él se pueden colegir los elementos que le conforman y que caracterizan este tipo de criminalidad que son: el elemento subjetivo y objetivo. Los delitos de terrorismo, se trata, pues, de una forma más de criminalidad organizada, aunque con una finalidad política que la hace más peligrosa y difícil de controlar penalmente.

En Alemania, el legislador alemán considera que la diferencia fundamental entre la criminalidad general y la terrorista radica sobre todo en el grado de peligrosidad y en la lesividad específica de las conductas planeadas o ejecutadas. Frente a este criterio, ZÖLLER señala de forma acertada que los criterios decisivos para delimitar la criminalidad general de la terrorista no se encuentran en el tipo *objetivo*, sino únicamente en la vertiente *subjetiva* del tipo; pues lo decisivo es que dicha conducta se lleve a cabo con la intención de conseguir unos determinados objetivos políticos, religiosos o de carácter ideológico<sup>91</sup>. En este sentido, el autor alemán se atreve a formular un concepto general de terrorismo, señalando de entrada que cualquier definición del fenómeno en cuestión debe necesariamente contener dos elementos centrales: uno de carácter objetivo y otro subjetivo. Mientras que el primero viene

---

<sup>90</sup> «Es necesario entonces la existencia de un grupo organizado y estructurado, con cierta continuidad y jerarquía (STS de 29 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002) y donde existe una actividad social por encima y que va más allá de la realización de un concreto hecho delictivo (STS de 1 de marzo de 2005). Se han considerado así organizaciones terroristas clásicas como ETA o la GRAPO pero también, recientemente, a asociaciones juveniles como Jarrai, Haika o Segi (STS de 19 de enero de 2007), sin que haya existido obstáculos para considerar que también constituyen asociaciones terroristas grupos con estructuras diferentes como los fundamentalistas islámicos (STS de 25 de octubre de 2007 o la SAN de 31 de octubre de 2007)». Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010, 742.

<sup>91</sup> Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, número 10-14, 2008, 11.

marcado esencialmente por una acción delictiva, el segundo exige la presencia de un dolo específico y una especial motivación por parte del autor de la acción.

Así, ZÖLLER considera que una definición general de terrorismo debe tener el siguiente orden estructural: 1) Empleo de o amenaza con utilizar violencia contra personas u objetos; 2) Este empleo de o amenaza con utilizar la violencia debe mostrar objetivamente una cierta idoneidad para causar un daño (*Schädigungseignung*); 3) Además, los actos terroristas deben ser ejecutados con una intención específica, teniendo el individuo terrorista como objetivo inmediato e intermedio la propagación de miedo; 4) Junto a esta finalidad intermedia de carácter inmediato aparece ineludiblemente otra de carácter final, mediato y también de carácter subjetivo, a saber, la difusión o consecución de las convicciones ideológicas del/los autor/es de la acción terrorista<sup>92</sup>.

### **1.2.2. Terrorismo internacional y terrorismo de Estado**

En las últimas décadas, el terrorismo ha sido uno de los peores flagelos que ha sufrido la sociedad, es un hecho expresivo de violencia con sus más variadas formas de manifestación y crueldad. Este fenómeno se produce tanto en el ámbito interno como en el mundial, como en una vía abierta a todo acto violento, degradante e intimidatorio, y aplicado sin reserva o preocupación moral alguna. No es, por lo tanto, una práctica reciente o aislada, sino un problema estructural de antaño; así, podemos encontrar distintas manifestaciones o formas de terrorismo entre ellas: el terrorismo nacional, el internacional, el terrorismo de Estado que hay que diferenciar del concepto de conflicto armado.

El *terrorismo nacional* es cuando el acto terrorista se perpetra dentro de un Estado por uno o más actores de la nacionalidad de ese mismo Estado y cuando la víctima o víctimas son nacionales de ese Estados y las consecuencias del acto se encuentran limitadas a ese Estado sin afectar a otros. En contraposición a

---

<sup>92</sup> *Ibidem.*, 13-14.

este, se tiene que en el *terrorismo internacional*, comprende los incidentes con consecuencias internacionales: aquellos en los que los terroristas van al extranjero para realizar sus objetivos o seleccionar a sus víctimas por su conexión con un Estado extranjero (diplomáticos, ejecutivos de empresas extranjeras), los ataques a líneas aéreas o vuelos internacionales, o el secuestro de un avión para que se dirija a otro país<sup>93</sup>.

Se trata pues de un terrorismo transnacional en la medida en que traspasa las fronteras estatales, al ser ejecutado por estructuras organizativas que realizan acciones violentas en más de un país y sus víctimas suelen tener diferentes nacionalidades<sup>94</sup>. Si este terrorismo se estima que representa una amenaza global en sus posibles efectos, el remedio no puede ser nacional, aunque haya que tomar medidas en este último ámbito. Esto, conlleva que hoy en día no hay una distinción entre política interna y política externa, ante todo en lo que se refiere a seguridad frente al terrorismo<sup>95</sup>.

De este modo, hay elementos que complican seriamente la represión del delito. El autor o autores pueden ser de nacionalidades diferentes a la del Estado donde se comete el acto o las personas o bienes afectados por dicho acto. También las consecuencias del mismo pueden extenderse a dos o más países. En este tipo de terrorismo, el derecho internacional lo que busca es que se evite dejar sin sanción los actos terroristas de características internacionales, pero existe una tendencia a tratar de privilegiar la prevención de las conductas terroristas.

---

<sup>93</sup> Vid. JENKIS, B., «Tendencias actuales del terrorismo internacional», en *Terrorismo Internacional*, Madrid 1984, 13-14.

<sup>94</sup> «En contraposición, el terrorismo interno, sería el que no trasciende de los límites de la jurisdicción estatal que sirve como referencia». Vid. OLÁSULO ALONSO, H. Y PÉREZ CEPEDA, I., *Terrorismo Internacional...*, cit., 30.

<sup>95</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I., «El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal», en *Derecho penal de excepción: Terrorismo e inmigración*, dirigido por la misma autora, Valencia 2007, 104.

Las características esenciales del terrorismo internacional, son<sup>96</sup>:

- 1) las elevadas tasas de letalidad y el alto grado de indiscriminación de sus atentados (sus autores están dispuestos a usar armas de destrucción masiva o medios susceptibles de ocasionar grandes estragos y masacres indiscriminadas). Suelen ser blancos especialmente vulnerables,, en espacios muy concurridos por transeúntes desprotegidos.
- 2) La implicación rutinaria en sus atentados de suicidas adoctrinados que constituyen auténticos delincuentes por convicción. Según estudiosos del tema, sus costos son bajos y la capacidad de repercusión es extremadamente eficaz.
- 3) La preparación y ejecución de sus atentados en el territorio de distintos Estados, lo que demuestra la existencia de alianzas entre grupos de diferentes países que configuran una auténtica red de grupos terroristas. Dicha extensión se ve favorecida por los factores de la globalización que responde a una movilidad de personas a escala mundial, los avances de las nuevas tecnologías y la libre circulación de capitales.
- 4) La dirección de sus atentados contra valores e intereses internacionales.
- 5) El discurso utilizado por los dirigentes y promotores del actual terrorismo internacional que subraya el potencial cruento de sus amenazas, apela a las operaciones llevadas a cabo por quienes definen como mártires e insiste en una retórica que persigue un cambio político y social a nivel mundial. Su intención no es otra que afectar la estructura y distribución de poder de regiones enteras del planeta o incluso a escala de la misma sociedad mundial.

PÉREZ CEPEDA<sup>97</sup> señala que el terrorismo internacional se presenta como una causa de inseguridad tan determinada como intangible y ubicua. Así, el destinatario de la guerra ya no es otro Estado, sino una organización deslocalizada, un enemigo ubicuo e invisible, puesto que, además de contar con un apoyo social amplio en diferentes países, es de carácter multinacional en su composición humana, financiación y redes operativas, aparte de habitar con normalidad en los países donde actúan. Al mismo tiempo, se alega que el destinatario del control no presenta ya meras conductas socialmente desviadas, sino que comete auténticos actos de guerra.

---

<sup>96</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. Y PÉREZ CEPEDA, I., *Terrorismo Internacional...cit.*, 31-32.

<sup>97</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I., «El paradigma de la seguridad...», cit., 103.

Por otro lado, el *terrorismo de Estado* es aquél ejercido o instigado por autoridades de un Estado. Esta denominación es usada para hacer referencia a la acción de los gobiernos cuando recurren al uso de la fuerza y la violencia contra la población.

A este terrorismo de Estado, GARCÍA SAN PEDRO señala, se puede designar con diferentes expresiones: «terrorismo gubernamental», «régimen o reinado de terror», «terror de coacción» y «terrorismo represivo»; y el *terrorismo revolucionario o subversivo* como «terrorismo antigubernamental», «terrorismo que tiene por finalidad destruir el sistema de autoridad difundiendo por medio de la violencia un extremo pavor», «terror de agitación», «terror ofensivo» y «terrorismo privado»<sup>98</sup>.

LAMARCA PÉREZ<sup>99</sup> indica que la expresión terrorismo de Estado se emplea como un arma arrojadiza contra aquellos sistemas políticos que vulneran sistemáticamente los derechos humanos o, también, contra aquellas actuaciones más o menos circunstanciales que, incluso en el marco de un Estado de Derecho, manifiestan un afán represivo excepcional, desproporcionado o ejecutado al margen de todo procedimiento regular.

Inicialmente el terrorismo de Estado se definía como el ejercido por el Estado contra sus propios ciudadanos. Se ha ampliado progresivamente y ya no es un asunto interno. Así, cuando este terrorismo estatal se dirige contra personas o bienes que están en el extranjero y, más comúnmente, contra sus propios nacionales refugiados en otro país, que son considerados como una amenaza para la estabilidad del régimen o la seguridad nacional, nos encontramos en presencia de actos que se consideran como *terrorismo de Estado internacional*<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Cfr. GARCÍA SAN PEDRO, J., «Sobre el concepto de terrorismo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 1992, 242-243.

<sup>99</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLVI, Fascículo II, 1993, 539.

<sup>100</sup> Vid. ILLANES FERNÁNDEZ, J., «Terrorismo y Derecho Internacional», en *Revista Semestral de la Universidad de las Américas*, noviembre-diciembre, Vol. 8, número 2, Santiago de Chile 2001.

Un sector de la doctrina mayoritaria española no considera auténtico terrorismo al llamado «Terrorismo de Estado», por cuanto se trata de una denominación retórica o porque esas acciones merecen otros calificativos. Así, en el plano internacional serían crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o genocidio<sup>101</sup>. Y en el derecho interno, si el Estado ejerce regularmente la violencia es formalmente legítima; y si su ejercicio es irregular, el Estado nunca es responsable como tal<sup>102</sup>. Desde luego que existen modelos de dominación política basados en el terror, pero son muy diferentes al terrorismo no «institucional». En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC<sup>103</sup> señala la conveniencia de diferenciar tres grupos de casos:

- 1) La extralimitación de los poderes públicos en la lucha contra el terrorismo, que en ocasiones puede llegar a legislaciones excepcionales o al uso de prácticas intolerables como la tortura.
- 2) Los Estados totalitarios, donde la aniquilación del enemigo está más o menos formalizada en su legislación y los problemas son de legitimación de las leyes que dan cobertura al ejercicio del terror.
- 3) A la violencia ejercida por grupos *paramilitares* o por los propios cuerpos de seguridad, pero al margen de la ley, aunque con una absoluta o parcial impunidad (dictaduras de Argentina, Chile, Guatemala, Colombia, Perú, etc.)

Sin embargo, aunque el tema sea complejo no puede hablarse en un sentido técnico jurídico de terrorismo de Estado, sino de la comisión en su caso

---

<sup>101</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985.

<sup>102</sup> «Ciertamente, no se podía llegar a calificar los hechos (en el caso Amedo) como terrorismo de Estado, por la sencilla razón de que tal cosa no existe ni puede existir: el Estado puede ser moralmente perverso, pero no delincuente y, en el plano del Derecho interno, reitero que hablar de terrorismo de Estado constituye una imagen metafórica y retórica desde un punto de vista jurídico, pues la eficacia y, por tanto, en último término, la validez del Orden jurídico reposa en el propio poder del Estado». Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Sobre el concepto de terrorismo...», cit., 539-542.

<sup>103</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 75-76.



de otros delitos comunes, como torturas, homicidio, lesiones, detenciones ilegales u otras infracciones vinculadas con el abuso de funciones públicas.

En suma, desde un punto de vista jurídico, la idea de terrorismo de Estado o es inútil o es inviable. Es inútil para referirse a los sistemas políticos crueles y opresivos, donde o bien las leyes respaldan o amparan sus prácticas, o bien constituyen palabras vanas que ninguna autoridad está dispuesta a observar ni a hacer observar. Y es inviable en el marco del Estado de Derecho, donde obviamente responden los funcionarios de los hechos ilícitos que realicen, por su cuenta o por cuenta de otros, pero donde se excluye por principio cualquier imputación institucional.

## CAPÍTULO II

### DIMENSIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Con el objeto de analizar si el tipo penal regulado en el artículo 578 del Código Penal es idóneo para fundamentar una limitación legítima y válida del derecho constitucional a la libertad de expresión, corresponde ahora realizar el abordaje teórico de la dimensión jurídica del citado derecho fundamental para conocer su regulación legal nacional e internacional, su conceptualización, alcance, límites y restricciones en un Estado constitucional y democrático de Derecho, para finalmente hacer una especial referencia a la apología del terrorismo; premisas todas necesarias para el examen del impacto en la sociedad democrática del delito de enaltecimiento del terrorismo, como manifestación del *ius puniendi* del poder estatal.

#### 2.1. Aspectos introductorios: derechos fundamentales y democracia

Desde los orígenes del constitucionalismo moderno<sup>104</sup>, los derechos fundamentales han sido considerados como uno de los pilares sobre los que descansa el ordenamiento constitucional, constituyendo un límite al poder Estatal<sup>105</sup>, es por ello que, como lo afirma PÉREZ TREMP<sup>106</sup>, los derechos

---

<sup>104</sup> GIANCARLO ROLLA manifiesta que en las bases del moderno constitucionalismo democrático se encuentra la significativa relación que guardan los derechos fundamentales de la persona y la justicia constitucional, cuya coexistencia es necesaria para definir un determinado ordenamiento como «Estado democrático de derecho», como lo señala el artículo 1 de la Constitución española. Vid. ROLLA, G., *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México 2002, 126.

<sup>105</sup> «los derechos humanos y las libertades fundamentales constituyen auténticos y legítimos límites a la soberanía de los Estados y a las actuaciones de los poderes públicos, circunstancia que conforma un verdadero Estado de Derecho», SSC de Inc. 4-94, Argumentación 3ª. Para FERRAJOLI, el poder estará limitado si hacemos al ciudadano libre pero también si le aseguramos la satisfacción de sus necesidades primordiales, es decir, garantizamos sus derechos sociales. El autor señala el papel de los derechos fundamentales como la ley del más débil, pues FERRAJOLI

fundamentales son un elemento estructural del Estado de Derecho de manera que difícilmente pueden concebirse ambos como realidades separadas: sólo allí donde se reconocen y garantizan los derechos fundamentales existe Estado de Derecho y sólo donde está establecido el Estado de Derecho puede hablarse de auténtica efectividad de los derechos fundamentales.

En este contexto es importante destacar el papel que juega la Constitución, y de la democracia como principio legitimador de la misma<sup>107</sup>, pues le confiere una singular condición normativa en la que aquélla, es decir la Constitución, en su carácter fundamental organiza al Estado, entendiéndose el ejercicio del poder estatal, crea sus órganos y determina el contenido de sus actividades mediante las atribuciones o competencias. Es así, que Estado y Constitución guardan entre sí una correlación permanente, consecuentemente, se puede hablar de un Estado Constitucional que se sustenta, precisamente, en la proclamación normativa de que hay un soberano y que ese soberano es el pueblo, que se autolimita a través de la Constitución<sup>108</sup>. De ahí que pueda hablarse de democracia constitucional<sup>109</sup> que conlleva la necesidad de juridificar o limitar la propia soberanía.

---

busca limitar al poder. Para él, todo poder, sea privado o público, es dañino si no se le ponen candados. Un poder sin limitantes es la ley del más fuerte, por el contrario cuando el poder está limitado lo que predomina es la ley del más débil. Alude a la teoría de Hobbes para justificar sus afirmaciones. Así, menciona que la metáfora del leviatán es el mejor indicador del triunfo del derecho sobre la libertad salvaje y que asegura una esfera pública instituida y garantía de la paz. Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid 2004, 53-54.

<sup>106</sup> Vid. PÉREZ TREMPES, P., «Los derechos fundamentales», en *Derecho Constitucional, Tomo I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia 2007, 141.

<sup>107</sup> Así, MANUEL ARAGÓN habla de la democracia como principio legitimador externo, basado en la idea que de que la Constitución fue *emanada* a través de un procedimiento democrático; y la democracia como principio de legitimación interna, referido a lo que la Constitución dice acerca de su propia legitimidad y señala de inmediato que esa legitimidad es la democrática, no sólo porque así lo proclame el artículo 1, apartado 2, la soberanía del pueblo, sino también porque se organiza el poder en coherencia con esa atribución. De ahí que guarde estrecha relación con el resto de preceptos constitucionales, que garantizan a todos los ciudadanos sus derechos de libertad y participación, pues sólo un pueblo libre puede ser soberano. Vid. ARAGÓN, M., *Constitución, democracia y control*, México 2002, 12-13.

<sup>108</sup> Con esta afirmación no quiero expresar que la Constitución por sí misma es la fuente de la soberanía, pues ésta –como se sabe– es la que reside en el pueblo.

<sup>109</sup> Que buena parte de los regímenes democráticos existentes sean *democracias constitucionales*, quiere decir, que son democracias *constituidas* y al mismo tiempo *limitadas* por una constitución

Y es que, en lo que se refiere al primer pilar –es decir, el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales que se refieren a la tutela y a la promoción del ser humano– la doctrina ha subrayado unánimemente la estrecha relación que existe entre constitucionalismo y los derechos de la persona<sup>110</sup>; los derechos fundamentales nacen con las Constituciones. De este modo, se introduce un nexo inquebrantable entre Estado constitucional y garantía de los derechos fundamentales.

En otras palabras, los derechos fundamentales –además de constituir un límite jurídico al poder público– son indispensables dentro de un sistema democrático, de tal forma que no es posible hablar de democracia sin derechos fundamentales porque ambos conceptos se conjugan y presuponen recíprocamente. Consecuentemente, si hablamos de democracia y derechos fundamentales se entiende que estos guardan una relación dialéctica con la Constitución –en cuanto fuente suprema del ordenamiento– constituye la base de su reconocimiento y de su tutela; además, el disfrute de los derechos fundamentales es la condición esencial para la subsistencia del Estado constitucional y democrático de derecho.

Así, la Constitución española<sup>111</sup> parte de una concepción democrática y pluralista, consecuentemente adopta la libertad como un valor superior, así se deduce del artículo 1.1 CE que *«propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»*; de ahí que, en definitiva, en una sociedad democrática, se garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo la Constitución la norma fundamental tuteladora de su propio desarrollo normativo, tanto por su directa aplicabilidad como por constituir la base sobre las que se interpretan las normas jurídicas ordinarias.

---

rígida, cuya supremacía está garantizada judicialmente, siempre y cuando dicha constitución también sea democrática.

<sup>110</sup> Así lo expresa en su obra ROLLA, G., Op. Cit., 126.

<sup>111</sup> La Constitución española hoy vigente, fue aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo en referéndum de 6 de diciembre de igual año y sancionada por S. M. el Rey, ante las Cortes, el 27 de diciembre de 1978, siendo publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 19 del mismo mes y año.

Los derechos fundamentales cobran importancia en la medida que constituyen elementos esenciales del ordenamiento jurídico que vinculan a toda la sociedad; y adquieren un doble carácter: como derechos subjetivos (derechos del individuo) y como derechos objetivos (derechos de la comunidad)<sup>112</sup>.

Desde la *dimensión subjetiva o individual*, los derechos fundamentales muestran su íntima conexión con la dignidad y la libertad de la persona, siguiendo las palabras del Tribunal Constitucional «En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia»<sup>113</sup>.

Por otra parte, los derechos fundamentales en su *dimensión objetiva o axiológica*, poseen una naturaleza que definen la estructura política y jurídica del Estado, según el Tribunal Constitucional «son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho, y más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución»<sup>114</sup>.

Esa doble dimensión de los derechos fundamentales (objetiva y subjetiva) debe ser el eje sobre el cual entender e interpretar la realidad político-constitucional, tanto por su íntima interdependencia, como por esa característica de ser elemento estructural del Estado social y democrático de Derecho.

*«Los derechos fundamentales y (...) las libertades públicas (...) constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto (...). Son un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual»<sup>115</sup>.*

---

<sup>112</sup> Vid. LÓPEZ ULLA, J. M., *Libertad de informar y derecho a expresarse. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cádiz 1994, 23.

<sup>113</sup> STC 25/1981, FJ 5, y véanse además, entre muchas otras: SSTC 53/1985, FJ 4; 163/1986, FJ 1, 129/1989, FJ 3; 172/1989, FJ 3.

<sup>114</sup> STC 25/1981, FJ 5.

<sup>115</sup> Ídem.

*«Son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política»<sup>116</sup>.*

Con todo, se quiere destacar la importancia que los derechos fundamentales revisten en todo Estado, pues depende de que éste les reconozca y garantice para poder hablar de un Estado democrático de Derecho; sin embargo, los derechos fundamentales no son derechos ilimitados<sup>117</sup>, el Tribunal Constitucional ha señalado que –en algunas ocasiones– los límites son fijados por la propia Constitución, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

En tal sentido la STC 181/1990, establece *«los derechos fundamentales, y los del art. 20 C.E. entre ellos, no son derechos absolutos o ilimitados: Por el contrario, su ejercicio está sujeto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 11/81, 2/82, 91/83, 110/84, 77/85, 159/86, 254/88 y 120/90, entre otros)»<sup>118</sup>.*

Ahora bien, *la libertad de expresión*, es quizás el más significativo paradigma para definir a un Estado democrático<sup>119</sup>, éste como el resto de

---

<sup>116</sup> STC 53/1985, FJ 4.

<sup>117</sup> «No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 (...) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucional sino también otros bienes constitucionalmente protegidos». STC 2/1982, FJ 5.

<sup>118</sup> STC 181/1990, FJ 3; véase también: SSTC 219/1992 FJ 3; 223/1992, FJ 2; y 286/1993, FJ 4.

<sup>119</sup> NINO –retomando a GREENAWALT– recuerda los efectos beneficiosos de la libertad de expresión en una sociedad democrática, entre los que destacan, la relevante tarea frente intereses conflictivos, lo que contribuye a la estabilidad social, y que relaciona esta libertad, con el control de los abusos de autoridad; su papel como instrumento adecuado para promover la autonomía personal; su actuación como garante de la consolidación democrática de las sociedades, y en fin el sostenimiento de que su promoción consolida el espíritu de tolerancia al

derechos fundamentales, dispone de una dimensión objetiva y una dimensión subjetiva. Desde la *vertiente subjetiva o individual*, está ligada a la dignidad de la persona, constituyendo el núcleo básico e irrenunciable del status jurídico del individuo<sup>120</sup>. Desde la *vertiente objetiva*, constituye un elemento imprescindible del orden jurídico, como presupuesto de la opinión, el debate y la crítica, necesarios para el funcionamiento de las instituciones democráticas<sup>121</sup>.

Siguiendo esa línea, el Tribunal Constitucional afirmó: «En el Estado Social y Democrático de Derecho, la información ya no es sólo un mero límite al ejercicio del poder político que asegure intereses individuales, sino que también expresa un conjunto de valores objetivos que afectan al conjunto de la sociedad y que exigen una actuación positiva de los poderes públicos para su aseguramiento efectivo»<sup>122</sup>.

Significa entonces que la libertad de expresión es componente básico de la democracia. Y es que como lo sostiene BADENI «las especulaciones teóricas sobre la libertad pueden ser infinitas, pero la realidad nos revela, como hecho indubitable, que la subsistencia de *la democracia constitucional está condicionada por la subsistencia de la libertad de expresión*. Cuando más plena y absoluta sea esa libertad, mayor será el grado de intensidad que presentará un sistema democrático y menores serán las posibilidades de que el hombre deje de ser el centro de la historia universal, para transformarse en un simple medio puesto al servicio de un objetivo que no se compadece de los elementos configurativos de la dignidad humana»<sup>123</sup>.

---

hacer posible conocer las ideas y los sentimientos de otros, aún cuando no coincidan con los nuestros. Vid. NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho constitucional*, Buenos Aires 1992, 260.

<sup>120</sup> Cabe hacer mención que la «*teoría humanista*» sobre la libertad de expresión tiene como fundamento el principio de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Esta teoría fundamenta la protección de la libertad de expresión en su utilidad para la autorrealización del individuo, o simplemente entenderlo como una derivación lógica de los principios de dignidad y autonomía. Los principales percursores en esta teoría se encuentran: Rodney Smolla, Lawrence Tribe, Martin Redish y Ronald Dworkin. Vid. MARCIANI BURGOS, B., *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, Lima 2004, 76-77.

<sup>121</sup> Vid. LÓPEZ ULLA, J. M., Op. Cit., 25-26.

<sup>122</sup> STC 6/1981, FJ 3.

<sup>123</sup> Vid. BADENI, G., *Libertad de prensa*, Buenos Aires 1991, 28.

Para este autor, la libertad de expresión permite alcanzar el máximo grado de perfección en las democracias, pues si bien advierte que los procesos electorales son necesarios, pero no aseguran la democracia, si no se tiene contacto directo de los gobernados con los gobernantes. En la democracia constitucional la manifestación de las ideas y el libre flujo de información cobran vida entre las libertades estratégicas que permiten consolidar la misma democracia y el resto de libertades.

En la jurisprudencia se recurre con frecuencia al fundamento democrático, siempre que entra a valorar la libertad de expresión; v. gr. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia dictada en el caso *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, hace sus primeras definiciones de la libertad de expresión en función de la democracia: «*La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una "sociedad democrática"*»<sup>124</sup>.

FAÚNDEZ LEDEZMA<sup>125</sup> –citando a Ronald Dworkin– expresa que «La libertad de expresión es indispensable para cumplir una responsabilidad social

---

<sup>124</sup> STEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside*, Párrafo 49.

<sup>125</sup> Cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, H., *Los límites de la libertad de expresión*, México 2004, 72. Es decir, el derecho que tenemos de autogovernarnos lleva implícito el deber del ciudadano de participar en el proceso político. Esta tesis asume que la democracia política y la libertad de expresión están íntimamente entrelazadas, y que esta última es una condición necesaria de la primera; pero a la inversa, también puede afirmarse que la libertad de expresión sólo es posible en el marco de una sociedad democrática. Este postulado corresponde a lo que OWEN FISS denomina «*la teoría democrática de la libertad de expresión*», ésta afirma el carácter esencial de dicho derecho para el sistema democrático de cualquier gobierno por sobre cualquier otra consideración de corte individualista «*teoría libertaria*». Según la teoría democrática-política, sólo el debate sobre los temas estrictamente políticos debe ser protegido de manera absoluta, corresponde a ALEXANDER MEIKLEJOHN el protagonismo en la consideración de la libertad de expresión como elemento esencial del sistema democrático, para este autor la libertad de expresión no es un derecho de los ciudadanos en el sentido de un derecho subjetivo público; se trata, más bien de una característica esencial, de un principio constitutivo del sistema de gobierno.. Sin embargo, no es objeto del presente estudio profundizar en la misma. Véase también: MARCIANI BURGOS, B., Op. Cit., 63-64; FISS, O., «Why the State?», en *Harvard Law Review*, Vol. 100, N° 4, febrero 1987, 781-794; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *La Libertad de Expresión*, Madrid 1992, 25 y siguientes.



y para decidir, en una respuesta cívica si no necesariamente en elecciones formales, cuáles son sus valores políticos como colectividad; pero que la libertad de expresión es incluso más fundamental que la democracia, porque debe respetarse incluso para permitir que se ataque esta última», de ahí que, en cualquier país el debilitamiento de libertad de expresión es una clara indicación del debilitamiento de la democracia, pues ésta supone una pluralidad de opiniones e ideas, y un clima de tolerancia que haga posible el libre flujo de las mismas; desde luego, ese clima de respeto no se extiende solamente a las opiniones más ortodoxas, sino que, sobre todo, a aquellas que no son compartidas por la mayoría, y que incluso pueden parecerle repudiables. Ésa es una de las reglas de la convivencia.

No obstante, lo expresado se debe reiterar que la libertad de expresión, como todos los derechos individuales no es un derecho ilimitado, que si bien adquiere sentido en un contexto social, implica que tiene limitaciones inherentes a las necesidades propias del bienestar general.

Con lo reseñado, se ha dejado en evidencia la importancia que los derechos fundamentales juegan dentro de una sociedad democrática, primordialmente la relevancia de la libertad de expresión<sup>126</sup> en el desarrollo de la democracia, vinculada a la dignidad del ser humano y como instrumento vital para la preservación y consolidación de otros derechos individuales (v. gr. los derechos civiles, tales como la libertad de conciencia, religión, reunión, asociación y otros). De esta manera, la democracia, que forma parte de la cultura política de nuestro tiempo, es una noción que no puede prescindir de la libertad de expresión.

---

<sup>126</sup> A modo de conclusión podemos advertir que la importancia de la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas, tiene como fundamento tanto un *argumento humanista*, en el sentido que está ligada a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como autorrealización personal; y por otro lado, en un *argumento democrático político*, como principio constitutivo del modelo de gobierno instaurado en un sistema democrático o de autogobierno.

## 2.2. Reconocimiento jurídico: libertad de expresión

### 2.2.1. Reconocimiento jurídico internacional de la libertad de expresión

Es importante destacar que la libertad de expresión ha obtenido un importante reconocimiento a nivel internacional, específicamente a partir de la segunda guerra mundial, en un fuerte intento por lograr la protección de los derechos de las personas frente a violaciones generadas por los propios Estados; así se tienen los siguientes instrumentos internacionales:

A nivel universal, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, (1948): artículo 19 «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». Ha sido discutido el valor jurídico de esta Declaración, pero a tenor de lo establecido en el artículo 10.2 CE, tanto este instrumento como otros textos internacionales forman parte del derecho interno español. Es importante destacar que toda persona en el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas, no tiene más límites que los impuestos por la ley, que garantizan a su vez el ejercicio y respeto de los derechos de las demás personas<sup>127</sup>.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, (1966), surge con el fin de regular con mayor profundidad los derechos reconocidos en la Declaración Universal, incluyendo unos nuevos derechos y confiriendo a sus disposiciones el carácter de auténticas normas jurídicas convencionales y establece en su artículo 19 «1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda

---

<sup>127</sup> Artículo 29.- «2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

persona tiene *derecho a la libertad de expresión*; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas». Se advierte que el concepto de la libertad de información está comprendido en un concepto más amplio que es el de libertad de expresión. Por su parte, el artículo 20 cita: «1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

**A nivel regional en el ámbito americano**, se destaca la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, (1948) en cuyo artículo IV regula: «Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio».

Además se tiene la *Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José Costa Rica*, (1969) en su artículo 13 establece: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley (...); 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier

persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional»; por su parte, el artículo 14 reconoce el derecho de rectificación o respuesta.

El encargado de interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos es –según su Estatuto<sup>128</sup>–, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*<sup>129</sup> que constituye un órgano jurisdiccional autónomo<sup>130</sup> del sistema interamericano de carácter complementario a la jurisdicción nacional. La citada Convención protege fundamentalmente derechos civiles y políticos, y no hay órgano de protección internacional más eficaz en América para proteger estos derechos que la Corte Interamericana, debido a que las sentencias que ésta emite son obligatorias para los Estados partes<sup>131</sup>.

Para la CIDH, los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a *garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano*<sup>132</sup>. Así, MELÉNDEZ PADILLA señala que el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos es precisamente la

---

<sup>128</sup> Art. 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual fue aprobado mediante Resolución N° 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en su Noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

<sup>129</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de carácter jurisdiccional encargado de la promoción, protección, supervisión y control internacional de la protección de los derechos humanos al interior de los Estados. Cfr. MELÉNDEZ PADILLA, F., *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia. Estudio Constitucional Comparado*, México D. F. 2006, 23-24.

<sup>130</sup> La Corte es un Tribunal regional internacional de protección de aquellos derechos humanos que están incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, también hoy en día, los derechos protegidos por el Protocolo de San Salvador que son justiciables, que son derechos económicos, sociales y culturales, así como los que protegen otros protocolos y documentos conexos que integran todo el sistema de garantías que tiene vigente hoy en día el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La Corte es un Tribunal que aplica el derecho internacional de los derechos humanos. Vid. VENTURA ROBLES, M. E., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente*, Mayo 2008, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2694.pdf>

<sup>131</sup> Cabe señalar la función jurisdiccional está abierta únicamente para aquellos Estados que han ratificado o adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que han ratificado la Convención y, además, han aceptado la competencia contenciosa de la Corte: El Salvador es uno de ellos.

<sup>132</sup> La CIDH ha destacado que «el Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales actuaciones», SCIDH caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, de 29 de julio de 1988, párr. 134.

protección de los derechos fundamentales de toda persona; en ese sentido, los Estados adquieren ciertas obligaciones jurídicas respecto de determinados derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción territorial<sup>133</sup>. La misma CIDH ha determinado que «al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción»<sup>134</sup>.

Por tanto, los compromisos adquiridos por los Estados partes en los tratados sobre derechos humanos los vinculan jurídicamente y los obligan a tomar medidas efectivas en el derecho interno para proteger y respetar los derechos internacionalmente reconocidos. Entre tales medidas se pueden mencionar, entre otras, el deber de adecuación legislativa<sup>135</sup>, es decir, el deber que tienen los Estados de equiparar o ajustar su derecho interno al derecho internacional; el deber de administrar justicia de manera rápida y eficaz, con independencia e imparcialidad; y el deber de los poderes públicos de apegar sus actuaciones a los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos.

De esta forma, para el tema que nos ocupa, adquiere verdadera trascendencia –en lo concerniente al plano jurisdiccional– la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pues las pautas del derecho internacional de los derechos humanos no constituyen simples recomendaciones o sugerencias, cuya aplicación dependa de la voluntad discrecional de los Estados; se trata por el contrario, de criterios, exigencias y principios obligatorios que imponen deberes concretos a todos los órganos del Estado.

De ahí la importancia de realizar un breve esbozo de la jurisprudencia instaurada por la CIDH en materia de libertad de expresión, para conocer las exigencias que se derivan del derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>133</sup> Vid. MELÉNDEZ PADILLA, F., *Op. Cit.*, 23-24.

<sup>134</sup> OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana*, de 24 de septiembre de 1982, párr. 27.

<sup>135</sup> Art. 2 de la CADH.

*Opinión Consultiva OC-5, de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas*<sup>136</sup>. En este caso la CIDH analizó la compatibilidad del ejercicio de la libertad de expresión por parte de los periodistas en los términos de la Convención Americana y un ordenamiento interno que exige la colegiación obligatoria de aquéllos como condición para su ejercicio profesional. Así, la CIDH reconoce que la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática y estableció que las razones de orden público válidas para justificar la colegiación obligatoria en otras profesiones no pueden invocarse en el caso de los periodistas, porque limitarían de modo permanente su derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce el artículo 13 de la Convención Americana, infringiendo así los principios democráticos sobre los que se fundamenta; al respecto cabe citar:

*77. Los argumentos acerca de que la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundados en el bien común. (...) Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad.*

*78. Se ha señalado igualmente que la colegiación de los periodistas es un medio para el fortalecimiento del gremio y, por ende, una garantía de la libertad e independencia de esos profesionales y un imperativo del bien común. No escapa a la Corte que la libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación.*

*81. De las anteriores consideraciones se desprende que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir*

---

<sup>136</sup> Antecedentes: El Gobierno de Costa Rica sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad con la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, que establece la colegiación obligatoria de sus miembros para ejercer el periodismo.

*informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas.*

*Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2001, caso «La Última Tentación de Cristo», Olmedo Bustos y otros vs. Chile*<sup>137</sup>. En este caso la CIDH debía pronunciarse sobre si la censura de exhibición de una cinta cinematográfica, por resolución judicial era o no violatorio del derecho a la libertad de expresión e información. Así, entendió que los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a calificación con el objeto de regular el acceso de los menores de edad, para la protección moral de la infancia y la adolescencia, tal y como lo señala el artículo 13.4 de la Convención Americana. Por tanto, la censura previa impuesta a la película «La Última Tentación de Cristo» no se produjo en el marco de las restricciones o motivaciones previstas en la Convención y en consecuencia el Estado había violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión del citado artículo de la Convención. Asimismo, la CIDH determinó que el Estado de Chile debía modificar parcialmente su Constitución porque ésta vulneraba abiertamente los parámetros establecidos por la Convención Americana al permitir la censura previa.

*Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2004, caso Ricardo Canese vs. Paraguay*<sup>138</sup>. En este caso la CIDH condenó al Estado

---

<sup>137</sup> Antecedentes: caso de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película 'La Última Tentación de Cristo', prohibición confirmada por la Corte Suprema de Chile con fecha 17 de junio de 1997, basados en el art. 19 de la Constitución de Chile que establecía un sistema de Censura previa a efectos de la exhibición de producción cinematográfica. Inicialmente la prohibición fue impuesta por el Consejo de Calificación Cinematográfica, que tras recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años. Posteriormente, la Corte de Apelaciones decidió dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo debido a un recurso interpuesto por diversas personas quienes actuaban «por y en nombre de Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos». Ante dicho panorama las personas afectadas recurrieron ante la Comisión Interamericana a efecto de solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la libertad de pensamiento y expresión y a la libertad de conciencia y religión, sometiéndolo luego a la jurisdicción de la Corte Interamericana.

<sup>138</sup> Antecedentes: Canese era candidato a la presidencia de Paraguay y en una serie de declaraciones ante medios periodísticos, denunció públicamente las presuntas vinculaciones del –en ese entonces– candidato a la Presidencia de Paraguay, Juan Carlos Wasmosy, con el ex dictador Alfredo Stroessner, en hechos de corrupción vinculados a la represa hidroeléctrica

paraguayo por haber violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión del señor Canese, su derecho de circulación, a las garantías judiciales y el principio de retroactividad de la ley. La CIDH destacó que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión no sólo implica el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que dicho derecho presenta una dimensión individual referida a que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento; y una dimensión social referida al derecho de recibir cualquier información y conocer la expresión del pensamiento ajeno. En este sentido, incluye el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Así, el Tribunal destacó la importancia de la libertad de expresión para la democracia y para asegurar mecanismos de control por parte de la ciudadanía. A su vez recalcó que, particularmente en contextos de elecciones, debe protegerse y garantizarse este derecho en el debate político, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.

*97. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe*

---

Itaipú. Dichas declaraciones ante la prensa fueron realizadas en el contexto de la contienda electoral para la Presidencia de Paraguay. Fue así que en 1997 el señor Canese fue víctima de un proceso que se prolongó por más de 10 años y fue condenado por delito de difamación y finalmente, previa apelación y luego de la presentación de la demanda ante la CIDH, fue absuelto en el año 2002. Durante dicho proceso penal, el señor Canese fue impedido para salir de Paraguay casi de manera permanente y no pudo beneficiarse de las reformas que el Código Procesal Penal y Código Penal habían tenido, que disponía de una pena menor para el delito por el que estaba siendo procesado.



*existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público.*<sup>139</sup>

*Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de julio de 2004, caso Herrera Ulloa vs Costa Rica*<sup>140</sup>. Al respecto, la CIDH declaró que existía violación al derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana y recalcó que el referido derecho no tiene un contenido absoluto, y puede ser objeto de restricciones, las cuales se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Así, para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos: a) deben estar expresamente fijadas por la ley; b) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y c) deben ser necesarias en una sociedad democrática.

**A nivel regional en el ámbito europeo,** se destaca el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, también denominado como Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 10 cita: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades

---

<sup>139</sup> En el mismo sentido, *Feldek v. Slovakia*, no. 29032/95, § 83, ECHR 2001-VIII; y *Sürek and Özdemir v. Turkey*, nos. 23927/94 and 24277/94, § 60, ECHR Judgment of 8 July, 1999.

<sup>140</sup> Antecedentes: En 1999 el periodista Mauricio Herrera Ulloa fue condenado penal y civilmente como consecuencia de haber publicado en el diario «La Nación» diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos periódicos europeos referentes a supuestas actividades ilícitas del señor Félix Przedborski, quien en ese entonces era representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria. Cuatro de los artículos publicados fueron objeto de dos querrelas interpuestas por el señor Przedborski, lo que dio lugar a la emisión de un fallo condenatorio, en el cual se declaró al señor Herrera autor de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, con sus respectivas consecuencias penales y civiles.

públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». En este caso también se advierte que la libertad de información aparece comprendida en la libertad de expresión.

Este Convenio, de acuerdo a su artículo 53<sup>141</sup>, establece un estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales, cuya aplicación no puede implicar una ampliación de la extensión de los límites de tales derechos establecidos en la CE. Por otra parte, el ente encargado de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de sus Protocolos será el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*<sup>142</sup> (también denominado Tribunal de Estrasburgo), constituyéndose la máxima autoridad judicial en Europa para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales, siendo sus resoluciones vinculantes, es decir, de carácter obligatorio para los Estados que sean parte en los procesos que se sigan ante dicho Tribunal, conforme al artículo 46 del Convenio Europeo<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Artículo 53.- Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

<sup>142</sup> La competencia del TEDH se establece en el artículo 32 «1. La competencia del Tribunal se extiende a todas las cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidas en las condiciones previstas por los artículos 33, 34 y 47.»

<sup>143</sup> Art. 46 «1. Las Altas partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución». El Convenio Europeo es un tratado por el que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (todos los Estados europeos salvo Bielorrusia) han acordado comprometerse a proteger los derechos humanos y las

A diferencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos<sup>144</sup>, el TEDH tiene la ventaja de ser una instancia internacional ante el que puede acudir *cualquier persona*<sup>145</sup> que se considere víctima de una violación de sus derechos reconocidos en el Convenio Europeo o el de sus protocolos adicionales, mientras se encontraba legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede presentar una denuncia contra dicho Estado por violación del Convenio.

Ahora bien, en lo que respecta a la jurisprudencia instaurada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ésta ha adquirido una eficacia interpretativa de trascendental importancia en relación a la regulación constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>146</sup>; de ahí la importancia de citar algunas Sentencias dictadas por el TEDH en materia de libertad de expresión.

*Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside*<sup>147</sup> o llamado también «el pequeño libro rojo del colegio». En este

---

libertades fundamentales, tipificarlos, establecer el Tribunal y someterse a su jurisdicción, es decir, acatar y ejecutar sus sentencias. La ejecución de las sentencias del Tribunal por los Estados miembros que han sido condenados está supervisada por el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa compuesto por un representante de cada Estado miembro.

<sup>144</sup> En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solamente pueden acudir ante él los Estados partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quienes conforme al artículo 61 del Convenio solamente ellos pueden someter un caso ante la decisión de la CIDH.

<sup>145</sup> Art. 34 «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

<sup>146</sup> Ello de acuerdo al artículo 10.2 CE que cita: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

<sup>147</sup> Antecedentes: el señor *Handyside*, propietario de una editorial inglesa, publicó «el pequeño libro rojo del colegio (*The schoolbook*)», destinado a niños y jóvenes, redactado al estilo libre, directo y concreto de fácil acceso, incluso a menores de 12 años. Tras una polémica en la prensa en la que prevalecieron las críticas desfavorables por parte de numerosos periódicos conservadores de la llamada prensa popular inglesa, se inició un procedimiento contra el editor

caso el TEDH se pronunció sobre si existió o no violación al artículo 10 del Convenio Europeo, que reconoce la libertad de expresión, se analiza además cómo las exigencias de la moral varían en el tiempo y en el espacio, razón por la que los Estados firmantes tienen un margen de apreciación en esta materia, que no es ilimitado, ejerciendo su labor supervisora por parte del TEDH conforme a los principios propios de una sociedad democrática. El TEDH concede particular importancia a que el *schoolbook* estaba dirigido primordialmente a niños y adolescentes de doce a dieciocho años, y al contenido de ciertos pasajes relativos a las relaciones sexuales y a ciertos comportamientos en relación con las drogas, y consideró que las medidas impuestas por las autoridades británicas estaban amparadas por las limitaciones y restricciones a la libertad de expresión que admite el propio convenio europeo, específicamente proteger la moral, finalidad legítima establecida en el artículo 10.2 del Convenio. Cabe destacar que el TEDH señaló que:

*La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una "sociedad democrática". Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.<sup>148</sup>*

---

que terminó con la imposición por parte de los tribunales ingleses de una multa por dos infracciones de la ley sobre publicaciones obscenas, así como la confiscación para la destrucción de todos los libros de la edición. El señor *Handyside* presentó demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, que remitió el asunto al Tribunal, éste controló las decisiones litigiosas individuales y sobre todo la sentencia de los *Inners London Quarters Sessions*, determinando que la sentencia del 29 de octubre de 1971, por la que se aplicaban las Leyes de 1959 y 1964 [el objetivo de estas leyes era la de combatir las publicaciones obscenas, definidas por su tendencia para «depravar y corromper»], tenían por fin esencial proteger la moral de los jóvenes, finalidad legítima conforme al artículo 10.2. Como se advierte en este caso se trataba de resolver un conflicto entre la libertad de expresión y la moral pública.

<sup>148</sup> STEDH caso *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, párr. 49; reiteradamente sostenida por el TEDH y que se vuelve a citar en la STEDH caso *Jerusalem* contra Austria, de 27 de febrero de 2001, párr. 44.

*Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1979, caso Sunday Times<sup>149</sup> o llamado también «los niños de la talidomida».* En este caso el TEDH debía de resolver un conflicto entre las libertades del artículo 10 del Convenio Europeo, respecto al interés de la autoridad y la imparcialidad del poder judicial<sup>150</sup> en relación a la publicación de un artículo que contenía hechos cuyo objeto de la información era de interés público. Es así que el Tribunal analiza si la conducta del periódico constituía una usurpación de funciones de los jueces en caso de que incitara al público a formarse una opinión sobre un proceso que aún estaba pendiente<sup>151</sup> y señaló:

65. (...) Para juzgar si la injerencia se fundaba sobre motivos «suficientes» que la hacían «necesaria en una sociedad democrática» hay que tener en cuenta todos los aspectos del caso que hacen referencia al interés público. (...) No se encuentra entre la elección de dos principios antagónicos [libertad de expresión y buena administración de justicia], pero sí ante un principio –la libertad de expresión– sujeto a numerosas excepciones que deben interpretarse restrictivamente.

66. La catástrofe de la Talidomida preocupaba, sin duda alguna, a la opinión pública. (...) El artículo 10 como ya ha señalado el Tribunal, garantiza no solamente la libertad de la prensa de informar al público, sino también el derecho de este último a recibir una

---

<sup>149</sup> Antecedentes: Se trata del caso de los niños afectados por la talidomida, un medicamento con efectos sedantes, comercializado a finales de los años cincuenta por una sociedad farmacéutica *Distillers*, y prescrito especialmente para mujeres embarazadas, quienes posteriormente dieron a luz niños que sufrían de malformaciones; lo que dio lugar a que los padres ejercitaran acciones judiciales en contra de dicha sociedad; siendo el periódico *Sunday Times* quien publicó un artículo examinando el problema, y especialmente los acuerdos concluidos entre la sociedad y los padres afectados. La sociedad presentó demanda en contra del periódico, alegando que su conducta incurría en «*Contempt of court*», ya que se trataba de un caso cuyo proceso estaba pendiente ante la jurisdicción inglesa. Es así que la Cámara de los Lores prohibió la publicación del citado artículo, señalando que impedía una administración de justicia imparcial. Es de aclarar que la «*Contempt of court*», traducido literalmente como el desprecio del Tribunal, es una institución jurídica propia de los países del «*common law*», que puede definirse como hace el informe *Phillimore*, citado en la propia sentencia, como un instrumento procesal para impedir un comportamiento de naturaleza obstruccionista en la administración de justicia, relacionado bien con un caso concreto o bien con una materia de carácter general. Su finalidad no es proteger la dignidad de los jueces sino de la administración de la justicia y de la preeminencia del Derecho.

<sup>150</sup> En otro campo se tienen las sentencias donde el TEDH se pronuncia respecto a las críticas a los miembros del Poder Judicial, STEDH caso *Prager y Oberschlick* contra Austria, de 26 de abril de 1995; STEDH caso *De Haes et Gijssels* contra Bélgica, de 24 de febrero de 1994.

<sup>151</sup> Sobre informaciones suministradas mientras un asunto se encuentra «sub iudice», se tienen las STEDH caso *Allenet de Rivermont* contra Francia, de 10 de febrero de 1995; STEDH caso *Du Roy y Malauri* contra Francia, de 3 de octubre de 2000.

*información adecuada. En el presente caso, las familias de numerosas víctimas de la tragedia, ignorantes de las dificultades jurídicas en las que se encontraban, tenían un interés fundamental en conocer cada uno de los hechos subyacentes, así como de las posibles soluciones que planteaba el caso.*

*67. Teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de la causa (...), el Tribunal concluya que la injerencia no corresponde a una necesidad social tan imperiosa como para primar el interés público sobre la libertad de expresión en el sentido que lo entiende el Convenio. No estima pues, suficientes, bajo el ángulo del artículo 10.2, los motivos de la restricción impuesta a los demandantes. Esta restricción se revela como no proporcionada al fin legítimo que persigue; no era necesaria tal restricción en una sociedad democrática para garantizar la autoridad del poder judicial.*

*68. Así pues, ha habido violación del artículo 10.<sup>152</sup>*

*Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 1986, caso Lingens<sup>153</sup>. En este caso el TEDH debía analizar si la injerencia en la libertad de expresión del señor Lingens que suponía una condena por difamación era «necesaria en una sociedad democrática». El Tribunal recuerda el carácter fundamental de la libertad de expresión como pilar de la sociedad democrática y rechaza la afirmación sobre el papel de la prensa como mera divulgadora de informaciones, añade que la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas de los dirigentes políticos, por lo que los límites de la crítica han de considerarse más amplios cuando se ejerce sobre un político y no sobre un mero particular. Además, distingue entre la difusión de informaciones y la expresión de opiniones,*

---

<sup>152</sup> STEDH caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, párr. 65, 66, 67 y 68.

<sup>153</sup> Antecedentes: el periodista *Lingens* había publicado varios artículos en una revista austríaca «*Profil*», poco después de unas elecciones generales, en los que criticaba duramente al Canciller Bruno Kreisky, principalmente por haber defendido a M. Peter, dirigente del Partido Liberal y al que el conocido «cazanazis» Simon Wesenthal había acusado de colaboración con las atrocidades de los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. El periodista había calificado la conducta del canciller como «el peor oportunismo», «oportunismo odioso», «inmoral» y «desprovisto de dignidad». Los tribunales austríacos consideraron que tales expresiones superaban los límites de la crítica política y condenaron al periodista por difamación, sentencia posteriormente confirmada por el Tribunal de Apelación, que afirmaba que la misión de la prensa consistía sólo en informar dejando la interpretación a los lectores. *Lingens* presentó recurso ante el TEDH, que declaró que las resoluciones judiciales que lo condenaban eran contrarias a la libertad de expresión proclamada en el artículo 10 del Convenio.

declarando que la emisión de juicios de valor no puede quedar sometida a la exigencia de la veracidad<sup>154</sup>, así se expresó el TEDH:

*42. Además, la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira al Convenio.*

*Por consiguiente, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. Ciertamente, el artículo 10.2 permite proteger la fama ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas.*

*46. (...) En opinión del Tribunal, se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba. (...) Ahora bien, esta exigencia [la de veracidad] no puede cumplirse en los juicios de valor y afecta a la libertad de opinión intrínsecamente, parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 del Convenio.*

*47. De todo lo que se ha considerado se deduce que la injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión del señor Lingens no era «necesaria en una sociedad democrática» «para la protección de la reputación ajena»: fue desproporcionada con la legítima finalidad perseguida. Por consiguiente se violó el artículo 10 del Convenio.*

Ahora bien, son numerosas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que destacan la importancia de la libertad de expresión en el sistema democrático, destacando el papel esencial que juegan los medios de comunicación en la sociedad democrática<sup>155</sup>. Resulta indudable que el TEDH, a lo largo de la construcción de su jurisprudencia en esta materia, deja por sentado que la libertad de expresión es uno de los fundamentos de las

---

<sup>154</sup> Otro ejemplo lo encontramos en la STEDH caso *Oberschlick* contra Austria, de 23 de mayo de 1991, se manifiesta que «es evidente que respecto a los juicios de valor no cabe exigir prueba de veracidad alguna».

<sup>155</sup> V. gr. STEDH del caso *Thorgeir Thorgeirson* contra Islandia, de 25 de junio de 1992, párr. 63; STEDH caso *Thoma* contra Luxemburgo, de 29 de marzo de 2001, párr. 48.

sociedades democráticas, pues sólo a través de las libertades de expresión e información se puede crear una opinión pública libre y responsable, la cual a su vez es presupuesto necesario para el correcto funcionamiento de una democracia.

## **2.2.2. Reconocimiento jurídico nacional y de derecho comparado**

El objetivo del desarrollo del siguiente apartado es conocer los distintos sistemas legislativos –los más significativos– en los que se regula la libertad de expresión y en los que además se destacan diferentes formas de resolución de conflictos respecto a la posible colisión en la que pueda entrar el derecho a la libertad de expresión con otras garantías o derechos de los individuos; de esta forma, se permitirá advertir la influencia recibida en el ordenamiento jurídico español respecto a esta problemática y así poder obtener conclusiones sobre sus fortalezas o deficiencias.

### ***A. Estados Unidos de Norteamérica: la posición preferente del derecho a la libertad de expresión***

Interesante resulta destacar la experiencia del sistema jurídico norteamericano en materia de libertad de expresión, pues el conflicto de derechos e intereses en el ejercicio de la misma se ha ido resolviendo a través de una importante labor jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de donde se advierte que las libertades de expresión y de prensa han gozado de una especial significación.

La Primera Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos, tal como fue ratificada el 15 de diciembre de 1791, establece: «*El Congreso no hará ley alguna con respecto al establecimiento de la religión, o que prohíba su libre*



*ejercicio, o que restrinja la libertad de expresión o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a pedir al gobierno la reparación de agravios»<sup>156</sup>.*

Tanto la doctrina como la jurisprudencia norteamericana aceptan ampliamente que las libertades reconocidas por la Primera Enmienda son bienes esenciales en la sociedad, los cuales necesitan un espacio suficiente para poder sobrevivir, no obstante la Corte norteamericana en ningún caso ha manifestado que se trate de valores absolutos<sup>157</sup>.

La tesis de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión es una creación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, esta teoría defiende la intangibilidad del derecho a la libertad de expresión debido al valor que éste tiene, más que como derecho individual, como presupuesto necesario del sistema democrático<sup>158</sup>.

La libertad de expresión ha sido considerada jurisprudencial y doctrinalmente como una libertad superior o preferente (*preferred freedom o preferred position*) dentro del orden constitucional de los Estados Unidos. La libertad de expresión goza de una posición especial en el conjunto de los derechos constitucionalmente reconocidos, por cuanto la misma garantiza la libre participación en la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés para la colectividad en general. Toda restricción de la libertad de expresión o de la libertad de prensa realizada por ley es inmediatamente

---

<sup>156</sup> En el texto e idioma original cita: *Amendment I* «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances».

<sup>157</sup> Vid. CARUSO FONTÁN, M. V., «Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología del terrorismo)», en *Revista Penal*, número 20, julio 2007, 36. En este punto es importante destacar y distinguir la tesis de la posición preferente de los derechos reconocidos en la Primera Enmienda respecto de la teoría absolutista de MEIKLEJOHN; pues la primera, implica un tipo de equilibrio entra la libertad y la restricción, que en principio debería inclinarse a favor de la primera. La teoría absolutista, en cambio, no reconoce equilibrio alguno de intereses en conflicto, pues la libertad de expresión es un requisito de autogobierno que no admite restricción alguna. Vid. MARCIANI BURGOS, B., *Op. Cit.*, 65-66.

<sup>158</sup> Vid. MARCIANI BURGOS, B., *Op. Cit.*, 94-95. Si bien en los Estados Unidos la libertad de prensa y otros derechos tienen una posición preferida, esto no los convierte en derechos absolutos, de allí que se opte finalmente por el empleo del método del *balancing test* en los casos que involucren a estos derechos. Vid. TOLLER, F., *Interpretación Constitucional*, México D.F. 2005, 1028 y 1222.

controlada por los jueces mediante el *balancing test*, con el fin de comprobar si dicha restricción sirve o no realmente a un interés público o preponderante o superior<sup>159</sup>.

La teoría de la posición preferente (*preferred position* o *preferred freedom*) de las libertades reconocidas en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana fue desarrollada por un grupo de jueces estadounidenses, a lo largo de varios casos que llegaron a la Corte Suprema:

En un principio (antes de 1964), bastaba con probar el carácter difamatorio de lo afirmado (responsabilidad objetiva), correspondiendo la carga de la prueba a su autor, para que éste resultara condenado<sup>160</sup>.

Luego, con la sentencia *New York Times v. Sullivan* (1964)<sup>161</sup>, se proporcionó un amplio margen de protección a la libertad de expresión sobre asuntos públicos.

La teorización doctrinal más relevante de la sentencia es cuando afirma: «Las garantías constitucionales exigen, a nuestro juicio, una norma federal que prohíba a un servidor público querellarse por daños y perjuicios por una difamación falsa relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe que el enunciado se hizo con 'real malicia' –esto es–, con conocimiento de que era falso o con manifiesta desconsideración de si era falso o no»<sup>162</sup>. Estaba, pues,

---

<sup>159</sup> Vid. FARRÉ LÓPEZ, P., *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, Madrid 2008, 249.

<sup>160</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid 1992, 30. Durante la época del Tribunal Warren (1953-1969) se amplía considerablemente la protección de la libertad de expresión y en general de los demás derechos fundamentales. Bajo la tradicional ley de Difamación una publicación era considerada libelo si a través de las palabras se injuriaba a una persona en su reputación o si se comprometía su consideración pública. Ello posibilitaba una demanda por daños a no ser que el demandado pudiera probar la verdad de las afirmaciones. Vid. CARUSO FONTÁN, M. V., *Op. Cit.*, 33.

<sup>161</sup> *New York Times v. Sullivan*: el jefe de policía de Montgomery en el estado de Alabama entabló una demanda por difamación contra el periódico New York Times por publicar afirmaciones difamatorias en un inserción pagada que denunciaba la conducta matonesca y abusiva de la policía bajo su cargo en las manifestaciones a favor de los derechos civiles de la gente de color que tuvieron lugar en la Universidad de Alabama. El texto detallaba los esfuerzos de la gente de color para ejercer sus derechos civiles, actividad que se había «encontrado con una ola de terror sin precedentes». Sentencia de *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 256-257 (1964).

<sup>162</sup> En el texto original cita: «The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with "actual malice" --that is--

ya enunciado que las expresiones o informaciones relativas a servidores públicos tiene un mayor amplio campo de libertad; para incurrir en difamación había que probar la malicia real. Se sentaba por primera vez en la jurisprudencia un privilegio constitucional a toda actividad informativa relativa a la «conducta oficial» de un funcionario público, prohibiendo a la víctima obtener indemnización por los daños emanados de tales afirmaciones, a menos que probare que habían sido efectuados con 'real malicia'.

El Tribunal Supremo estadounidense sostuvo que los comentarios sobre el comportamiento de los funcionarios públicos gozan de una protección que sólo puede negarse si se consigue probar la mala intención, *actual malice*, es decir, consciente conocimiento de la falsedad de la noticia que se publica, o notorio desprecio sobre la falsedad o no de la misma. Además, en estos casos, se invierte la carga de la prueba, sino el afectado *-public officials-* quien deba probar la *actual malice* por parte del que publicó la noticia *-relativa a algún asunto relacionado con el desarrollo de su función-*.

De acuerdo a esta teoría el demandante deberá probar que el demandado ha actuado con conocimiento de la falsedad de lo afirmado o con imprudencia temeraria hacia la verdad. El punto fundamental de esta sentencia (Sullivan) fue el reconocimiento expreso de que la publicación de críticas referentes a la conductas de oficiales públicos es una actividad protegida por la Primera Enmienda, más allá de la verdad de estas afirmaciones<sup>163</sup>.

Así la Suprema Corte inició, desde 1964 hasta 1974, una progresiva jurisprudencia en materia de libertad de expresión, expandiendo la regla establecida en el caso *Sullivan*:

---

with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not». *New York Times v. Sullivan*.

<sup>163</sup> Así, se ha llegado a afirmar que la Primera y la Décimo Cuarta Enmienda proveen a la prensa de un absoluto e incondicional privilegio para publicar críticas referentes a los oficiales. Vid. DEL RUSSO, A. D., «Freedom of the press and defamation: Attacking the bastion of New York Times co. v. Sullivan», en *Saint Lois University Law Journal*, Vol. 25:501, página 506, citado por: CARUSO FONTÁN, M. V., Op. Cit., 33.

El fallo dictado en el caso *Garrison v. Louisiana* (1964)<sup>164</sup>, fue el primer precedente en que la Corte faculta a los medios para que publiquen sobre la conducta privada de los funcionarios públicos, aunque se llegase a probar que tales vicios no incidían en el desempeño de la función de la persona difamada o violada en su privacidad<sup>165</sup>.

En la sentencia del caso *Rosenblatt v. U. Baer* (1966)<sup>166</sup>, la Corte estableció el argumento para determinar el estatus de oficial público sería el establecido por las definiciones dadas por los Estados, además se amplió el ámbito subjetivo, alcanzado a las figuras públicas, o personas con poder de decisión en asuntos públicos, no necesariamente funcionarios.

La técnica de la *actual malice* (manifiesta desconsideración hacia la verdad) respecto del ejercicio de la libertad de expresión sobre servidores públicos (*public officials*: personas que ocupan puestos públicos en los gobiernos y administraciones públicas), se hizo extensible a los personajes públicos<sup>167</sup> (*public figures*: personas con poder de decisión en asuntos públicos, no necesariamente funcionarios), en algunas controvertidas sentencias, v. gr. la sentencia *Curtis Publishing Co. v. Butts* (1967)<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> *Garrison v. Louisiana*: el fiscal del distrito acusó a ocho jueces del Crimen de ser ineficientes, flojos y de obstruir los esfuerzos de la Fiscalía para aplicar la legislación anticorrupción. Sentencia *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 74,77 (1964).

<sup>165</sup> Vid. COVARRUBLAS CUEVAS, I., «notas críticas a la figura del “personaje público” como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas», en *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 3, Número 2, Universidad de Talca 2005, 172.

<sup>166</sup> *Rosenblatt v. Baer*: un antiguo supervisor de un centro de esquí de propiedad del condado, entabló una demanda por difamación contra un periódico que criticó el manejo administrativo que había tenido del centro recreacional. Aunque el artículo no individualizaba el demandante, éste se sintió aludido por ser el responsable de las finanzas del lugar. Sentencia *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75, 76 (1966).

<sup>167</sup> En la sentencia *Rosenblatt v. U. Baer* (1966), en donde se amplió el ámbito subjetivo, alcanzado a las figuras públicas, o personas con poder de decisión en asuntos públicos, no necesariamente funcionarios.

<sup>168</sup> *Curtis Publishing Co. v. Butts*: involucró a un periódico que acusaba a Butts, director de deportes de la Universidad de Georgia, de haber arreglado un partido de fútbol. Sentencia *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388, U.S. 130, 154 (1967).

En el caso *Time, Inc. v. Hill* (1967)<sup>169</sup>, la persona privada se había transformado en una noticia y había perdido su derecho a la privacidad desde el momento en que se había visto involucrado en un hecho de interés público; es decir, en este caso la Corte legitimó a la prensa para reportear la vida de personas privadas involucradas de modo involuntario en hechos noticiosos<sup>170</sup>.

Con anterioridad a este caso, la Corte –en los supuestos de invasión de la privacidad– utilizaba el denominado test «*newsworthiness*», de ahí que si un asunto era considerado noticiable, la publicación que pudiera envolver asuntos concernientes a la vida privada de una persona era permitida, en caso contrario, si se trataba de un asunto que pudiera ofender la sensibilidad de un hombre ordinario, la acción por invasión de la privacidad no era permitida<sup>171</sup>.

Por otra parte, la sentencia del caso *Rosenbloom v. Metromedia* (1971)<sup>172</sup> fue más lejos al aplicar la técnica de la *actual malice* en el caso en que el demandante era un distribuidor de revistas pornográficas (persona privada), es decir, ni se trataba de funcionario, ni de una persona que por su condición tuviera poderes de decisión en cuestiones de interés para la colectividad, pero el Tribunal consideró que se trataba de un tema de interés público o general.

---

<sup>169</sup> *Time, Inc. v. Hill*: James Hill y su familia, personas comunes y corrientes, vivían confortablemente en un suburbio de Pennsylvania cuando su anonimato fue interrumpido por tres convictos prófugos que mantuvieron a los Hills y a sus cinco hijos como rehenes en su casa durante 19 horas (en 1952). Consta que los Hills procuraron, en la medida de sus posibilidades, evitar toda publicidad. Dos años más tarde (1954), una editorial de renombre publicó una novela titulada *Las Horas Desesperadas* acerca de una familia de apellido «Hilliard» que había sido aterrorizada en su hogar por convictos prófugos. En 1955 fue producida una obra en Broadway con el mismo tema. Pero fue el artículo publicado por la Revista *Life* el que dio lugar a la demanda y al litigio. Dicho artículo se hacía referencia a la obra en Broadway pero haciendo mención expresa del episodio original, dando los nombres de la familia Hill, además, se acompañaban fotos de su casa y de sus hijos con los convictos. Sentencia *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 378-379 (1967).

<sup>170</sup> Cfr. COVARRUBLAS CUEVAS, I., Op. Cit., 175.

<sup>171</sup> Cfr. CARUSO FONTÁN, M. V., Op. Cit., 35.

<sup>172</sup> *Rosenbloom v. Metromedia Inc.*: el señor Rosenbloom había interpuesto demanda contra Metromedia por afirmaciones falsas y difamatorias, difundidas en las noticias de radio, que vincularon su nombre con «literatura procaz» y con el «tráfico de revistas pornográficas», probablemente influidos por su previo arresto por haber distribuido material obsceno, cargos de los cuales fue finalmente absuelto. Sentencia *Rosenbloom v. Metromedia Inc.*, 403 U.S. 29, 34 (1971).

A partir de 1974 el proceso de expansión jurisprudencial se estanca pero no retrocede, es decir, que supone una estabilización de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso con matizaciones de signo conservador:

Así, con la sentencia del caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974)<sup>173</sup>, se mantiene el criterio de la *actual malice* sobre informaciones de personas que son figuras públicas por su poder de influencia, sin más límite que el derivado del carácter del asunto de interés público de las informaciones, en cambio, respecto a las personas privadas, que adquieren el carácter de figura pública sólo por haberse involucrado en algún asunto de interés público, las informaciones –no veraces– están limitadas a la comprobación diligente de la información, de tal manera que si se prueba –por parte del afectado– la existencia de negligencia –del informador–, éste será condenado al pago de la correspondiente indemnización. Es decir, ya no se trata solamente del interés público de la noticia, sino que hay que realizar la distinción entre personas públicas o privadas para operar con el criterio de la *actual malice* o de la *negligence*<sup>174</sup>, respectivamente, a efectos de determinar la responsabilidad del informador<sup>175</sup>. Otro aspecto importante a destacar en esta sentencia, es que se distingue entre enunciados de hechos y opiniones, excluyendo a estas últimas de las acciones por libelo, de ahí que las opiniones tendrán siempre el amparo de la libertad de

---

<sup>173</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*: en 1968 Richard Nuccio, policía de Chicago, disparó y mató a un joven. Nuccio fue juzgado y condenado por homicidio. La familia del joven asesinado contrató a Elmer Gertz, un reconocido abogado, para representarlos en un juicio civil por indemnización de perjuicios contra el policía. El juicio criminal contra el policía captó la atención de una publicación mensual que se había hecho famosa en los años sesenta por informar sobre una conspiración comunista hecha con el objetivo de desacreditar a la policía y proponer la creación de una policía nacional. No obstante, la casi nula conexión entre el abogado y el juicio criminal contra el policía, el artículo argumentaba que tal juicio formaba parte de una conspiración comunista contra la policía, acusando falazmente a Gertz de ser un «filo-comunista», «rojo», «marxista» y «leninista». Imputándole asimismo haber colaborado en planificar y organizar la revuelta ocurrida en la Convención Nacional Demócrata en 1968, además de atribuirle la pertenencia a una organización que pretendía el derrocamiento del gobierno. Sentencia *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 325-326 (1974).

<sup>174</sup> El demandante afectado por las imputaciones intentará probar la falsedad de las mismas y la *actual malice* (conocimiento por el demandado de la falsedad o que actuó con desconsideración notoria de la verdad), si es un personaje público; o de la *negligence* (falta de diligencia) si es un privado. Se parte de una presunción de *iuris tantum* a favor de la veracidad, de ahí el mayor esfuerzo probatorio por parte del demandante.

<sup>175</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 32.

expresión, porque una sociedad democrática se caracteriza precisamente por la pluralidad de ideas, expresadas por hombres libres que piensan de diferente manera.

La Corte justificaba la menor protección que le otorgaba en el caso de los oficiales públicos y de los personajes públicos, en que éstos usualmente disfrutaban de un acceso significativamente mayor a los canales de comunicación efectiva, y por lo tanto, tienen más oportunidad «para neutralizar las afirmaciones falsas que las que disfrutaban normalmente los particulares».

Esta disminución en la protección de algunos derechos fundamentales dio lugar a un movimiento denominado el *New Judicial Federalism* que consistió en el redescubrimiento de las Constituciones estatales como fuente de protección de los derechos. Este movimiento surgió a partir de la iniciativa del Tribunal Supremo, cuando determinó que los Estados podrían a través de sus Constituciones aumentar el grado de protección otorgado a determinados derechos. Con ello se logra establecer una doble protección de la libertad de expresión: la otorgada a nivel federal a través de la cláusula contenida en la Primera Enmienda de la Constitución y la otorgada por cada uno de los Estados miembro de la Unión a través de sus propias Constituciones<sup>176</sup>.

La sentencia del caso *Time, Inc. v. Firestone* (1976)<sup>177</sup>, implicó un retroceso a la determinación de lo que debe entenderse por figura pública, estrechando el ámbito subjetivo del estándar de la *actual malice*, al considerar que para ser figura pública y sufrir este último era necesario participar en una controversia pública, pero que no todas las controversias que interesan al público tienen ese carácter, como ocurrió con el divorcio de la pareja de este caso, por más que se trataran de personas con dinero y que podía interesar al público<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> Vid. FREIXES MONTES, J., «La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: un modelo para Europa?», en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid 1996, 276-279.

<sup>177</sup> *Time Inc. v. Firestone*: se trata de un reportaje publicado en la revista Time, en el que se afirmó que el señor Rusell Firestone se había divorciado de su señora Mary debido al adulterio de esta última. Aunque ambas partes había probado en juicio adulterio, el tribunal se los otorgó por falta de convivencia hogareña. La ex esposa demandó a la revista por difamación, obteniendo su indemnización. Sentencia *Time Inc. v. Firestone*, 424 U.S. 448, 450 (1976).

<sup>178</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 33.

Con este breve recorrido a través de la jurisprudencia norteamericana, se advierte que la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos pone a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron «con conocimiento de que era falso o con manifiesta desconsideración de si era falso o no, es decir, con real malicia»; para ello se recurre al valor que debe tener la noticia en sí, esto es, su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional. Además, del papel que juega la prensa en su deber de informar a la opinión pública proporcionando el conocimiento de qué y cómo actúan sus representantes y administradores; si han cometido hechos que deben ser investigados o incurren en abusos, desviaciones o excesos y si en estos hechos han intervenido funcionarios o figuras públicas, incluso particulares –que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntaria o involuntariamente en la cuestión pública de que trata la información– su situación los obliga a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia en la prensa.

Se advierte así, que en Estados Unidos la libertad de expresión y de prensa, sin ser derechos absolutos, son derechos a los cuales se les reconoce una preferencia sobre los restantes derechos fundamentales.

Al respecto, señala CARUSO FONTÁN<sup>179</sup> que para llevar un delicado balance entre la protección de la reputación de los individuos y la garantía contenida en la Primera Enmienda se ha creado una compleja estructura de normas, que la doctrina ha llegado a calificar como ineficiente para el sistema, sosteniendo fuertes críticas para la doctrina de la *actual malice*:

- a) el estándar *actual malice* ha propagado la autocensura por dos razones: por un lado, el medio de comunicación no podrá determinar el estándar aplicable frente a un caso concreto debido a la dificultad para saber si el demandante es un personaje público o privado. Se ha objetado que este sistema es intolerable en cuanto obliga a los

---

<sup>179</sup> Cfr. CARUSO FONTÁN, M. V., Op. Cit., 36.



Tribunales a hacer determinaciones subjetivas con respecto al estatus de las partes y del asunto tratado, siendo incapaz de hacer estas determinaciones de una forma consistente y satisfactoria. Por otro lado, en caso de que el estatus de la persona fuera determinado, el estándar de protección sería establecido por una decisión no revisable.

- b) Los costos y el desgaste que produce el juicio en el medio de comunicación, aunque en apelación salga vencedor<sup>180</sup>.
- c) El estándar de protección creado en la decisión Gertz, según la opinión de la doctrina, también ha favorecido la autocensura, en cuanto permite a las personas privadas obtener daños probando simplemente la existencia de negligencia.

### ***B. República Federal de Alemania: ponderación de los bienes jurídicos en conflicto***

A diferencia del sistema norteamericano estadounidense, donde existe una clara voluntad de otorgar prioridad a la libertad de expresión sobre otros derechos fundamentales; el español parece tener una influencia por parte del sistema alemán, donde se utiliza como método frente a posibles colisiones de derechos la ponderación, es decir, el análisis detallado de cada caso para determinar qué derecho es más importante. De ahí la relevancia de entrar a conocer brevemente el sistema jurídico alemán en materia de libertad de expresión.

El artículo 5 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*)<sup>181</sup> (conocida comúnmente como

---

<sup>180</sup> Vid. BERTONI, E. A., «"New York Times vs. Sullivan" y la malicia real de la doctrina», en *Libertad de prensa y derecho penal*, Buenos Aires 1997, 145. Por su parte, DEL RUSSO entiende que resulta fácil imaginar que un editor pueda rechazar la posible publicación de una noticia, a pesar de que en caso de que llegara a juicio pudieran ganar el proceso, solamente por el costo que podría traer aparejada la defensa. Vid. DEL RUSSO, A. D., Op. Cit., 520, citado por: CARUSO FONTÁN, M. V., Op. Cit., 36.

Ley Fundamental alemana y abreviada como GG), establece la libertad de opinión, y cita:

*Artículo 5 [Libertad de opinión]*

(1) *Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos<sup>182</sup>. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.*

(2) *Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.<sup>183</sup>*

(3) *El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.*

Así se advierte, que la libertad de expresión es un derecho fundamental pero no es ilimitado sino que está sujeto a reservas establecidas en las leyes generales, es decir, que serán éstas las que reglamentaran este derecho, de acuerdo a la autorización dada en el art. 5 GG, pero no constituirá el límite en sí mismo. Corresponderá a las leyes generales concretizar los límites conforme a una correcta interpretación de la Constitución.

Durante la República de Weimar fue dominante la opinión de que todo conflicto entre la libertad de opinión y el honor debía resolverse a favor del honor, por lo que la libertad de expresión terminaba ahí donde comenzaba la lesión del honor del otro<sup>184</sup>. De igual forma una interpretación gramatical del

---

<sup>181</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 de mayo de 1949, Boletín Oficial Federal 1, (BGBl III 100-1) enmendada por la Ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, página 3219).

<sup>182</sup> Es necesario remarcar, que según la doctrina mayoritaria, las manifestaciones que pueden lesionar al honor pueden revestirse de tres formas: opiniones, juicios de valor y manifestaciones de un hecho. La diferenciación entre ellas será en gran parte dificultosa; no obstante, según el art. 5.1 GG, la expresión de opiniones goza de una protección constitucional de la cual carecen, en principio, las dos otras formas mencionadas. Vid. GÖSSEL, K. H., «La protección del honor en el Derecho Penal alemán», en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, dirigido por José Luis Díez Ripollés, Madrid 2002, 1312.

<sup>183</sup> El art. 20.4 de la CE reproduce casi literalmente el inciso final del art. 5.2 GG.

<sup>184</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 33.

art. 5.2 puede conducir a creer que la libertad de expresión termina allí donde comienza la protección penal que brindan las «leyes generales»<sup>185</sup>. La doctrina destaca el peligro que representa una interpretación literal del artículo 5, pues podría llegar a considerarse que las leyes de rango inferior a la Ley Fundamental son las que establecen los límites y la extensión de la libertad de opinión, por lo que, además, la protección de la Ley Fundamental alcanzaría únicamente a aquellas declaraciones que no constituyen hechos lesivos del honor en virtud del Código Penal. Así, no podría interpretarse a las normas protectoras del honor en el sentido de que las mismas limitan como ley general la libertad de opinión sin ninguna restricción<sup>186</sup>.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) resolvió en sentencia del 15 de enero de 1958, el caso «*Lüth*»<sup>187</sup>, y estableció que las leyes generales serán aquellas que se encargarán de no prohibir opiniones sino de la protección de los bienes jurídicos que la sociedad considere importantes. Esta sentencia se considera pionera en el reconocimiento jurisprudencial del aspecto objetivo de los derechos fundamentales, «expresado como un reforzamiento básico de la validez de los derechos fundamentales»<sup>188</sup>, que afectan no sólo la relación entre el Estado y los particulares, sino también a las relaciones recíprocas entre éstos. De ahí, que esta sentencia no sólo se limite a plantear un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor; sino

---

<sup>185</sup> Como Leyes Generales será necesario tomar en cuenta las normas protectoras del honor de los parágrafos §185-193 del Código Penal Alemán (StGB), constituyéndose en los tipos básicos de los delitos de injurias, difamación y calumnias (Beleidigung §185, Üble Nachrede §186 y Verleumdung §187).

<sup>186</sup> Vid. GÖSSEL, K. H., Op. Cit., 1312.

<sup>187</sup> En 1950, el presidente de un club de prensa privado de Hamburgo, Eric Lüth, incitó al boicot de una película en un discurso ante distribuidores y productores cinematográficos, con el argumento que el director de la película había rodado en la época de Hitler la película antisemita *Jud Süß* (Dulce Judío) y otras películas al servicio de la ideología nacionalsocialista. El productor de la película Veith Harlan contra la cual se dirigió el boicot (en dicha ocasión la película no era anti judía) presentó una acción civil en contra de Lüth y lo encontraron culpable de daño en perjuicio de aquél. Lüth recurrió ante el Tribunal Constitucional sosteniendo que el derecho constitucional a la libertad de expresión obligaba a considerar legítimo su actuar. Y el Tribunal Constitucional Federal le dio la razón. BVerfGE 7, 198 ss.

<sup>188</sup> Cfr. HORN, H. R., «El constitucionalismo alemán», en *El constitucionalismo en las postrimerías del Siglo XX, Constitucionalismo*, Tomo III, México 1998, 252.

que –además– deja por sentado que las «leyes generales» deben ser interpretadas a la luz de la especial importancia del derecho fundamental, de ahí que «la interpretación de los límites de un derecho fundamental debe realizarse tomando en cuenta el sistema institucional de la Constitución»<sup>189</sup>.

*Las leyes generales deben ser interpretadas, en lo referente a su efecto limitador del derecho fundamental, a la vista de la significación de este derecho fundamental, de tal manera que quede salvaguardado el contenido axiológico especial del mismo, del que se deriva necesariamente en una democracia libre la presunción fundamental de la libertad de palabra en todos los ámbitos, pero especialmente en la vida pública.*

*La relación de oposición entre el derecho fundamental y la ley general no debe concebirse como una limitación unilateral de la fuerza de validez del derecho fundamental por parte de la ley general; por el contrario, se da un efecto recíproco, en el sentido que la ley general, según su texto, pone límites al derecho fundamental, pero esta ley a su vez tiene que ser interpretada a partir de la idea de la significación valorativa de este derecho fundamental (libertad de expresión) en un Estado libre, democrático y, consecuentemente, restringida en su efecto limitador del derecho fundamental.<sup>190</sup>*

Para el caso en cuestión, se tenía que el derecho al honor era un límite a la libertad de expresión regulado en el art. 5.2 GG, pero también un derecho fundamental que se encuentra garantizado en el art. 1.1 GG<sup>191</sup>; de ahí que, por tratarse de dos derechos fundamentales [libertad de expresión y honor], no se verifica entre ellos una relación de prioridad sino que los casos de colisión deberán resolverse mediante la ponderación caso por caso (*Abwägung*). Cabe mencionar que había una declaración de presunción favorable a la libertad de expresión, sobre todo en los aspectos de la discusión pública, aunque

---

<sup>189</sup> Cfr. BACIGALUPO, E., «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, número 20, Mayo-Agosto 1987, 92-93.

<sup>190</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., *Op. Cit.*, 34.

<sup>191</sup> Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales] (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

posteriormente se fue sometiendo progresivamente a una serie de condiciones y requisitos elaborados casuísticamente por el Tribunal Constitucional<sup>192</sup>.

No obstante, fuera de los criterios desarrollados por la jurisprudencia que colaboran a la hora de realizar la ponderación, no existirán reglas abstractas que permitan solucionar la colisión de ambos derechos, sino que la solución sólo podrá encontrarse mediante el análisis detallado de las circunstancias de cada caso concreto.

Ahora bien, el citado art. 5.2 GG guarda una relación importante con el §193 del StGB<sup>193</sup>, pues éste actúa como causa de justificación en el delito de injurias, es donde la colisión de derechos libertad de expresión-derecho al honor se manifiesta en toda su extensión. En dicho párrafo<sup>194</sup> se referirá a las injurias como declaraciones cualificadas, y por tanto, como constitucionalmente legítimas y no punibles cuando se manifiesten en consideración a intereses autorizados.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la norma, la doctrina mayoritaria indica que se trata de una causa de justificación, mientras que algunas resoluciones aisladas indican que deberá resolverse en sede de culpabilidad. Una de las razones que se aluden para esta solución se relaciona con el elemento del convencimiento de la verdad de las afirmaciones por parte del autor de la injuria que podrá ser tomado en consideración, así al entenderse que el sujeto activo actúa en la creencia de que sus dichos son ciertos lo hace sin la conciencia de estar llevando a cabo una lesión al bien jurídico<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> Cfr. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 34.

<sup>193</sup> **§ 193. Defensa de legítimos intereses:** Juicios de reproche sobre desempeños científicos, artísticos o industriales y expresiones que se hagan para la ejecución o defensa de derechos o para la salvaguardia de legítimos intereses así como reproches o amonestaciones de un superior contra sus subalternos, denuncias oficiales u opiniones por parte de un empleado y casos parecidos, son sólo punibles en la medida en que la existencia de una injuria resulte de la forma de la declaración o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria.

<sup>194</sup> Denominado *Wahrnehmung berechtigter Interessen*, es decir, percepción de intereses legítimos. Cfr. CARUSO FONTÁN, M. V., Op. Cit., 38.

<sup>195</sup> *Ibidem.*, 38-39.

Por su parte, HILGENDORF<sup>196</sup> manifiesta su opinión en contra de esta postura entendiendo que no podrá decirse en forma general que el parágrafo 193 actúe en sede de justificación o bien de culpabilidad, sino que por el contrario, ello deberá resolverse caso por caso.

En opinión de ARZ<sup>197</sup>, plantea una diferencia significativa con respecto a las causas de justificación generales, pues éstas han sido construidas para funcionar como «excepciones», al contrario de lo que ocurre en el caso del §193 que lejos de ser una excepción actuará como una regla general para encuadrar dentro de los límites el conflicto que con gran asiduidad se produce entre estos dos derechos.

El Tribunal Constitucional alemán aclara que el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión se van a limitar mutuamente y será a través de este parágrafo [§193 del StGB] donde se manifestará la necesidad de realizar una ponderación de intereses.

En la sentencia de 25 de enero de 1961, en el caso «*Schmid-Spiegel*»<sup>198</sup>, el Tribunal Constitucional alemán formalizó la *exigencia de la veracidad* en los hechos informados, que se concreta más por una mayor responsabilidad y

---

<sup>196</sup> Cfr. HILGENDORF, E., *Leipziger Kommentar Großkommentar*, Berlín 2005, 72; citado por CARUSO FONTÁN, M. V., Op. Cit., 39.

<sup>197</sup> Cfr. ARTZ, G., *Strafrecht Besonderer Teil*, 1988, 75; citado por CARUSO FONTÁN, M. V., Op. Cit., 39.

<sup>198</sup> BVerfGE 12, 113 ss. En noviembre de 1953 en Stuttgart, Schmid dio una charla sobre la huelga política, que publicó en enero de 1954 con algunas modificaciones bajo el título «Sobre la huelga política». Sus declaraciones acerca de la justificación de la huelga política y su afirmación de que alrededor del 95% de la prensa dependía económicamente de los empleadores y por lo tanto hostil a los sindicatos llevaron a ataques de la prensa contra el demandante en el que fue arrojado sospechas sobre él de una inclinación hacia el comunismo y su idoneidad para un alto cargo judicial en duda. El corresponsal de Stuttgart del semanario «Der Spiegel», buscó y consiguió una entrevista con el denunciante. Schmid le dio al periodista algunos artículos de prensa escritos y publicados por él desde que era evidente que él se había opuesto con decisión el comunismo. Entonces el periodista -sin necesidad de utilizar este material entregado a él- escribió un artículo, publicado anónimamente en la «Spiegel» de 10 de marzo 1954 bajo el título "Detenido en el Volga"; dicho artículo no contiene la discusión de las tesis del autor sobre la huelga política, sino que abarca -con su hablar- su pasado desde el punto de vista de su actitud política. El 17 de marzo de 1954, el denunciante publicó en el Stuttgart «Allgemeine Zeitung» una respuesta sobre el artículo Spiegel, señalando los chismes en contra de su persona y acusando al Spiegel de tener una línea editorial que, desde el punto de vista de la moral, se asimilaba a la pornografía.

cuidado del periodista en confirmar la noticia antes de publicarla. Y añadió que dicho deber se cumple no sólo cuando la información es objetivamente veraz, sino también cuando puede probarse que aquél ha hecho todo lo que está en sus posibilidades para comprobar las afirmaciones realizadas. Esto significa que si el que informa ha cumplido su deber de comprobación, aunque la noticia resulte posteriormente falsa, quedará cubierto por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Al respecto, BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE<sup>199</sup> resalta la preponderancia de la libertad de expresión en el debate político, cuando en el contexto en que se realicen las imputaciones se presentara mayor flexibilidad en cuanto al deber de comprobar la verdad, puesto que se admite que en el debate político es normal incurrir en exageraciones o deformaciones de los hechos.

Es de destacar además, que el Tribunal Constitucional alemán en el presente caso consideró que el afectado puede y debe defenderse a través del mismo u otro medio, invocando igualmente el especial papel que juega la libertad de expresión en asuntos de interés público; así, concedió a través de esta resolución un *derecho a contraatacar* (Rechts zum Gegenschlag), que consiste en que el afectado puede defenderse de un ataque de la prensa contra una opinión suya también con «formulaciones fuertes». Ello significa que el afectado no tiene que limitarse a una refutación objetiva, sino que incluso ciertos excesos calificativos pueden estar justificados, en la medida que no sean desproporcionados y aparezcan como una reacción adecuada<sup>200</sup>.

En la sentencia de 15 de enero de 1962, en el caso «*Call-girls Prozess*»<sup>201</sup>, el Tribunal Supremo señaló que «los acontecimientos de la vida privada no llegan sin más a ser acontecimientos de la vida pública porque se refieran a personas que estén en la vida pública». Si bien en la jurisprudencia alemana la vida de las

---

<sup>199</sup> Vid. BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid 1987, 110.

<sup>200</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 37.

<sup>201</sup> Un informador había publicado un artículo en el que se afirmaba que un ministro del gobierno bávaro era cliente de un local de call-girls. BGHSt, 18, 182 ss.

personas públicas cuenta con una menor protección, ello no implica por sí la intromisión a su intimidad. De ahí que, el Tribunal Constitucional realiza una interpretación favorable a la *intimidad de las personas públicas*, pues la intromisión a la vida privada de aquéllas no se considera una consecuencia del carácter público de una determinada persona.

Por otra parte, JAÉN VALLEJO<sup>202</sup> señala como otra condición necesaria para que la libertad de expresión pueda tener, en su caso, efecto justificante respecto a la lesión al honor, es que *sirva a la formación de la opinión pública*, lo que dependerá del tema objeto de la información; excluyéndose los casos de puro sensacionalismo, del deseo de escandalizar o del placer de cotillear. Un ejemplo: sentencia de 14 de marzo de 1973, en el caso «*Princesa Soraya Interview*»<sup>203</sup>, con ello se pone de manifiesto que la mera inclusión de una noticia en un medio de información no determina por sí sola su interés para la formación de la opinión pública.

En la sentencia de 10 de octubre de 1995, en el caso «*Los soldados son asesinos (Soldaten sind Mörder)*»<sup>204</sup>, el Tribunal Constitucional alemán resolvió varios recursos de amparo contra la aplicación de disposiciones que tipifican el delito de injurias (§185 StGB)<sup>205</sup>, supuestamente cometido a través de la expresión pública de la frase «los soldados son asesinos» y sus variantes; en ella el Tribunal Constitucional Federal anuló las sentencias impugnadas por opinar

---

<sup>202</sup> Vid. JAÉN VALLEJO, M., Op. Cit., 36.

<sup>203</sup> En 1961 un semanario popular *Das Neue Blatt mit Gerichtswoche*, había publicado una entrevista de carácter exageradamente sensacionalista, que –según dicha revista– se le había hecho a la princesa Soraya Esfandiary-Bakhtiary. En ésta se reprodujeron afirmaciones de la princesa sobre su vida privada. La entrevista era en su totalidad pura invención. La princesa presentó demanda y los responsables fueron condenados solidariamente al pago de una indemnización de 15.000 marcos. BVerfGE, 34, 264 ss.

<sup>204</sup> El caso hace referencia a que el recurrente fue sancionado por agravios en contra de las fuerzas militares federales y de algunos soldados en particular mediante expresiones como “los soldados asesinos” o “los soldados son potenciales asesinos”. BVerfGE 93, 266.

<sup>205</sup> §185 StGB: *Injurias*. El agravio será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta un año o multa y cuando se cometa por medios violentos será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta dos años o multa.



que contravenían la libertad de expresión (artículo 5.1 GG), al no analizarse en ellas la proporcionalidad entre ésta y el honor de las instituciones públicas o de personas particulares, regresando los casos a sus tribunales originales para que los fallen nuevamente y de acuerdo a una ponderación de sus circunstancias particulares.

El Tribunal enfatizó en que al tribunal ordinario corresponde la comprobación de si realmente se produjo una expresión como la controvertida, de cuáles fueron las palabras exactas que se utilizaron, de quién provino y bajo qué circunstancias se hizo. Pues el sentido de una manifestación no está determinado exhaustivamente por su texto; por ejemplo, si dicha manifestación se produjo con intención de calumniar o si su carácter era pacifista. Dependiendo de la situación particular de la comunicación, una expresión puede ser entendida de diversa manera. Así, el sentido puede variar dependiendo de si la oración «los soldados son asesinos» es el contenido de una calcomanía en un automóvil o de una carta de los lectores o si es expresada mediante una pancarta frente a un cuartel del Ejército Federal. La decisión de si dicha manifestación debe ser entendida como afectación del honor depende, por tanto, no sólo de una interpretación previa del sentido de la expresión<sup>206</sup>.

La protección penal no permite, sin embargo, llevar a que las instituciones estatales se blinden frente a las críticas públicas, aun cuando éstas sean hechas en forma concreta, ya que éstas deben estar garantizadas en forma especial por el derecho fundamental a la libertad de opinión<sup>207</sup>.

Como se advierte el Tribunal Constitucional alemán ha desarrollado una jurisprudencia que puede considerarse más favorable para la libertad de expresión, pero sobre todo en el ámbito de la discusión pública, cuando la lesión al derecho al honor resulta importante para la formación de la opinión pública. Sin embargo, el Tribunal ha reconocido que no existe primacía absoluta

---

<sup>206</sup> Vid. LIMBACH, J., «Función y significado del recurso constitucional en Alemania», en *Cuestiones Constitucionales*, julio-diciembre, Número 003, México D.F. 2000, 84.

<sup>207</sup> Vid. SCHWABE, J. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México D.F. 2009, 222.

ni por parte del derecho a la libertad de opinión ni del derecho al honor personal, a menos que una expresión afectara la dignidad humana, pues ésta, como fundamento de todos los derechos fundamentales, no es susceptible de ponderación respecto de ellos.

### ***C. La libertad de expresión en el ordenamiento jurídico de España***

En España, el derecho a la libertad de expresión se encuentra constitucionalmente reconocido en el artículo 20<sup>208</sup>, mediante el cual se protege dicho derecho en sus distintas manifestaciones, así como la previsión de los aspectos esenciales de su marco jurídico constitucional; dicha disposición establece:

*Artículo 20.-*

*1. Se reconocen y protegen los derechos:*

*a. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*

*b. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*

*c. A la libertad de cátedra.*

*d. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

*2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.*

*3. La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.*

*4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al*

---

<sup>208</sup> Específicamente en el Título Primero denominado «De los derechos y deberes fundamentales», Capítulo Segundo «Derechos y libertades», Sección Primera «De los derechos fundamentales y libertades públicas»; es decir, estamos en presencia de uno de los derechos fundamentales más protegidos del ordenamiento de acuerdo con el artículo 53.2 CE «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II (arts. 15 a 29) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30». En así, que la libertad de expresión goza de una posición privilegiada en el sistema de protección de derechos, puesto que no sólo cuentan con la garantía procedente de la jurisdicción ordinaria sino también con la garantía o tutela específica y reforzada que supone el recurso de amparo constitucional.

*honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

*5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.*

Como se advierte, el artículo 20 de la Constitución española recoge una serie de derechos –de forma autónoma–, que tradicionalmente se han denominado bajo la fórmula genérica de «*libertad de expresión*»<sup>209</sup>; reconociendo y protegiendo la libertad de expresión –en sentido estricto– o derecho a manifestar libremente las propias ideas y opiniones (art. 20.1 a), la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1 b), la libertad de cátedra o derecho de libre expresión de los docentes (art. 20.1 c) y la libertad de información o derecho a transmitir y recibir libremente información veraz (art. 20.1 d).

Una de las primeras sentencias donde el Tribunal Constitucional español se pronuncia alrededor del derecho a la libertad de expresión es en la **STC 6/1981**<sup>210</sup>, fundamento jurídico 3, en la que expresa: «El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de

---

<sup>209</sup> Algunos autores han optado por darle una denominación genérica a ese conjunto de libertades que se reconocen en el artículo 20 CE, v. gr. TORRES DEL MORAL le ha llamado «*libertades de comunicación pública*»; ESCOBAR DE LA SERNA «*derecho a la información*»; DE ESTEBAN Y GONZÁLEZ TREVIJANO «*derecho a la comunicación libre*». Vid. TORRES DEL MORAL, A., «La libertad de comunicación pública», en *El derecho de la información*, Madrid 2001, 20; ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la Información*, Madrid 2004, 78; DE ESTEBAN, J. Y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional*, VII, Madrid 1993, 134-135.

<sup>210</sup> La demanda de amparo se interpuso contra una sentencia dictada por el Tribunal Supremo y contra el acuerdo del Consejo de Dirección del organismo autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado», por el cual se suspendió la publicación de los diarios «La Voz de España» y «Unidad», pues para los recurrentes el acuerdo priva del derecho a la libertad de expresión.

legitimidad democrática que enuncia el artículo 1º, apartado 2º, de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación política»<sup>211</sup>.

ROMERO COLOMA<sup>212</sup> considera dicha declaración como la más precisa definición del contenido esencial del conjunto de derechos recogidos en el artículo 20 y referidos al mantenimiento de una comunicación pública libre; donde el fundamento de una sociedad libre y democrática está constituido, precisamente, por las libertades de expresión e información.

Además, en el fundamento jurídico 4, se cita: «La libertad de expresión que proclama el artículo 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan todos los ciudadanos (...) Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d)». La jurisprudencia ha ido matizando la distinción entre ambos derechos y hace referencia a dos derechos distintos íntimamente conectados<sup>213</sup>.

En la **STC 105/1983**<sup>214</sup>, se hace referencia a la existencia de dos derechos distintos, definiendo el derecho a la libertad de información, diferenciándolo

---

<sup>211</sup> El término empleado de «comunicación pública libre», es sustituido más adelante por el de «opinión pública libre» según la STC 12/1982, pero la diferencia es semántica pues el significado de los términos es el mismo.

<sup>212</sup> Vid. ROMERO COLOMA, A. M., *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: Honor, intimidad y presunción de inocencia*, Madrid 2000, 32.

<sup>213</sup> En la STC 6/1981 hace referencia a dos derechos distintos íntimamente conectados, en la STC 105/83 habla de un derecho doble y cita: «Se trata, como el art. 20 dice, de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz»; hasta finalmente dejar por sentado que se trata de dos derechos distintos v. gr. STC 6/1988 y 107/1988 que dice: «nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión y libertad e información, acogiendo una *concepción dual* que se aparta de la tesis unificadora defendida por ciertos sectores doctrinales».

<sup>214</sup> El periodista Vinader Sánchez publicó en la revista «Interviú», dos artículos –redactados en forma de entrevista, en la que aparecía Ros Frutos como entrevistado– bajo el título común de «Confesiones de un infiltrado» y subtitulados, el primero, «Cómo actúan los ultras vascos» y el segundo, «Quisimos atacar contra Monzón»; a estas le acompañaban fotografías de los interesados y se aportaban datos e informaciones concernientes a personas concretas residentes en País Vasco y que Ros Frutos alegaba estaban implicadas en hechos y acciones delictivas terroristas, integradas en grupos de ultraderecha, que tenían por finalidad combatir el terrorismo de signo contrario practicado por el grupo organizado y armado conocido con el nombre de «Eta». No obstante, Vinader en ningún momento tuvo cabal conocimiento sobre la veracidad o incerteza de las informaciones que le suministraba y que suponían gravísimas imputaciones delictivas contra personas concretas y determinadas; y consciente de que su publicación podía suponer gran riesgo contra la integridad de las personas a que se referían e

del de libertad de expresión, y en su fundamento jurídico 11 cita: «*El apartado d) del núm. 1 del art. 20 de la Constitución consagra el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», estableciendo un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva»*».<sup>215</sup>

En cuanto al requisito de veracidad de la información, una de las sentencias en las que se hace mención de la misma es la **STC 168/1986**<sup>216</sup>, en cuyo fundamento jurídico 2 expresa que el derecho a recibir una *información veraz* es un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva; de ahí, que los derechos reconocidos en el art. 20.1 d) CE resultan menoscabados si se impide comunicar o recibir una información veraz como si se difunde, se impone o se ampara la transmisión de noticias que no responden a la verdad, siempre que ello suponga cercenar el derecho de la colectividad a recibir, sin restricciones o deformaciones, aquellas que sean veraces.

En esta misma línea, el requisito de veracidad se ve mencionado en el fundamento jurídico 5 de la **STC 6/1988**<sup>217</sup>, en donde se afirma que tal requisito no priva de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o

---

indiferente ante el mal o males que éstas pudieran sufrir, fue plasmando dichas informaciones por escrito. Vinader fue condenado como autor de un delito de imprudencia temeraria profesional, con resultado de dos asesinatos y graves daños a un grupo de personas y familias.

<sup>215</sup> Este criterio es consolidado posteriormente en las sentencias: STC 13/1985; 168/1986; 6/1988; 107/1988.

<sup>216</sup> El caso consiste en que el presidente de MERCOSA envió a la revista TIEMPO un escrito de rectificación para su publicación sobre una información aparecida en la misma, pero la rectificación finalmente no apareció en la revista.

<sup>217</sup> El señor Crespo redactor de la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia, fue despedido por una falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza y otra leve de ausencia al trabajo, se le imputaba haber mantenido una conversación con la agencia de noticias «Europa Press», a la que había manifestado que tenía la intención de dirigir próximamente un escrito al Subsecretario de Justicia, en el que expondría su preocupación por la filtración de noticias desde ese Departamento a la Editorial PRISA, editora de El País. Según el periodista, lo que considera filtración de noticias se produce desde diciembre de 1982 hasta ahora, es decir, durante el tiempo que el PSOE lleva en el poder.

sencillamente no probadas en juicio-; según esta sentencia, la veracidad impone un *deber de diligencia sobre el informador*, a quién se le puede y debe exigir que dé a publicidad noticias previamente contrastados con datos objetivos, de manera que no actué con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado.

De ahí que se pueda ir deduciendo los requisitos que el Tribunal Constitucional va imponiendo para estar en presencia de una información veraz protegida por la Constitución: a) que la información verse sobre hechos, no opiniones; b) que haya un deber de diligencia por parte del informador en las afirmaciones que realiza; y, c) que ese deber de diligencia requiere de un previo contraste con datos objetivos, esto no significa que se debe de hacer una investigación de carácter extremo pero sí que son exigibles unos deberes objetivos de cuidado y de comprobación de los datos que se van a transmitir.

Ahora bien, al principio -cuando entró en vigencia la Constitución- el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y cualquiera de los límites previstos en el artículo 20.4 CE, en especial el derecho al honor, se resolvía, fundamentalmente, en el ámbito del derecho penal, lo que suponía que el código penal actuaba como un límite, a veces infranqueable, a la libertad de expresión. De ahí que, una interpretación puramente gramatical del art. 20.4 CE, llevaría *otorgar una subordinación general y apriorística del derecho a la libertad de expresión con respecto al derecho al honor*, olvidando la transcendencia que aquélla tiene en cuanto contribuye a la formación de la opinión pública. En este caso, se tenía que la libertad de expresión cedía frente a cualquier otro bien jurídico ante el que se presentaba el conflicto, es decir, de una especie de prevalencia del artículo 18.1 sobre el art. 20.1, ambos de la CE; v. gr. **STC 120/1983**<sup>218</sup>.

---

<sup>218</sup> Caso del Liceo Sorolla, los profesores de dicho centro, declararon una huelga coincidente en sus fechas con los exámenes de septiembre. Durante el transcurso de la misma, dos profesores remitieron una carta a los padres de los alumnos en la que se advertía que los exámenes de septiembre iban a ser realizados por personal contratado especialmente para estos exámenes y por tanto desconocedores de la situación académica de los alumnos, manifestando sus sospechas sobre la posible existencia de irregularidades, por lo que los exámenes podían ser nulos, por lo cual se procedió a denunciarlos ante las autoridades académicas y fueron despedidos. Los tribunales ordinarios consideraron procedente el despido, pues estimaron que

RUIZ MIGUEL defiende esta solución al considerar que el legislador constituyente determinó qué derechos eran fundamentales y cuáles no, y entre los fundamentales efectuó una ponderación decidiendo que, en caso de conflicto, debía prevalecer el art. 18 sobre las libertades del art. 20 –ambos de la CE–, a cuyo fin redactó el art. 20.4. Justificando su postura con el carácter personalista del derecho del art. 18 de la CE, ya que la dignidad es fundamento de todo orden político<sup>219</sup>.

Es hasta la **STC 104/1986**<sup>220</sup>, donde se da un giro jurisprudencial respecto de la interpretación literal que se tenía respecto del derecho a la libertad de expresión e información y se habla de una *necesaria y casuística ponderación* cuando se está frente a conflicto de derechos en los que ambos son de rango fundamental; es decir, que inicialmente ningún derecho va a prevalecer sobre otro de manera determinante, sino que para resolver la colisión de derechos se deberá atender en cada caso a una ponderación de los mismos.

Es a través de esta sentencia donde se introduce en el enjuiciamiento penal la perspectiva constitucional, pues el TC exigía de parte del juez penal una obligada ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y honor, debiendo valorar tanto «el contenido del artículo periodístico, la mayor o menor intensidad de sus frases, su tono humorístico, el hecho de afectar el honor del denunciante no sólo en su faceta íntima o privada sino en cuanto derivara sólo de su gestión pública como titular de un cargo representativo, y la intención de

---

la remisión de la carta perseguía el descrédito de la empresa, entendiendo que había en la actitud de los despedidos un *animus nocendi*. El recurso de amparo fue desestimado pues el TC entendió que había extralimitación en el ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión.

<sup>219</sup> Vid. RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del Derecho a la Intimidad*, Madrid 1995, 257.

<sup>220</sup> El caso del periódico «Soria Semanal», el recurrente de amparo había sido condenado por una falta de respeto y consideración debida a la autoridad (art. 570.5 CP), por haber publicado un artículo en el citado periódico en el que criticaba en tono sarcástico y humorístico la gestión urbanística del alcalde de Soria. El amparo fue otorgado por la inexistencia de tal ponderación y el TC anuló la sentencia condenatoria que revocaba la inicial sentencia absolutoria; pero el tribunal de instrucción hizo una nueva sentencia condenatoria introduciendo la ponderación, el condenado nuevamente recurrió en amparo el que le fue otorgado por haberse vulnerado su tutela judicial efectiva, pues al dictar nueva sentencia el juzgado conculcó la firmeza de la sentencia absolutoria de instancia.

la crítica política en cuanto formadora de la opinión pública, así como también la inexistencia o la existencia de *animus injuriandi*».

Al respecto, es dable señalar que el TC sólo hace referencia a elementos indiciarios que el juez ordinario debía de valorar al momento de realizar la ponderación; no se refería a parámetros expresos a partir de los cuáles resolvería.

La **STC 159/1986**, dictada en el caso del periódico «Egin», constituye para algunos como SARAZÁ JIMENA<sup>221</sup>, el inicio de una fase denominada *de concurrencia normativa y de la posición preferente de las libertades de expresión e información*, en esta se proclama expresamente el régimen de concurrencia normativa, y no de exclusión, entre distintos bienes jurídicos, más concretamente entre la libertad de expresión e información y las que establecen límites a su ejercicio, afirmando de forma clara la posición preferencial de aquéllas y la necesidad de interpretar restrictivamente sus límites para evitar que el núcleo de la libertad de expresión o información quede desnaturalizado.

Es pertinente destacar los hechos de esta sentencia porque su problemática constituye parte del objeto de este estudio:

El recurrente de amparo, en ese momento era director del diario «Egin», J.F. Azurmendi Badiola; quién fue condenado por la Audiencia Nacional por la publicación de dos comunicados de la organización ETA-militar a dos penas de un año de prisión menor y las correspondientes accesorias, como autor de los *dos delitos de apología del terrorismo*, previsto en el artículo 1 del Real Decreto – Ley 3/1979, de 26 de enero. Recurrió en Casación y el Tribunal Supremo desestimó el recurso, por lo que recurrió en amparo, pues a su juicio la simple reproducción de los comunicados de una organización terrorista no supera los

---

<sup>221</sup> Vid. SARAZÁ JIMENA, R., *Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Pamplona 1995, 62. También HERRERO TEJEDOR describe la evolución de la jurisprudencia española en relación al conflicto libertad de expresión e información y el honor, intimidad y propia imagen, diferenciando 3 fases: 1) fase del régimen de exclusión, en la que existía una preponderancia a los derechos del art. 18.1 CE debido a la interpretación literal que se dio al art. 20.4 CE; 2) fase de la necesaria ponderación; 3) fase del régimen de la concurrencia normativa, en la que se sostiene la situación de preferencia de las libertades reconocidas en el art. 20.1 CE que debe ser tomada en cuenta al momento de realizar la ponderación de los bienes en conflicto. Vid. HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid 1994, 112-127.



límites de la libertad de información y, en consecuencia no constituye delito, pues dicho supuesto no figura expresamente en la descripción típica de la apología del terrorismo.

El Tribunal Constitucional analiza, a partir del fundamento jurídico sexto, la relación entre la libertad de información y el límite derivado del interés público que subyace en las normas penales y explica que ni las libertades ni los derechos son absolutos así como tampoco son absolutos los límites a los que debe someterse el ejercicio de aquéllos. Dándose entre ambos extremos, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, pues tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente y señala *«Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos»*.

En esa línea de ideas el TC considera, a partir del fundamento jurídico octavo, que al entrar a valorar el conflicto entre la libertad de información con otros derechos fundamentales o intereses de significativa importancia social o política respaldados, como en este caso de la legislación penal, la restricciones de dicho conflicto deben de ser interpretadas de modo que el contenido esencial del derecho no resulte desnaturalizado o relativizado. Pues no se puede otorgar a priori un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley Penal frente a la libertad de información.

En el análisis que el TC hace del caso en concreto, señala que ni la Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo realizan una interpretación favorable al derecho a la información tanto del periodista como el de los lectores a recibir una información íntegra y veraz, el que constituye, en último término, una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revestir significado penal.

Como se logra advertir de la lectura de la sentencia, el TC le otorga una prevalencia a las libertades de expresión e información, siempre que éstas aparezcan ejercitadas dentro de los parámetros constitucionales, pues sólo así constituyen garantía de la formación de una opinión pública libre.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional destaca su función en los recursos de amparo interpuestos a consecuencia de un conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor, y sostiene que ésta consiste en dilucidar si la ponderación judicial ordinaria de los derechos aludidos a ha sido realizada de modo que se respete su correcta valoración y definición constitucional, para, de llegar a una conclusión afirmativa, confirmar la decisión judicial, o, en caso contrario, reputarla lesiva de uno u otro derecho fundamental.<sup>222</sup>

Ahora bien, con posterioridad el Tribunal Constitucional matizó la naturaleza de la prevalencia de las libertades de expresión e información sobre los derechos de la personalidad, y afirmó de modo expreso que la posición prevalente –o valor superior, eficacia irradiante, etc.– de las libertades del artículo 20 sobre los derechos del artículo 18, ambos de la CE, *no responde a una jerarquía dogmática* entre los distintos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, sino a la necesidad de sentar criterios que permitan en la práctica dar solución a la colisión entre tales derechos desde la perspectiva de los valores superiores del ordenamiento jurídico y de los principios en los que la Constitución asienta el Estado social y democrático de Derecho. Es así que en la **STC 240/1992**<sup>223</sup>, en su fundamento jurídico 3, cita:

---

<sup>222</sup> SSTC 171/1990, FJ 4.; 172/1990, FJ 6.; 40/1992, FJ 1; 219/1992, FJ 2; entre otras.

<sup>223</sup> Caso del cura y los nudistas: el recurso de amparo fue promovido por un periodista, el director y la empresa editora del diario «El País», en dicho diario se había publicado un artículo bajo el titular «Un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los desnudistas gallegos», en el que narraba que el cura de Hío, localidad del municipio de Cangas, había encabezado a un grupo de vecinos del lugar de Viñó que, armados con palos y estacas, increparon y amenazaron a los nudistas acampados en la playa de Barra. En días posteriores se publicó otro artículo que desmentía la participación del aludido sacerdote en los hechos. El párroco formuló demanda de protección del derecho al honor que fue estimado por el Juzgado, confirmado por la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo no dio lugar a la Casación, por lo que los condenados acudieron en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Según los criterios que se han ido perfilando en la jurisprudencia constitucional, esa confrontación de derechos ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta **la posición prevalente, que no jerárquica**, que sobre los derechos denominados de la personalidad del art. 18 C.E. ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d) C.E., en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. (Negrita suplida)

### **Consideración preferente de los derechos a la libertad de expresión e información**

En el derecho español, la doctrina constitucional norteamericana de la «*preferred position o preferred freedoms*» fue extrapolada de modo discutible<sup>224</sup> y desarrollada de forma muy particular, pues en lugar de entenderla como una defensa frente a las medidas gubernamentales o estatales que buscan limitar este derecho, se interpretó como *una situación de privilegio frente a otros derechos fundamentales*. Pues se les otorgó –por su valor institucional como garantía de la opinión pública libre– un carácter preferente que, de algún modo, los sitúa por encima del resto de los derechos fundamentales. Sin embargo, el TC a lo largo de su jurisprudencia va matizando dicho valor preferente, ya que éste no puede configurarse como absoluto, ni entenderse la preferencia como un valor jerárquico superior, pues donde surja un conflicto entre la libertad de expresión e información con otros derechos o intereses constitucionales, deberá proceder el Juez a **la ponderación** como instrumento de solución del mismo, y determinar

---

<sup>224</sup> Vid. «Informe sobre el anteproyecto de Código Penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial», en *Cuadernos de Política Criminal*, No 48, 1992, 673 y ss. También ORDEIG ORERO expresa que «la Constitución no otorga un valor preferente a ninguno de los derechos fundamentales; ninguno puede, por tanto, ser “más fundamental” que otro. La extrapolación de la doctrina norteamericana al panorama español resulta un “trasplante inadecuado” al no encontrar apoyo alguno en la norma fundamental». Cfr. ORDEIG ORERO, M. J., «El derecho a comunicar libremente información veraz: sus límites», en la *Revista Poder Judicial*, número 31, de septiembre de 1993, 271.

a través de éste, cuál de ellos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, prevalecerá en el caso concreto. Es así, que sobre los miembros del Poder Judicial ha recaído la responsabilidad de delimitar, caso por caso, la línea fronteriza entre los derechos en conflicto y es el TC, desde su jurisprudencia, que ha ido señalando cuáles deben ser los criterios a seguir para resolver los conflictos.

Como ya se ha advertido el Alto Tribunal ha mantenido una actitud disímil respecto al tema de la posición preferente. No obstante, ha dejado bien claro desde sus primeras sentencias que no existen derechos absolutos o ilimitados (STC 2/1982, FJ 5); como tampoco son absolutos sus límites (STC 254/1988, FJ 3; 214/1991, FJ 6). Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que entre derechos fundamentales no se puede hablar de jerarquía, sino de equilibrio, ya que el art. 53.2 CE, ofrece las mismas garantías para todos ellos, tanto el derecho a la libertad de expresión, información, honor e intimidad están a un mismo nivel. De ahí que, no sea posible establecer una jerarquía entre los distintos derechos que proporcione una solución *a priori*, o que permita solucionar las colisiones entre éstos de manera automática por lo que en caso de conflicto habrá siempre que realizar una labor de ponderación (STC 320/1994, FJ 2); reconociendo que prevalecerá uno u otro derecho en función de las circunstancias concretas del conflicto que se trata de resolver (STC 14/2003, FJ 5).

Ahora bien, la labor ponderativa entre los derechos o intereses fundamentales en conflicto no corresponde hacerla exclusivamente al TC, sino a todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales<sup>225</sup> a quienes corresponda

---

<sup>225</sup> Una decisión será jurisdiccional cuando se fundamente bajo parámetros, por un lado, estrictamente normativos, y por otro, jurídicamente sustentables; es decir, *la aplicación judicial del derecho, se basa en un modelo argumental en el cual se exige que la fundamentación obedezca, no al criterio personal del juez, sino a razonamientos con base empírica, inmediatamente ligados a las conexiones causales de las opciones normativas posibles*. La decisión jurisdiccional reviste de una imperatividad inmutable, en tanto acto de concreción argumentada de la norma a un caso concreto, y, por tanto, excluye la posibilidad de volver a tratar y decidir sobre el mismo objeto ya resuelto. Ello no significa que el Poder Judicial se encuentre exento de control, sino más bien, que el control de las actuaciones está previsto por el propio ordenamiento jurídico mediante la instauración de un sistema de recursos, por el cual el justiciable, ante cualquier agravio

resolver dicho conflicto (STC 214/1991, FJ 6); quienes tampoco pueden realizarla a su libre albedrío, sino que tienen que ajustarse a las directrices marcadas al efecto por el propio Tribunal Constitucional (STC 20/1990, FJ 2). Dando por supuesto que el máximo Tribunal tiene potestad para valorar si ha existido ponderación y si ésta ha sido convenientemente realizada de acuerdo con aquel contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de los derechos e, incluso, con potestad para anular aquellas sentencias con cuya ponderación no esté conforme (STC 240/1992, FJ 3; 286/1993, FJ 5), dado que ésta no es vinculante para el TC (SSTC 105/1990, FJ 4; 112/2000, FJ 5; 76/2002, FJ 2; 158/2003, FJ 2). Sin embargo, hay que hacer mención que no es común que el TC anule resoluciones judiciales por no estar de acuerdo con la ponderación realizada, sino porque en muchas ocasiones no ha habido ponderación; o porque tal ponderación ha sido deficiente<sup>226</sup>.

La actitud esquiva del Tribunal Constitucional frente al tema de la posición preferente de la libertad de expresión, se ha reflejado en sus sentencias. En un principio, el valor preferente del citado derecho se deducía tácitamente al destacar el lugar privilegiado de la libertad de expresión como presupuesto de todos los derechos fundamentales y por ende, del sistema democrático. Es hasta en la STC 165/1987, en su fundamento jurídico 10, que el TC calificó expresamente de preferente a la libertad de expresión sobre el derecho al honor. La principal justificación de la prevalencia del derecho a la libertad de expresión es la formación de la opinión pública libre, que presupone la discusión sobre temas de interés público.

Según HERRERO-TEJEDOR<sup>227</sup>, la tesis de la posición preferente de la libertad de expresión se basó en el reconocimiento de un *núcleo resistente* y

---

ocasionado por una actuación ilegal o inconstitucional por parte de los jueces y tribunales, pueda impugnar dicha actuación a efecto que el mismo juez o superior jerárquico, según sea el caso, la revoque, modifique o anule.

<sup>226</sup> SSTC 104/1986, 107/1988, 37/1989, 51/1989, 201/1990, 65/1991, 214/1991, 123/1992, 223/1992, 227/1992, 151/1993, 286/1993, 99/1994, 8/2000, 11/2000, 136/2000, 148/2001, 76/2002, 54/2004.

<sup>227</sup> Vid. HERRERO TEJEDOR, F., Op. Cit., 118.

constitucionalmente indeclinable, de un contenido mínimo imbatible, que en colisión con otros derechos constitucionales se mantiene siempre inalterado y mantiene su prevalencia.

Es siguiendo este criterio que el Tribunal Constitucional ha delimitado el núcleo duro de las libertades de expresión e información, es decir, unos parámetros definidores del contenido constitucional de los derechos de expresión e información, dentro de cuyos límites el ejercicio de tales libertades sería siempre prevalente.

Ese núcleo se determina a partir de dos elementos: a) el interés público, tanto de los temas como de los sujetos que son materia de información o de opinión; y b) la necesaria constatación de los límites internos del derecho, esto es, la veracidad en el caso del derecho a la información y la ausencia de excesos verbales, insinuaciones insidiosas o de expresiones vejatorias o innecesarias en la libertad de expresión<sup>228</sup>.

Ahora bien, se ha advertido a lo largo de la jurisprudencia constitucional que el TC, en algunos casos, alude expresamente a la posición preferente de la libertad de expresión (STC 101/2003, FJ 3) mientras que en otros prefiere hacer caso omiso de la misma (SSTC 42/1995, FJ 2; 11/2000, FJ 7; 158/2003, FJ 3; 54/2004 FJ 3), como si de alguna forma significase el abandono de dicha doctrina por parte del Alto Tribunal; sin embargo, se sigue haciendo referencia a sentencias más antiguas que establecen la tesis de la posición preferente (STC 46/2002, FJ 5).

En la actualidad el Tribunal Constitucional ya no alude recurrentemente a la posición preferente de la libertad de expresión, más bien resuelve el conflicto de derechos a partir de la delimitación de los contenidos constitucionalmente protegidos (SSTC 185/2002, FJ 2; 148/2002, FJ 5; 52/2002, FJ 4; 110/2000, FJ 4; 158/2003, FJ 2; 139/2007, FJ 5; 158/2009 FJ 2); así ha expresado: «el Tribunal Constitucional, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el eventual conflicto entre el derecho a comunicar información veraz y el derecho al honor, *determinando si*

---

<sup>228</sup> Vid. MARCIANI BURGOS, B., Op. Cit., 99.

*efectivamente se han vulnerado aquellos derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos» (cursiva suplido).*

En este sentido aunque no se hable de un derecho jerárquicamente superior, es decir de un derecho que se impone al resto de los derechos, se está hablando de un derecho preferente que se impone a los demás cuando se cumplen o respetan determinadas condiciones; que son los que a la larga coinciden con los requisitos que le dan su preferencia.

Ahora bien, sostiene DE OTTO Y PARDO, que la cuestión ponderativa reside en la «delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental»<sup>229</sup>.

De ahí que, en definitiva, lo que el Alto Tribunal realiza es una verificación de la delimitación del contenido de los derechos constitucionales que se encuentran en supuesto conflicto, «comprobar el correcto uso de uno de los derechos»; por ello, puede afirmarse que la ponderación de la que se habla no es tal. Porque, así como señala SÁNCHEZ GONZÁLEZ, si la ponderación consiste en fijar el ámbito de las libertades y derechos otorgando a cada uno su valor, habrá que colegir que una vez determinado aquél, el supuesto conflicto entre derechos no será tal, sino extralimitación o abuso de uno de ellos, lo que en definitiva excluirá cualquier ponderación ulterior<sup>230</sup>.

En este punto sólo quiero destacar que los problemas e interrogantes que plantea la ponderación –como técnica de resolución de conflictos– son numerosos y la doctrina ha sido muy crítica al respecto. Así, tanto CARBONELL

---

<sup>229</sup> Cfr. DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid 1988, 137. Asimismo MARTÍNEZ PUJALTE sostiene «más allá de los contornos que lo delimitan no puede existir protección constitucional del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección constitucional es absoluta, pues el derecho fundamental se impone a todos los poderes públicos». Cfr. MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid 1997, 53.

<sup>230</sup> Vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «La imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, número 12-13, 2003-2004, 369.

MATEU<sup>231</sup> como VIVES ANTÓN son de la opinión que «la tesis de la ponderación conduce, en suma, al indeseable resultado de que las leyes serán o no constitucionales según se ajusten o no a las ideas valorativas de cada juez en cada caso concreto, lo cual aboca el sistema a un indeseable decisionismo y genera demasiada inseguridad»<sup>232</sup>.

En relación al criterio de ponderación de intereses, VIVES ANTÓN niega la conveniencia de que la solución a ese conflicto deba surgir de los jueces, ni siquiera de los constitucionales y sostiene que: «un conflicto entre derechos fundamentales sólo puede solucionarse mediante el sacrificio parcial de alguno de ellos, esta solución podrá surgir de una Ley, en virtud del art. 53.1 y 81.1 de la Constitución española<sup>233</sup> que establecen que las reglas para solventar conflictos entre derechos fundamentales sólo puede ser establecidas por una Ley»<sup>234</sup>. Dicho autor se destaca por proponer un sistema propio de resolución de conflicto, que consta de los siguientes pasos<sup>235</sup>:

- 1) Determinación de los límites internos de los respectivos derechos, con el fin de excluir de antemano del ámbito del conflicto aquellos supuestos que, o no pertenecen al ámbito propio de la libertad de

---

<sup>231</sup> «Sería deseable evitarla [la ponderación] porque genera inseguridad y aboca al sistema a un inaceptable decisionismo». Cfr. CARBONELL MATEU, J. C., «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, número 18, Santiago de Compostela 1994-1995, 7-44.

<sup>232</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., citado por CUERDA ARNAU, M. L., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones Constitucionales», en *Poder Judicial*, número 56, Madrid 1999, 94.

<sup>233</sup> **Artículo 53.1.** Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a.

**Artículo 81.** 1. Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

<sup>234</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Libertad de expresión y derecho al honor», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada 1987, 254.

<sup>235</sup> *Ibidem.*, 256.



expresión, o bien no constituyen un ataque al bien o interés constitucionalmente legítimo de que se trate.

- 2) Examinar si concurren los presupuestos formales propios de las limitaciones a estos derechos. Es decir, ésta deberá establecerse en todo caso por Ley Orgánica y, tratándose de límites penales, deberá ajustarse a los demás principios constitucionales que rigen la definición de los delitos y la imposición de las penas.
- 3) Valoración acerca del carácter justificado o injustificado de la injerencia, ya que la libertad de expresión sólo puede ser limitada por el derecho al honor si concurren los elementos: a) de necesidad, que el límite sea necesario para la tutela del derecho o interés constitucional con el que entra en conflicto el derecho limitado; b) que sea adecuado para obtener la tutela; y, c) de proporcionalidad, en sentido estricto, esto es, que sea el medio menos gravoso para obtener la tutela.
- 4) Constatar que el límite en cuestión respeta el contenido esencial del derecho limitado, que representa en todo caso el límite de límites.

Con independencia que se comparta o no el sistema propuesto por VIVES ANTÓN, lo cierto es que –sin duda– el método de ponderación, presenta ciertos inconvenientes; pero en el caso que nos ocupa, es decir, frente al conflicto entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor, se ha advertido que –actualmente– se postula una interpretación constitucional armonizadora de los derechos fundamentales, mediante el recurso prudencial al contenido esencial y a la finalidad del derecho fundamental. La solución –en caso de conflicto– debe alcanzarse luego de delimitar el contenido esencial del derecho constitucional involucrado, partiendo del mismo texto constitucional, y también revisando aquellos otros dispositivos constitucionales directamente vinculados. Además, tomar en cuenta el alcance y finalidad atribuida por la Constitución a cada uno de los derechos en presencia, esto es, a los intereses que resultan ser objeto de protección jurídica, y a su propia naturaleza, es decir,

al modo en que es concebido o configurado el derecho. Finalmente, la determinación del contenido esencial del derecho se terminará de definir en función a las circunstancias del caso concreto, pues no podrá ser formulado de manera abstracta, con carácter de permanencia, sino en atención a cada caso en concreto.

## 2.3. Contenido y límites del derecho a la libertad de expresión

### 2.3.1. Contenido del derecho

Como ya se señaló *-supra-*, el *derecho a la libertad de expresión* se encuentra regulado en el art. 20 de la CE, y puede atribuírsele dos sentidos: *a) uno amplio*, en el que se entiende que la libertad de expresión es comprensiva de las diferentes «libertades» que se definen en los literales a), b), c) y d) del art. 20.1 CE; *y, b) uno estricto*, en el que la libertad de expresión ampara la expresión o difusión de ideas, juicios personales y subjetivos, pensamientos y opiniones, es decir, la reconocida sólo en el art. 20.1.a) de la CE<sup>236</sup>; dejando fuera las demás libertades reconocidas en los literales b), c) y d) del art. 20.1 de la CE, y que se describirán sucintamente a continuación, con el objeto efecto de destacar las diferencias con aquella.

#### ❖ **La libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b de la CE)**

Abarca dos formas de ejercicio de la libertad de expresión: por un lado, *la creación o producción artística y literaria*, que ampara la labor creativa de cualquier género, confirmando lo ya visto sobre la absoluta variedad existente en el ámbito de expresión tanto respecto a los medios a emplear como respecto del

---

<sup>236</sup> A esta libertad, el Tribunal Constitucional ha denominado «libertad de expresión en sentido estricto» (STC 51/1989, FJ 3), «libertad de opinión» (STC 104/1986, FJ 5) o simplemente «libertad de expresión» (STC 199/1987, FJ 12).

mensaje transmitido; y, por otro lado, la científica y técnica, cubre tanto las contribuciones de carácter teórico como las aplicaciones de naturaleza técnica o práctica<sup>237</sup>. El Tribunal Constitucional ha reconocido que es un derecho con contenido autónomo y una concreción de la libertad de expresión pero en ámbitos específicos (STC 51/2008, FJ 5) entre otras: «concreción del derecho a expresar libremente pensamientos, ideas y opiniones» (SSTC 153/1985, FJ 5; y 43/2004, FJ 5), una «faceta» de la libertad de expresión (ATC 152/1993, FJ 2), o un «ámbito» en que se manifiesta la libertad de pensamiento y expresión (ATC 130/1985, de 27 de febrero, FJ 2).

Ahora bien, MINTEGUIA ARREGUI señala que hay autores que defienden la constitucionalización del derecho de autor en su aspecto no patrimonial, en el art. 20.1. b) de la CE; mientras que otro grupo de autores niegan la calificación del derecho de autor como derecho fundamental, entendiendo que en el citado artículo sólo se tutela la libertad para crear obras artísticas y literarias, quedando fuera del ámbito de protección de este precepto los derechos que nacen tras la finalización de la obra<sup>238</sup>.

Según ESPÍN, conviene no confundir estas libertades [art. 20.1. b)] que son derechos constitucionales que se completan básicamente con el propio acto de la creación y expresión sin trabas; con los derechos de propiedad intelectual e industrial que son derechos *sobre la obra ya creada* cuyo objetivo es proteger los intereses patrimoniales del creador<sup>239</sup>.

#### ❖ La libertad de cátedra (art. 20.1.c de la CE)

---

<sup>237</sup> Vid. ESPÍN, E., «Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información», en *Derecho Constitucional, Tomo I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia 2007, 304.

<sup>238</sup> Vid. MINTEGUIA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, Madrid 2006, 25.

<sup>239</sup> La falta de relación entre el artículo 20.1 b) de la CE y los derechos de propiedad intelectual e industrial ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional (ATC 197/1982). Cfr. ESPÍN, E., *Op. Cit.*, 304-305.

Según el Tribunal Constitucional, este derecho es una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, que cada profesor asume como propias en relación con la materia objeto de su enseñanza, presentando de este modo un contenido, no exclusivamente pero sí predominantemente negativo (por todas, SSTC 217/1992, FJ 2; 179/1996, FJ 6; ATC 423-2004, FJ 3). Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación con la materia objeto de su enseñanza (STC 217/92, FJ 2). El derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan<sup>240</sup>.

SALVADOR MARTÍNEZ<sup>241</sup>, explica las dos notas más destacadas de la jurisprudencia constitucional sobre este derecho: en primer lugar, el reconocimiento de su titularidad, no sólo a los docentes universitarios, sino también a los docentes de niveles educativos no universitarios; y, en segundo lugar, su interpretación sistemática junto con los restantes derechos y libertades que se ejercen en el ámbito docente e investigador (la libertad de enseñanza, el derecho a la educación y la autonomía universitaria), interpretación de acuerdo con la cual el Tribunal considera que el contenido de la libertad de cátedra se ve necesariamente modulado por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente y el nivel educativo al que tal puesto docente corresponde (STC 5/1981, FJ 9 y 10).

#### ❖ La libertad de información (art. 20.1.d CE)

---

<sup>240</sup> Para ampliar sobre el tema véase: SATRÚSTEGUI, M., «Los derechos de ámbito educativo», en *Derecho Constitucional, Tomo I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia 2007, 395 y ss.

<sup>241</sup> Vid. SALVADOR MARTÍNEZ, M., «El derecho a la libertad de expresión», en *Derecho Constitucional*, abril 2010: [http://documentostics.com/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,406/Itemid,3/](http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,406/Itemid,3/).

Es un derecho autónomo que consiste en el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública, por cualquier medio de difusión» (por todas, STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ 2; y, 29/2009, FJ 4). Este derecho ampara la transmisión de hechos, datos o noticias (por todas, STC 52/2002, FJ 4). Por otra parte, los juicios valorativos forman parte del contenido del derecho a la libertad de expresión; mientras que si se trata de elementos fácticos se tratará de la libertad de información (SSTC 6/1988, FJ 5; 105/1990, FJ 4; 190/1992, FJ 5; 176/1995, FJ 2, entre otras); esta distinción es importante, para así poder aplicar las garantías de uno u otro derecho.

Hechas estas distinciones, a continuación se estudiará el derecho a la libertad de expresión en sentido estricto, advirtiendo que se hará constantemente referencia al derecho a la libertad de información porque guardan entre sí una íntima relación, aparecen entremezclados, a pesar de regular contenidos diversos. De esta forma se podrá, respecto al derecho a la libertad de expresión en sentido estricto, reconocer su alcance y limitaciones frente a conductas apologéticas de contenido penal.

#### *A. Doble dimensión constitucional de la libertad de expresión*

La libertad de expresión, al igual que los demás derechos fundamentales, goza de una doble dimensión: como derecho público subjetivo de libertad frente al Estado y como garantía institucional de una comunicación pública libre. Así lo ha expresado desde un primer momento el Tribunal Constitucional<sup>242</sup>. Ambas dimensiones (individual y social), poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente por el Estado de forma simultánea, para que el derecho sea realmente efectivo.

---

<sup>242</sup> SSTC 6/1981, FJ 3; 12/1982, FJ 3; 19/1996, FJ 2; entre muchísimas otras.

Este doble carácter adquiere singular relevancia en el caso de la libertad de expresión, pues está fuera de toda duda, la trascendencia que ésta reviste en el desarrollo de una sociedad democrática. Interesa resaltar que el art. 1 de la CE<sup>243</sup> propugna como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico el *pluralismo político* que se ve garantizada a través de la libertad de expresión, pues reconoce la existencia de diversas opiniones, diferentes puntos de vista y soluciones a los problemas; que son a su vez imprescindibles para la formación de una opinión pública libre, necesaria en una democracia.

Al respecto, CARMONA SALGADO señala como este doble carácter lleva consigo el deber del Estado de garantizar su satisfacción de acuerdo con las exigencias de libertad y pluralismo, no partiendo únicamente de una consideración individual, sino de la sociedad organizada en Estado democrático, en el que la opinión pública constituye garantía material y posibilita la evolución y desarrollo plural del sistema<sup>244</sup>.

En su *dimensión de derecho público subjetivo*, la libertad de expresión – posee un carácter negativo– que determina un ámbito de libertad frente al Estado en el seno del cual el individuo no puede ser importunado<sup>245</sup>; traduciéndose en el derecho a exigir del Estado una abstención o a que preserve determinados bienes permitiendo ciertas conductas<sup>246</sup>. La libertad de expresión es un derecho cuyo ejercicio pone al individuo en relación con sus conciudadanos, aspecto del que deriva su trascendencia política y relevancia institucional<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> **Artículo 1.1.** España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

<sup>244</sup> Vid. CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e Información y sus límites*, Madrid 1991, 21-22.

<sup>245</sup> Vid. ESPÍN, E., Op. Cit., 284.

<sup>246</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 42; DE OTTO Y PARDO, I., Op. Cit., 167; y, ESPÍN, E., Op. Cit., 284-285.

<sup>247</sup> Vid. ESPÍN, E., Op. Cit., 285.

Y es que no se puede desligar la libertad de expresión como complemento imprescindible para el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el ejercicio de los derechos de participación política (derecho al sufragio y el de constitución de partidos políticos); o como condición necesaria para otros derechos de libertad clásicos (libertad ideológica y religiosa, derecho de reunión o manifestación, entre otros). De ahí que si la libertad de expresión sufre alguna limitación, sin duda, tendrá repercusiones negativas en aquéllas.

En su *dimensión colectiva o de garantía institucional*, la libertad de expresión es un elemento esencial para la configuración de *la opinión pública libre*, y como tal, instrumento de garantía del pluralismo político, condición necesaria para el propio mantenimiento de una sociedad democrática<sup>248</sup>; lo que lo convierte a su vez en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática.

Así lo manifestó la jurisprudencia constitucional, cuando el TC resaltó la importancia de este derecho para «el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de representación democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política»<sup>249</sup>.

Y es que, en efecto, la garantía institucional de la libertad de expresión requiere no sólo una *actitud abstencionista* por parte del Estado; sino que además debe *fomentar y desarrollar una participación real y efectiva*<sup>250</sup> de sus ciudadanos en los asuntos públicos y permitir la formación de una opinión pública libre<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 43.

<sup>249</sup> STC 6/1981, FJ 3.

<sup>250</sup> STC 168/1986, FJ 2.

<sup>251</sup> Claro ejemplo lo encontramos en el párrafo 2 del art. 9 de la CE, que ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones necesarias para la participación de todos los ciudadanos en la vida política del país, derecho reconocido en el art. 23.1 de la CE. **Artículo 9.2.** Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. **Artículo 23.1.** Los ciudadanos tienen el derecho a

Para ello se requiere que el ciudadano sea informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. De ahí la especial protección que reciben las opiniones referidas a asuntos de interés general o relevancia pública.

Por otra parte, una de las manifestaciones de la relevancia institucional de la libertad de expresión en un sistema democrático es que le otorga un carácter preferencial entre los diversos derechos reconocidos en la Constitución<sup>252</sup>. En este punto cabe señalar que es precisamente la garantía institucional de este derecho, la que le permitió al TC poder argumentar la posición preferente de estas libertades frente al resto de los derechos fundamentales; no obstante, el mismo Tribunal ha ido matizando tal teoría, de modo que le niega una prevalencia a priori de unos derechos sobre otros<sup>253</sup>; debiendo en todo caso, analizar en el caso concreto si el ejercicio del derecho invocado se ha mantenido en el ámbito constitucionalmente reconocido y protegido<sup>254</sup>.

### ***B. La libertad de expresión en sentido estricto***

La Constitución en el art. 20.1 a) reconoce la libertad de expresión como el derecho «A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». De ahí que refiera la posibilidad de exteriorizar sin trabas cualquier manifestación intelectual, así como de no exteriorizarla; es decir, que lo que se protege es la injerencia injustificada por parte de los poderes públicos, quienes no pueden limitarla sino es legítimamente conforme a la ley y ésta conforme a la Constitución. Pues cualquier restricción previa proveniente de

---

participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

<sup>252</sup> Vid. ESPÍN, E., Op. Cit., 284.

<sup>253</sup> STC 107/1988, FJ 2.

<sup>254</sup> Por todas, STC 20/1992, FJ 2.



poderes o entidades públicas constituiría, en principio, una modalidad de censura prohibida por el art. 20.2 de la CE.

No hay que dejar de lado que este derecho también tiene eficacia frente a terceros; de ahí que las restricciones procedentes de los particulares, quedan excluidas por el art. 20.1 a) de la CE, salvo que constituyan supuestos legítimos de ejercicio de otros derechos [art. 20.4 de la CE].

En la doctrina, autores como OSORIO ITURMENDI, define la libertad de expresión como «el derecho a difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, los pensamientos, ideas, opiniones, cualquiera que sea su contenido. Puede utilizarse cualquier medio, ya sea verbal, escrito, ondas radioeléctricas o impulsos eléctricos, mediante acción dramática en presencia del público, etc.»<sup>255</sup>. Por consiguiente, el que exista contacto directo o no, entre quien ejerce el derecho y los receptores de la comunicación es indiferente, como también lo sería la mayor, menor o nula audiencia; pues este derecho protege al actor, independientemente del contexto en el que se expresa v. gr. en una plaza pública sin audiencia como en un estadio repleto de gente.

Por otra parte, es preciso destacar que la formulación del art. 20.1 a) de la CE respecto al objeto de protección de la libertad de expresión es bastante amplio, pues ampara «*pensamientos, ideas y opiniones*», que además de su contenido altamente subjetivo, implica la tutela toda manifestación de cualquier idea o concepción sobre personas, hechos, opiniones o ficciones. Aunado a esto, existe –conforme a la Constitución– una amplia gama de medios por los cuales se puede ejercer la libertad de expresión «*la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*», acogiendo la palabra y el escrito que son los medios por excelencia de la comunicación, pero también comprende cualquier otro medio técnico: impresos, medios audiovisuales, electrónicos, etc.

También es importante señalar que tanto la libertad de expresión en sentido estricto, como la libertad de información, tienen –ambas– como titular el

---

<sup>255</sup> Vid. OSORIO ITURMENDI, L., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites de la libertad de expresión», en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (1)*, XII Jornadas de Estudio, Madrid 1992, 666.

ser humano como tal<sup>256</sup>. Sin embargo, cabe reconocer que hay una categoría de ciudadanos que, por su profesión, ejercen más frecuentemente el derecho a comunicar información; no obstante, ello no les brinda privilegios en el ejercicio del mismo<sup>257</sup>.

Las libertades de expresión e información se confunden con frecuencia; sin embargo, son teóricamente distintas, en razón de su contenido y la esencia de cada una de esas libertades, aunque en la práctica resulte –en muchas ocasiones– complicado diferenciar opinión y hechos. De acá la importancia de delimitar también el contenido del derecho a la información, para intentar de alguna manera aclarar los ámbitos constitucionales de protección de cada uno.

La libertad de información, la encontramos regulada en el art. 20.1 d) de la CE y consagra el derecho a «A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Así, el *derecho a la información* puede definirse desde un doble aspecto: en su *vertiente pasiva* como el derecho a recibir información y en la *activa* como el derecho a comunicar. Lo anterior, debido a que la libertad de prensa permite el ejercicio de las libertades de opinión e información a través de los medios de comunicación social y por los profesionales que en ellos trabajan.

Este derecho está relacionado con la difusión de hechos, sucesos o acontecimientos de la realidad; es decir, la libertad de información se constituye como «un derecho al hecho», el *ius narrandi*; únicamente se pueden narrar hechos porque éstos presentan «una propia y exclusiva dimensión personal, temporal, espacial, estructural. En otros términos: una inequívoca individualidad, algo irrepetible. El concepto de hecho indica un momento aislable de la realidad humana y de la historia». En definitiva, la libertad de

---

<sup>256</sup> En sí la titularidad de los derechos a la libertad de expresión e información no han presentado mayores dificultades de interpretación, pues de tales gozan todos los ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, incluyendo a los extranjeros, de acuerdo con los Convenios y Tratados Internacionales firmados por España. Así, lo expreso el TC desde sus primeras sentencias STC 6/1981, FJ 4.

<sup>257</sup> Vid. ESPÍN, E., Op. Cit., 290. SSTC 6/1981, FJ 4; 105/1983, FJ 11; y 165/1987, FJ 10.

información es el derecho que todo ciudadano tiene a transmitir datos fácticos verdaderos<sup>258</sup>.

Según AGUILERA FERNÁNDEZ<sup>259</sup>, la única diferencia en el texto constitucional entre la libertad de expresión y la libertad de prensa, se refiere a la exigencia de la *veracidad* requerida a ésta última. Veracidad que opera como un límite al derecho a comunicar y recibir información, y que no es exigible respecto de la libertad de expresión, en cuanto la manifestación de ideas y opiniones no entren en conflicto con otros derechos constitucionalmente protegidos.

Por veracidad de una información ha de entenderse, en principio, la correspondencia de los hechos y circunstancias descritos con la realidad, al menos con sus elementos esenciales. Para que la información veraz tenga protección a nivel constitucional, se requiere que haya sido suficientemente contrastada antes de su divulgación, aunque luego pueda contener errores o inexactitudes<sup>260</sup>.

Sobre la exigencia de veracidad, MUÑOZ MACHADO<sup>261</sup> sostuvo: «La trascendencia constitucional del derecho de información, cuando se refiere a negocios y personas públicas, exige que la prueba absoluta de la verdad se module en un doble sentido: primero, convirtiendo en una carga común de los contendientes en un proceso por difamación la determinación de la verdad de los hechos; segundo, exigiendo a los periodistas o personas que hayan divulgado información desde los medios de comunicación, una actitud positiva hacia la verdad, de manera que puedan probar que han tratado de encontrar la verdad de los hechos de manera diligente y razonable, agotando las fuentes disponibles, con insistencia suficiente para que un profesional honesto pueda llegar a la razonable convicción de que lo que se publica es verdad. Si esta

---

<sup>258</sup> Vid. MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de Información y Derecho al Honor en el Código Penal de 1995*, Valencia 1999, 60.

<sup>259</sup> Vid. AGUILERA FERNÁNDEZ, A., *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información: (posibilidades y límites constitucionales)*, Granada 1990, 11.

<sup>260</sup> Vid. ESPÍN, E., Op. Cit., 292. Además véanse las SSTC 171/1990 y 172/1990.

<sup>261</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona 1988, 154-155.

actitud se da, aunque la información no sea totalmente exacta, queda protegida por la Constitución cuando se refiere a asuntos o personas de naturaleza pública. Lo exigible, en fin, es que no medie dolo o negligencia grave en la difusión de noticias difamatorias inexactas».

En ese sentido, *la libertad de expresión* lo es del pensamiento, se expresa lo que se piensa. Se expresan *opiniones*, siendo éstas subjetivas y, generalmente, indemostrables, ya que cada uno puede pensar una cosa. Por otro lado, la *información*, es distinta, pues se informa sobre *hechos*. Esos hechos podrán merecer a cada uno un juicio distinto, y entonces, cuando de juicios se trate, estaremos en el ámbito de la expresión. Pero la información no admite discusión: o se produjo un hecho o no se produjo, o se realizó de una determinada forma o de otra.

De lo anterior, se puede concluir que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que puedan considerarse noticiables<sup>262</sup>.

### **2.3.2. Límites del derecho a la libertad de expresión**

La concepción de *límites de un derecho* puede tener dos connotaciones, por una parte la determinación del contenido material del derecho, por otra parte, la imposición de restricciones al derecho. Así, dependiendo de la connotación utilizada, el concepto *limitación* consiste en poner fronteras a una cosa o una acción o fijar su alcance.

Los *límites internos* de un derecho fundamental son aquellos que derivan de la propia naturaleza, sentido, contenido y finalidad del derecho mismo; en

---

<sup>262</sup> STC 6/1988, de 21 de enero de 1988.

otras palabras, son los que delimitan cuál es el ámbito o contenido de ejercicio legítimo de un determinado derecho o libertad<sup>263</sup>. Dichos límites vienen establecidos por el propio Poder Constituyente de forma expresa o tácita; cuando se trata de una limitación tácita, dichos límites han de ser deducidos por medio de una interpretación lógica y teleológica del precepto constitucional.

En el mismo sentido, ABA CATOIRA señala que los límites internos no son en esencia límites al derecho (a su ejercicio), sino más bien elementos o criterios delimitadores de su contenido; dichos elementos se extraen de la Constitución, ya sea porque se encuentran detallados en su texto, o porque resultan de su interpretación sistemática por parte de los operadores jurídicos; en primer término, del legislador y, en última instancia, del Tribunal Constitucional<sup>264</sup>.

En cuanto a los *límites externos o inmanentes*<sup>265</sup> son aquellos que resultan de su relación con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos y buscan restringir el ámbito de ejercicio del derecho; y pueden encontrarse expresamente recogidos en la Constitución o pueden derivarse de ella<sup>266</sup>. O en

---

<sup>263</sup> Vid. MUÑOZ LORENTE, J., Op. Cit., 132.

<sup>264</sup> Vid. ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Valencia 1999, 128-134.

<sup>265</sup> La denominación de *límite inmanente* procede principalmente de la doctrina y jurisprudencia alemana cuya Constitución no permite que el legislador limite externamente un derecho fundamental si a ello no le habilita expresamente la Constitución. Dado que no siempre existe esa habilitación expresa, se ha recurrido a esta interpretación como habilitante general para que el legislador pueda realizar esa labor y conciliar los derechos fundamentales con otros bienes constitucionalmente protegidos y, para evitar que los derechos fundamentales se hagan valer de forma absoluta frente a otros bienes que no se encuentran expresamente concretados por el legislador constituyente como límites expuestos al derecho fundamental. La doctrina suele asimismo distinguir entre *límites inmanentes* y *límites externos*. No obstante, conviene precisar que el término «*límite inmanente*», encierra, al menos, dos significados completamente distintos: una parte de la doctrina utiliza esta expresión para designar aquellos límites que derivan de la necesidad de salvaguardar otros derechos y bienes constitucionales, mientras que otros autores la emplean para referirse a los límites que brotan del interior del propio derecho. La dicotomía límites inmanentes-límites externos se refiere sólo al segundo significado, es decir, a los límites inmanentes en sentido estricto. Con esta clasificación se plantea el problema de la existencia de determinados límites a los derechos fundamentales que derivan de la propia estructura interna del derecho, diferentes de los denominados límites externos, que restringen desde fuera el derecho. Vid. GARCÍA VITORIA, I., *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Valladolid 2004, 78.

<sup>266</sup> Vid. ABA CATOIRA, A., Op. Cit., 145-146.

otras palabras, dichos límites, estarían constituidos por aquellos bienes o intereses –individuales o colectivos– que pueden entrar en conflicto con el derecho fundamental y que pueden verse lesionados cuando aquel es ejercitado. Se concretan en todos los tipos penales protectores de los bienes jurídicos que puedan verse lesionados por el ejercicio de dichas libertades, siempre y cuando el legislador cumpla con ciertas condiciones formales o materiales para imponerlos<sup>267</sup>.

Por su parte, ABA CATOIRA denomina *límites implícitos*<sup>268</sup> a aquellos límites externos de un derecho que no son expresos<sup>269</sup>, sino que derivan de la

---

<sup>267</sup> En primer lugar, se requiere la existencia de una habilitación constitucional para la imposición de los límites externos. La segunda condición, es de carácter formal y viene determinada por la necesidad de que el límite externo venga impuesto por una norma con rango de ley. El tercer requisito, resulta ser de carácter material y consisten en la justificación de la imposición del límite en base a la protección de algún otro derecho o bien constitucional. En otros términos, esa limitación no puede llevarse a cabo de modo arbitrario sino, con la finalidad de garantizar que otros derechos o bienes constitucionales no resulten lesionados por el ejercicio del derecho fundamental que se pretende limitar. Y por último, la cuarta de las condiciones estriba en el respeto al contenido esencial del derecho a limitar. Así, el art. 20.4 de la CE establece límites externos: «*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*». En atención a dicha afirmación, es que el legislador ha previsto en el Código Penal la tipificación de conductas ilícitas en la que se atenta a tales derechos, por ejemplo: en caso del derecho al honor, entre ellas, el delito de difamación, calumnia e injuria.

<sup>268</sup> La autora llama límites implícitos a los límites inmanentes que son propios de la teoría constitucional alemana. Los límites inmanentes derivan de la Constitución y permiten delimitar o configurar el contenido del derecho. Se entiende que son inmanentes al derecho fundamental en cuestión porque las limitaciones provenientes de la protección de otros bienes jurídicos están siempre comprendidos en el contenido de cada derecho. Vid. ABA CATOIRA, A., Op. Cit., 135-137.

<sup>269</sup> Dado que no siempre cabe contar con una *habilitación constitucional expresa para limitar* los derechos, porque algunos se reconocen sin reserva de limitación, la limitación no puede fundamentarse más que en la tesis de que los *límites son inmanentes* al reconocimiento mismo del derecho de forma que también cuando se reconocen sin reserva de limitación específica pueden ser limitados por el legislador. Esta construcción, al hilo de la jurisprudencia constitucional, tiene como contrapunto que toda limitación tiene que venir avalada por la existencia de una realización de otros bienes o valores constitucionales que la legitimen. Vid. AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 14, enero-abril 1993, 22. En el mismo sentido, BACIGALUPO SAGGESE señala que «los derechos fundamentales no sometidos a reserva de limitación legal hallan sus límites en los derechos fundamentales de terceras personas, así como en otros bienes y valores de rango constitucional, cuando éstos entren en conflicto entre sí. El Tribunal califica a estos límites como «inmanentes», puesto que no los determina el legislador, como ocurre respecto de los derechos sometidos a reserva de limitación legal, sino que son «inmanentes» a la propia Constitución». Vid. BACIGALUPO SAGGESE, M., «La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la Sentencia

interpretación sistemática de la Constitución, restringiendo *-limitando-* el ejercicio del derecho, aunque no configuran su contenido.

En contraposición, HÄBERLE sostiene que los *límites inmanentes* no son impuestos desde el exterior, sino que provienen del interior del sistema de valores y bienes jurídicos reconocidos en la Constitución<sup>270</sup>. Dicha delimitación se obtiene del tratamiento jurídico del derecho en cuestión (del precepto que reconoce el derecho y que especifica su contenido), como de su relación con el resto de derechos y preceptos fundamentales, lo cual se logra a partir de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución<sup>271</sup>.

Con todo, cabe aclarar, que en adelante los conceptos que se utilizarán son aquellos que se refieren a los *límites internos* como delimitadores del derecho a la libertad de expresión, su contenido, naturaleza; y como *límites externos* [incluidos los *implícitos*] los que limitan el ejercicio del derecho y que surgen a partir del conflicto con otros derechos, bienes jurídicos o valores reconocidos constitucionalmente, ya sea que se encuentren establecidos expresamente en el texto constitucional o que puedan deducirse de su interpretación sistemática.

Ahora bien, como ya se señaló *-supra-* ningún derecho fundamental tiene carácter ilimitado y la libertad de expresión no es la excepción. La cuestión está en determinar si quien ha expresado algo o transmitido alguna información lo ha hecho o no ejerciendo ese derecho fundamental; es decir, si lo ha realizado dentro de los límites correspondientes.

---

del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)», en *Revista española de derecho constitucional*, número 38, año 1993, 305-306.

<sup>270</sup> Vid. HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el estado constitucional*, Granada 2003, 109.

<sup>271</sup> Vid. RETORTILLO BAQUER, M. Y OTROS, *Derechos fundamentales y constitución*, Madrid 1988, 137-150.

## A. Límites internos

Así, en relación a la *libertad de expresión*, se ha señalado que su ámbito es muy amplio ya que ampara todas las opiniones, excepto las vejatorias. Siendo así, las expresiones insultantes o claramente vejatorias e innecesarias para la exposición de la opinión son el único *límite interno de la libertad de expresión*. Cuando se usan tales expresiones, no hay colisión de derechos alguna, puesto que quien insulta o veja se sitúa fuera de la libertad de expresión. Entonces, para determinar si se ejerce la libertad de expresión lo único que hay que hacer, es precisar si se han utilizado o no, al expresar opiniones, términos insultantes; pues si no se ha hecho se estará en el ámbito de la libertad de expresión<sup>272</sup>.

En ese sentido, cabe aclarar, que la *relevancia pública* acerca de los temas sobre los que se emite opinión no representa un límite interno del derecho, sino un elemento a tomarse en cuenta al momento de la ponderación de los bienes con los que pueda entrar en conflicto el derecho a la libertad de expresión<sup>273</sup>. Así, puede entenderse que la protección constitucional dada a la libertad de expresión comprende también aquellas opiniones que carecen de relevancia pública, sobre la base del valor de la dignidad humana y el respeto al libre desarrollo de la personalidad, entendiendo que las expresiones son una parte esencial del ser humano, siempre que se realice sin excesos.

La *ausencia de excesos* en la libertad de expresión –como manifestación de ideas y opiniones personales–, supone la utilización de un lenguaje que, aunque en ocasiones pueda considerarse hiriente e incómodo, no transgreda los límites elementales del respeto a los demás ni afecte la dignidad del ser humano. Es

---

<sup>272</sup> STC 105/1990, FJ 4: «[la libertad de expresión] al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo *delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas*; campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica». En igual sentido las SSTC 204/1997, FJ 2; 134/1999, FJ 3; 6/2000, FJ 5; 11/2000, FJ 7; 110/2000, FJ 8; 112/2000, FJ 6; 297/2000, FJ 7; 49/2001, FJ 5; 148/2001, FJ 4; 204/2001, FJ 4; 20/2002, FJ 4; 181/2006, FJ 5; 9/2007, FJ4 y STEDH de 23 de abril de 1992, *Castells* c. España, § 46.

<sup>273</sup> Vid. MARCIANI BURGOS, B., Op. Cit., 126.



decir, que el derecho constitucional a la libertad de expresión no comprende, en principio, la manifestación de palabras o frases ofensivas, ni los insultos<sup>274</sup>. La jurisprudencia ha sostenido que el insulto no puede ser considerado como una manifestación del derecho a la libertad de expresión, pues resulta innecesario para la transmisión de una idea, en la medida que siempre existen otros modos, menos ultrajantes, de expresar una misma idea<sup>275</sup>. No obstante, podría tener cobertura constitucional en la medida que tenga relación directa con el asunto sobre el que se ha ejercitado la libertad personal<sup>276</sup>.

Lo determinante para calificar una expresión como insulto será apreciar no tanto su condición abstracta de insulto, es decir, si puede considerarse que una determinada palabra o frase es ofensiva para cualquier persona, sino la imposibilidad de establecer una relación entre la expresión ofensiva empleada y el tema de opinión en el caso concreto. Así, ciertas frases ofensivas no serán consideradas insultos en tanto guarden relación con el tema de opinión y sean necesarias a la exposición del mismo<sup>277</sup>.

Ahora bien, el requisito de la *veracidad* –límite interno del derecho a la libertad de información– no afecta a la libertad de expresión en la medida que las opiniones no pueden calificarse como verdaderas o falsas<sup>278</sup>. Esta exclusión de la prueba de la veracidad de las creencias y juicios de valor es inexcusable en un Estado democrático de derecho, basado en el pluralismo político e ideológico, en el que no hay dogmas ni verdades absolutas, sino muchas

---

<sup>274</sup> El Tribunal Constitucional ha señalado que «el art. 20.1 CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental». En las SSTC 134/1999, FJ 3; 6/2000, FJ 5; 11/2000, FJ 7; 110/2000, FJ 8; 297/2000, FJ 7; 49/2001, FJ 5; y 148/2001, FJ 4.

<sup>275</sup> Vid. MARCIANI BURGOS, B., Op. Cit., 131.

<sup>276</sup> El TC ha señalado que «quedarán amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público» SSTC 107/1988, FJ 4; 171/1990, FJ 10; 204/2001, FJ 4; 181/2006, FJ 5; 9/2007, FJ4. Pero que «no sean "formalmente injuriosas"» SSTC 107/1988, FJ 4; 105/1990, FJ 8; 200/1998, FJ 5; 192/1999, FJ 3; 9/2007, FJ 4. Ni «"absolutamente vejatorias"» SSTC 204/2001, FJ 4; 174/2006, FJ 4; 9/2007, FJ 4.

<sup>277</sup> Vid. MARCIANI BURGOS, B., Op. Cit., 132.

<sup>278</sup> Lo que exige el TC es la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. STC 113/1997, FJ 4.

verdades, todas ellas merecedoras de respeto y protección, pues enriquecen y hacen posible el propio sistema<sup>279</sup>.

En dicho sentido, el Tribunal Constitucional<sup>280</sup> sostiene que «La distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del art. 20.1 d) de la Constitución».

Por otro lado, en relación con el ejercicio de la *libertad de información* destinada a la transmisión de hechos sobre una persona o situación, aparece *la veracidad como límite interno* de dicha libertad<sup>281</sup>; advirtiéndose de inmediato que la misma utilización del término «límite» no es totalmente precisa, ya que se trata del requisito de «información veraz» contenido en el propio artículo 20.1. d) de la CE<sup>282</sup>. Así, ya que no toda transmisión de información es merecedora de tutela constitucional, conviene hacer referencia a los requisitos o características que le conceden tal protección fundamental y que para algunos autores<sup>283</sup> constituyen las condiciones que le otorgan preferencia a la libertad de información:

---

<sup>279</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 52.

<sup>280</sup> A través de la STC 107/1988, FJ 4.

<sup>281</sup> Como la define la STC 223/1992, FJ 2.

<sup>282</sup> Vid. ORENES RUIZ, J. C., *Libertad de información y proceso penal. Los límites*, Navarra 2008, 35 y 44.

<sup>283</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 49-56.

## I. *Interés público en la información*

El carácter público de lo informado exige que la información que se transmite sea de relevancia pública; es decir, que sea un hecho noticiable o noticioso<sup>284</sup>, todo hecho cuyo conocimiento puede tener interés para los ciudadanos, bien por las personas o las instituciones que intervienen en el mismo, bien porque objetivamente el asunto tiene trascendencia social, aunque sea meramente coyuntural<sup>285</sup>. La trascendencia de este requisito tendría su fundamento en la función de las libertades del artículo 20 de la CE como garantía de la formación de la opinión pública libre.

El requisito de la relevancia pública de la información deriva del contenido y finalidad de la libertad de información, pues la relevancia social del objeto de la información implica la contribución del informador de la opinión pública<sup>286</sup>. JAÉN VALLEJO ha expresado que no es fácil determinar con exactitud cuáles son aquellos *asuntos de interés público*, y no le parece necesario ni útil intentar la enumeración de los casos en los que podría concurrir aquél. El concepto de interés público es un concepto abierto y dinámico, que habrá de completarse en cada caso concreto<sup>287</sup>. No obstante, como asuntos de trascendencia pública podemos señalar a aquellos que atañen a la comunidad, al gobierno, actuaciones de los políticos, del Poder Judicial, finanzas públicas, etc.

En cuanto a la *persona objeto de la información* se refiere –básicamente– a la persona pública, es decir quienes ejercen cargos públicos o una profesión de

---

<sup>284</sup> No debe confundirse la relevancia pública con el carácter noticioso del hecho de que se informa, ni la determinación de esa relevancia pública puede quedar al arbitrio del medio de comunicación, pues, según declara en el fundamento jurídico 8, la STC 134/1999: «Ni son los medios de comunicación los llamados por la CE para determinar qué sea o no de relevancia pública, ni esto puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena (STC 20/1992, FJ 3). El artículo 20. 1 d) CE, al garantizar los derechos a comunicar y a recibir libremente información, no protege la satisfacción de la mera curiosidad de los que componen el público en general, sino el interés colectivo de la información, lo que no debe identificarse sin más con lo que para el medio de comunicación puede resultar noticioso (SSTC 105/1983, 159/1986 y 168/1986)».

<sup>285</sup> Vid. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid 2005, 425.

<sup>286</sup> STC 219/1992, FJ 3; 29/2009, FJ 4.

<sup>287</sup> Vid. JAÉN VALLEJO, M., *Op. Cit.*, 49.

notoriedad o proyección pública, quienes deben de soportar un mayor nivel de intromisión en su honor y en su esfera privada, respecto de quienes no poseen tal carácter<sup>288</sup>. Aún podría ocurrir que la persona implicada no se trate de un político o funcionario, sino de un particular que participa de un asunto de interés público, en este caso, el derecho a la libertad de información gozaría de tutela constitucional.

## II. Veracidad

El artículo 20.1 d) de la CE reconoce el derecho a comunicar libremente información «veraz»<sup>289</sup>. En la jurisprudencia constitucional se ha señalado: «Este Tribunal sostiene que el contenido constitucional del artículo 20.1.d CE consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información veraz. De este modo determinar qué debe entenderse por veracidad es de especial importancia para establecer si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional o si su actuación se sitúa fuera del campo de protección del mismo»<sup>290</sup>.

Por veracidad puede entenderse, en principio, la correspondencia de los hechos y las circunstancias descritos con la realidad, al menos con sus elementos esenciales<sup>291</sup>. Ahora bien, tal correspondencia no puede ser total, pues convertiría la garantía de la libertad de información en algo puramente teórico, supondría dejar sin contenido el ejercicio del derecho mismo. BACIGALUPO rechaza la exigencia de una veracidad total y objetiva como presupuesto del ejercicio legítimo de la libertad de información, aunque expresa que es necesaria «la realización por el autor de todas las comprobaciones necesarias para establecer la veracidad de la información. De tal forma que

---

<sup>288</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de julio de 1986, Caso *Lingens*.

<sup>289</sup> Sobre este límite puede verse: REBOLLO VARGAS, R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: Libertad de expresión e información y límites penales*, Barcelona 1992, 67 y ss.

<sup>290</sup> STC 51/1997, FJ 7.

<sup>291</sup> Vid. ESPÍN, E., Op. Cit., 292.

quien haya efectuado tales comprobaciones *antes* de actuar obrará en el ejercicio legítimo de los derechos contenidos en el artículo 20 CE, aunque *posteriormente* no se pueda demostrar la veracidad de la información o, inclusive, se pueda establecer que es inveraz»<sup>292</sup>.

La veracidad no es sinónimo de verdad sino de verosimilitud razonablemente indagada y diligentemente contrastada<sup>293</sup>. Pues si sólo se protegiese la información correcta, ninguno de los que transmiten estaría protegido, porque casi siempre las informaciones tienen cierto grado de inexactitud. La información veraz es la información responsable: la comprobada según los cánones de la profesión; es decir, que basta que el profesional demuestre que actuó con diligencia para comprobarla, que no obró con un temerario desprecio por la verdad.

De tal forma que el Tribunal Constitucional ha interpretado que la información es veraz, a los efectos de su protección constitucional, cuando ha sido suficientemente contrastada antes de su divulgación, aunque luego pueda contener errores o inexactitudes<sup>294</sup>. Además, el TC ha afirmado que no es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información<sup>295</sup>.

---

<sup>292</sup> Vid. BACIGALUPO, E., Op. Cit., 96.

<sup>293</sup> Vid. PÉREZ ROYO, J., Op. Cit., 422. Por su parte, MARCIANI BURGOS señala que «la veracidad, a diferencia de la verdad, no hace referencia a los hechos (lo que es correcto o exacto en los hechos), sino a una actitud del sujeto que transmite los hechos, una actitud que tiende a alcanzar la verdad, aunque en ocasiones yerre en su intento». Véase: MARCIANI BURGOS, B., Op. Cit., 119-120. Para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE «la cumplimentación o no del deber de veracidad y por tanto la inclusión o no dentro de la libertad de información no depende de la mayor o menor correspondencia con la verdad de lo afirmado, sino del grado de cumplimentación o no de la diligencia exigida. La protección constitucional de la información falsa pero diligente que lesiona otros bienes jurídicos respondería al principio del riesgo permitido justificado en la función que en nuestros modelos sociales desarrolla la opinión pública». Véase: BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: Especial referencia a su problemática jurídico penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLIV, Fascículo II, 1991, 348.

<sup>294</sup> SSTC 21/2000, FJ 5; 46/2002, FJ 6; 52/2002, FJ 6; 148/2002, FJ 5; 53/2006, FJ 6; y 29/2009, FJ 4.

<sup>295</sup> SSTC 192/1999, FJ 6; y 29/2009, FJ4.

## B. Límites externos

A continuación se hará referencia a los límites externos que, en contraposición a los internos, no derivan de la naturaleza misma del derecho ni lo delimitan, sino que resultan de la existencia de otros derechos, bienes jurídicos constitucionales o valores que limitan el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Para el caso, el artículo 20.4 de la CE, cita: «*Estas libertades tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título [Título I de los derechos y deberes fundamentales], en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia*».

En la doctrina, algunos autores<sup>296</sup> defienden que dichas limitaciones tienen una enumeración con catálogo abierto, pues el término «especialmente» se entiende en el sentido de que sólo tiene por finalidad llamar la atención sobre aquellos derechos que pueden ser más fácilmente desconocidos, pretextando el ejercicio de una libertad consagrada en el artículo 20; en otras palabras junto a los límites expresos, en el mismo plano constitucional, aparecerían otros límites, extraíbles, en principio, de todo el ordenamiento.

Por otra parte, parece más acertado, considerar –como lo hace otro grupo de autores<sup>297</sup>– que dicha enumeración es exhaustiva, especificando taxativamente qué límites puede establecer el legislador frente a aquéllos derechos; excluyendo, por consiguiente, la posibilidad de que otros conceptos distintos puedan ser invocados como límites. Así cualquier restricción a los derechos señalados en el art. 20 de la CE debe poder fundamentarse en los límites específicamente contemplados en el numeral 4 de tal disposición normativa.

---

<sup>296</sup> Vid. GALVEZ, J., «Art. 20», en *Comentarios a la Constitución*, dirigido por Fernando Garrido Falla, Madrid 2001, 399; GARCÍA HERRERA, M. A., «Estado democrático y libertad de expresión (I)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Número 64, Año 1982, 165.

<sup>297</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 57; y ESPÍN, E., Op. Cit., 306.

En otras palabras, la libertad de expresión –como cualquier otro derecho– encuentra sus límites en los demás derechos fundamentales, en otros bienes constitucionalmente protegidos, límites que el legislador puede haber concretado en las normas de desarrollo correspondientes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, así como el principio de proporcionalidad.

Para facilitar el estudio de los límites a la libertad de expresión señalados en el art.20.4 de la CE, se recurrirá a agruparlos en tres apartados:

***I. Los derechos reconocidos en este Título I, «especialmente», en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen.***

Estos derechos de la personalidad –que son a su vez fundamentales– no pueden considerarse como los únicos que justifican una limitación de la libertad de expresión, la Constitución los enumera a título enunciativo y nunca como *numerus clausus*. Lo que sí se puede afirmar es que tanto el honor, la intimidad y la propia imagen son los derechos más susceptibles de sufrir los eventuales excesos o abusos de una expresión libre, colisionando con mayor frecuencia respecto al resto de derechos fundamentales<sup>298</sup>. A partir de ello, será la ponderación judicial la técnica que se utilizará para dar solución al caso concreto, pues por ejemplo aunque el honor aparezca como un límite expreso por el art. 20.4 CE no significa que deba prevalecer siempre respecto del ejercicio de la libertad de expresión, ni tampoco que ésta se considere siempre prevalente debido a su carácter institucional, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre una y otro.

Los derechos de la personalidad a los que se está haciendo referencia reciben protección civil mediante la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de*

---

<sup>298</sup> Otros derechos fundamentales que han colisionado con la libertad de expresión son, por ejemplo, el derecho a la vida, que se puede poner en peligro por la divulgación de hechos u opiniones (STC 105/1983, FJ 9); el derecho a la igualdad, en los supuestos de expresiones racistas, sexistas o xenóforas; o el derecho al secreto de las comunicaciones.

*protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, de donde se prescinde de dar una definición de los mismos y enumera conductas de intromisión ilegítima en tales derechos<sup>299</sup>.

### *i. El derecho al honor*

El concepto de honor ha sido objeto de numerosas controversias, originadas frente a la dificultad de encontrar un concepto uniforme; sin embargo, hay acuerdo en la doctrina acerca de que el honor es una concreción de la dignidad personal y, por ende, atribuible a todas las personas. Y es que el honor es un derecho de la personalidad sin el cual no se concibe la dignidad inherente a la condición humana, de este modo, no puede concebirse el honor como el patrimonio de un determinado grupo de personas sino como algo consustancial a todo ser humano por el simple hecho de serlo.

Las *concepciones fácticas* distinguen el *aspecto objetivo del honor*, que incluye la consideración externa o social, la dignidad personal reflejada en la estimación de los demás, con independencia de que se ajuste o no a la verdad; y el *aspecto subjetivo del honor*, la consideración interna o individual, el sentimiento de la propia persona, su autoestima, con independencia también de que dicho concepto sea o no fundado<sup>300</sup>.

---

<sup>299</sup> Como se advertirá, esta normativa ha utilizado cláusulas muy amplias que han propiciado múltiples críticas por parte de la doctrina; así, tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas, entre otras: - La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. - La captación, reproducción o publicación por fotografías o películas de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en la propia Ley Orgánica 1/1982 (entre otros, i.- La publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o posean una proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; ii.- La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio). - La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios o comerciales. - La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona o menoscaben su fama.

<sup>300</sup> Las concepciones fácticas del honor pueden tener objeciones en tanto una reputación pueda que no coincida con la realidad, como pensar que una persona es honrada cuando en realidad no lo es; o se puede tener un sentimiento de honor superior a lo socialmente admisible, o carecer de ella. Vid. JAEN VALLEJO, M., Op. Cit., 150-151.



Por otro lado, la *concepción normativa* del honor, lo concibe como un derecho a ser respetado por los demás, que es inherente a la persona, con independencia de cualquier circunstancia, incluido el propio comportamiento del sujeto<sup>301</sup>. En otras palabras, es la pretensión de respeto como persona, que fluye de la dignidad personal, y que se puede ver disminuido y, por consiguiente, su protección jurídico-penal, como consecuencia de los propios actos de la persona<sup>302</sup>.

En cuanto al *concepto jurisprudencial*, a la luz del ordenamiento jurídico español, la Constitución garantiza el derecho al honor en el artículo 18.1 como derecho fundamental; y el Tribunal Constitucional ha señalado que el honor es un concepto jurídico normativo cuya precisión<sup>303</sup> depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, de ahí que sean los órganos judiciales los que dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege.

No obstante, la jurisprudencia constitucional no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que es un derecho que: «ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas. (...) En suma, el derecho al honor prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación, haciéndola desmerecer ante la opinión ajena, de modo que lo protegido por el art. 18.1 CE es la indemnidad de la apreciación que de una

---

<sup>301</sup> Vid. MERLO, M. E., *Delitos Contra el Honor, Libertad de Expresión y de Información*, Buenos Aires 2005, 21.

<sup>302</sup> Vid. JAEN VALLEJO, M., *Op. Cit.*, 154.

<sup>303</sup> El TC también lo ha llegado a calificar de «concepto jurídico indeterminado» STC 223/1992, FJ 3. Y la doctrina como «paradigma del concepto jurídico indeterminado», véase CARRILLO LÓPEZ, M., *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, Barcelona 1987, 50.

persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquella desearía tener»<sup>304</sup>.

En todo caso el Tribunal Constitucional ha establecido que «El denominador común de todos los ataques o intromisiones legítimas en el ámbito de protección de este derecho [al honor] es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas»<sup>305</sup>.

Del tratamiento dado tanto por la jurisprudencia constitucional como por la doctrina respecto del derecho al honor, se puede concluir que éste constituye una manifestación o atributo de la personalidad y dignidad humana, entendido como *el derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí mismo y ante los demás*; siendo sus caracteres: *derecho subjetivo privado*, en tanto se propone asegurar a las personas una de las facultades de su personalidad, el goce de su propia dignidad y estima, su carácter privado se destaca por el hecho que el ejercicio de las acciones para su defensa queda en manos de la voluntad del titular; *innato* porque se adquiere por el hecho del nacimiento y no se extingue con la muerte de la persona, no se requiere de acto jurídico alguno que motive se adquisición; *irrenunciable, inalienable, intransmisible, indisponible* pues el honor es un bien esencial no valorable económicamente, es de naturaleza orgánica ya que su exigencia ética impide que una persona sufra la degradación que constituiría la dejación de atributos propios e indeclinables de la personalidad, además que nadie puede transmitir su honor a favor de otra persona; *imprescriptible*, referido a la imposibilidad que el derecho pueda extinguirse por inactividad o silencio del titular.

---

<sup>304</sup> STC 14/2003, FJ 12. En la STC 219/1992, FJ 2, se reconoce al honor como «el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social sin que pueda (su titular) ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás».

<sup>305</sup> STC 223/1992, FJ 3.

El derecho al honor actúa como límite a la libertad de expresión excluyendo del ámbito protegido por ésta aquellas manifestaciones que se realicen utilizando expresiones vejatorias. El TC no ampara «el derecho al insulto», que la libertad de expresión no protege el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio<sup>306</sup>. Es cierto que la libertad de expresión ampara la crítica, incluso la crítica molesta, acerba o hiriente, pero la crítica de la conducta de una persona es cosa distinta de la utilización de expresiones injuriosas, que quedan fuera del ámbito protegido por la libertad<sup>307</sup>. Así, la respuesta penal, *ultima ratio* del sistema jurídico, debe estar únicamente reservada para constreñir aquellas conductas gravemente lesivas de las formas de convivencia y cuando se ha afectado intolerablemente valores esenciales de la vida en común. De tal forma, no es cualquier comportamiento que alguien estime inapropiado a su autovaloración la que tendrá verdadera capacidad ofensiva en los términos penales.

En el Código Penal vigente se aborda la regulación de los ataques contra el honor en el Libro II -Delitos y sus Penas-, Título XI -Delitos contra el Honor-, mediante los delitos de injurias [acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación] y calumnias [imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad], tipificados en los artículos 205 a 216 y la falta del art. 620.2 del citado cuerpo normativo.

De acuerdo con la argumentación del Tribunal Constitucional, hay insulto cuando la opinión incluye expresiones vejatorias «innecesarias» para la emisión del mensaje, a contrario sensu, si términos objetivamente insultantes son «necesarios» para la emisión del mensaje, puede estar protegido constitucionalmente; de ahí, que no se pueda razonar y fallar aplicando e interpretando exclusivamente los artículos correspondientes del Código Penal sin tener en cuenta, la proyección que sobre ellos tiene la libertad de expresión. En consecuencia, el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión ha

---

<sup>306</sup> SSTC 105/1990 FJ 8; 85/1992, FJ 4; 240/1992, FJ 8.

<sup>307</sup> STC 336/1993, FJ 6.

modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor penalmente sancionables, «ya que la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniurandi* para el enjuiciamiento de este tipo de delitos puesto que el valor superior o de eficacia irradiante que constitucionalmente ostenta la libertad de expresión traslada el conflicto a un distinto plano en el que no se trata de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión penalmente sancionada al derecho al honor, sino de determinar si el ejercicio de estas libertades actúa o no como causa excluyente de la antijuridicidad»<sup>308</sup>.

Al respecto, el Tribunal Constitucional mediante su jurisprudencia, v. gr. STC SSTC 85/1992, FJ 4 y 5, ha señalado que cuando existan conflictos entre derechos fundamentales como el honor y la libertad de expresión deben valorarse las circunstancias de todo orden que concurran en el caso concreto, debiéndose incluir: el contenido de la información, la mayor o menor intensidad de las frases, su tono humorístico, mordaz o sarcástico, el hecho de afectar a una persona titular de un cargo público, y si la lesión ha afectado al carácter de autoridad del lesionado, la finalidad de crítica política, la existencia o inexistencia de *animus injuriandi*, y el grado de intensidad de la lesión en el honor, entre otras.

Finalmente, destacar algunos aspectos relacionados con el derecho al honor:

a) En cuanto a la titularidad de este derecho son, en primer lugar, las personas físicas, por ser un derecho de la personalidad. Aunque también el Tribunal Constitucional les reconoce cierta reputación o autoridad moral de las instituciones públicas como valores que merecen protección penal, aunque no son exactamente identificables con el derecho al honor y que por ello gozan frente a la libertad de expresión de un nivel de garantía menor y más débil que el que corresponde a las personas<sup>309</sup>.

---

<sup>308</sup> STC 15/1993, FJ 1.

<sup>309</sup> SSTC 107/1988, FJ 2; 51/1989, FJ 2; y 121/1989, FJ 2.

b) El Tribunal Constitucional ha reconocido que la libertad de expresión también puede verse limitada por el derecho al honor de «grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rasgo dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso»<sup>310</sup>. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional resuelve el amparo promovido por doña Violeta Friedman a causa de la presunta vulneración de su derecho al honor como integrante del pueblo judío y en la STC 214/1991, fundamento jurídico 3, estimó una afectación del derecho al honor de la colectividad judía ante la manifestaciones ofensivas a dicho conglomerado de personas, pues estaban destinadas a menospreciarla y generar sentimientos de hostilidad.

Con esta sentencia, el TC reconoce que el significado personalista del derecho al honor no puede ser interpretado de forma que sólo haya conculcación de este derecho fundamental en los casos de difamación a personas concretas o identificadas puesto que también habrá vulneración del citado derecho en aquellos casos de agresiones a un colectivo de personas, siempre que las mismas trasciendan a sus miembros y éstos sean identificables individualmente dentro de la referida colectividad<sup>311</sup>.

c) Las personas jurídicas de Derecho Privado son titulares del derecho al honor, partiendo de su concepción objetiva en el sentido de la buena reputación. Así lo afirmó el Tribunal Constitucional a través de la STC 139/1995, en el que resuelve el recurso de amparo en defensa de su honor promovido por una compañía mercantil, en su fundamento jurídico 6, «aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas. (...) En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas».

---

<sup>310</sup> STC 176/1995, FJ 3.

<sup>311</sup> Vid. VIDAL MARÍN, T., «Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional», en *Revista para el análisis del Derecho*, 1/2007, [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona 2007, 13.

Y es que el TC señala que se puede establecer un ámbito de protección de la identidad de las personas jurídicas: cuando éstas desarrollan sus fines, así como también para proteger las condiciones de su ejercicio de identidad. Y es que como persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

Así, el TC deja sentado que las personas jurídicas, los entes colectivos en tanto que tales, son titulares de derechos fundamentales en general y, en concreto, del derecho fundamental al honor, lo que supone ampliar el círculo de la eficacia de los mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social.

d) Ahora bien, con relación a las víctimas de los hechos delictivos, no puede entenderse afectado el derecho al honor de las mismas porque se revele su identidad, cuestión distinta es que pueda quedar afectado su derecho a la intimidad. Tal y como indica la STC 127/2003, fundamento jurídico 6, debe rechazarse «resueltamente que la identificación de una persona como posible víctima de unos hechos presuntamente delictivos conlleve un escarnecimiento, humillación o desmerecimiento en la consideración ajena». Como acertadamente indica el TC, repugna los principios más elementales de nuestro ordenamiento que quien ha sido víctima de un delito pueda padecer una estigmatización por la revelación de tal circunstancia.

## *ii. El derecho a la intimidad*

El derecho a la intimidad personal y familiar, es una novedad del constitucionalismo español, y presenta un ámbito más reducido de protección que el concepto más amplio de *privacy*<sup>312</sup>, en el que por ejemplo, se incluye el

---

<sup>312</sup> El reconocimiento jurídico del derecho a la intimidad es más bien reciente y surge a partir de los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en torno al concepto anglosajón del *privacy*; su posterior desarrollo afirmó los diferentes ámbitos de protección del derecho. Así PROSSER – citado por Pérez Luño– distinguió 4 supuestos posibles de lesión: 1) la intromisión en la esfera o en los asuntos privados del sujeto; 2) la divulgación pública de hechos privados de carácter embarazosos; 3) la presentación o divulgación de hechos o circunstancias personales que colocan al sujeto bajo una falsa apariencia ante el resto de personas; y 4) la apropiación del

derecho a la imagen o al nombre. En ese sentido, en el derecho comparado se puede utilizar el término derecho a la vida privada, que aparece como más amplio que el de intimidad<sup>313</sup>.

La intimidad personal y familiar, puede considerarse como el reducto más privado de la vida del individuo, esto es, como aquéllos extremos más personales de su propia vida y de su entorno familiar, cuyo conocimiento está restringido a los integrantes de la unidad familiar<sup>314</sup>. Así pues, el derecho a la intimidad supone el derecho que tiene el sujeto a mantener reservado del conocimiento ajeno un ámbito de su vida<sup>315</sup>.

O'CALLAGHAN<sup>316</sup> sostiene que se puede profundizar en este derecho distinguiendo un *aspecto negativo*, como un modo de ser negativo de la persona respecto de los demás, que sería la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona; y un *aspecto positivo*, de control por su titular de los datos e información relativos a la propia persona. Ambos aspectos se funden, predominando el aspecto negativo, de prevalencia de su propio círculo, *erga omnes*, respecto a toda perturbación por tercero; es la salvaguarda del «espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas»<sup>317</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional destaca que el derecho a la intimidad, reconocido en el art. 18.1 de la CE, aparece como un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad y derivada de la «dignidad de la persona» y que implica la existencia de un «ámbito propio y reservado frente

---

nombre o de la imagen ajenos. Vid. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid 1999, 328-329; también desarrollado por O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid 1991, 88-90.

<sup>313</sup> El Convenio de Roma en su artículo 8.1, reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar; y la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 12 establece que: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia (...)».

<sup>314</sup> Vid. ESPÍN, E., Op. Cit., 230-231.

<sup>315</sup> «ciertas actividades, comportamientos, situaciones, datos o sentimientos» Vid. MARCIANI BURGOS, B., Op. Cit., 216.

<sup>316</sup> Vid. O'CALLAGHAN, X., Op. Cit., 87.

<sup>317</sup> SSTC 170/1987, FJ 4.

a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»<sup>318</sup>, podrá ser lesionada por la divulgación de hechos, pero no tanto por la divulgación de opiniones, cuyo límite natural es el honor de las personas y no su intimidad.

Para el Tribunal Constitucional *lo que garantiza* el art. 18.1 de la CE es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada<sup>319</sup>. Por otra parte, el art. 18.1 de la CE *no garantiza* una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo un poder jurídico para delimitar ese círculo privado y vedarlo, para una obtención ilegítima por parte de terceros, así como su revelación, divulgación o publicidad no consentida, y el uso o explotación de los datos de la vida privada sin autorización de su titular.

Es decir, implica «el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido<sup>320</sup>, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada<sup>321</sup>, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno<sup>322</sup>».

De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando: «la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada,

---

<sup>318</sup> SSTC 231/1988, FJ 3; 197/1991, FJ; 143/1994, FJ 6; 156/2001, FJ 4; 127/2003, FJ 7; 70/2009, FJ 2.

<sup>319</sup> SSTC 83/2002, FJ 5; 99/2002, FJ 6; 185/2002, FJ 3; 70/2009, FJ 2.

<sup>320</sup> SSTC 73/1982, FJ 5; 110/1984, FJ 3; 89/1987, FJ 3; 231/1988, FJ 3; 197/1991, FJ 3, 134/1999, FJ 5; 115/2000, FJ 4.

<sup>321</sup> SSTC 44/1999, FJ 4; 207/1996, FJ 4; 292/2000, FJ 16; 70/2002, FJ 10.

<sup>322</sup> SSTC 83/2002, FJ 5; 206/2007, FJ 5.



subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida»<sup>323</sup>.

Ahora bien, a efectos de la determinación del ámbito de protección del derecho a la intimidad en un caso concreto, la doctrina<sup>324</sup> entiende que debe tomarse en cuenta los actos propios del titular del derecho, pues aunque el derecho es irrenunciable e imprescriptible el sujeto puede, a través de los actos que realice, permitir el acceso de terceros a la esfera, en principio reservada, de su intimidad, a través por ejemplo de la puesta en conocimiento de terceros de datos de su vida íntima y los usos sociales imperantes.

El derecho a la intimidad en su relación con el derecho a la información, puede ceder dependiendo de ciertas circunstancias que deben ser valoradas en el caso concreto, como por ejemplo: el tipo de sujeto a que alude la información, es decir, si se trata de un personaje público (actores, cantantes, deportistas, etc.) o de una persona que no tiene relevancia pública; la relación de la información que se pone en conocimiento del público con los supuestos que han determinado la notoriedad del sujeto; el interés público en la información, etc.

Finalmente, conviene señalar la especial protección al derecho a la intimidad que merecen aquellas personas que han sido víctimas del hecho punible que es objeto de investigación. La información no puede constituirse en un vehículo a través del cual se infiera a las mismas un daño moral añadido al ya sufrido, al revelarse determinados aspectos de su vida privada que las propias víctimas no tienen ningún interés en que salgan a la luz, produciéndose una victimización secundaria, esto se produce sobre todo en los delitos contra la libertad sexual.

---

<sup>323</sup> STC 110/1984, FJ 10; 196/2004, FJ 2.

<sup>324</sup> Vid. ESPÍN, E., Op. Cit., 232; MARCIANI BURGOS, B., Op. Cit., 219.

### *iii. El derecho a la propia imagen*

El derecho a la propia imagen se encuentra reconocido en el art. 18.1 de la CE, y es un derecho autónomo<sup>325</sup>, con un contenido propio y específico; por tal razón, la vulneración a este derecho no conlleva en sí mismo, *per se*, afectación al derecho a los derechos al honor o intimidad; no obstante, su estrecha relación en tanto derechos de la personalidad. El derecho a la propia imagen tiene como fundamento la dignidad humana, la cual supone reconocer la capacidad de autodeterminación del ser humano; y trata de evitar la difusión incondicionada del aspecto físico de una persona<sup>326</sup>, ya que la imagen constituye el primer elemento configurador de la esfera personal. También se suele hablar del aspecto patrimonial del derecho a la propia imagen, que deriva de la explotación comercial de la misma, que no goza de protección constitucional<sup>327</sup>, aunque se le reconoce protección legal<sup>328</sup>.

En la doctrina, autores como O'CALLAGHAN definen el derecho a la propia imagen como «el derecho de reproducir y publicar la propia imagen y de impedir a tercero no autorizado a obtener, reproducir y publicar la

---

<sup>325</sup> STC 81/2001, FJ 2. En sus inicios, la protección jurídica de la imagen estaba ligada a la protección del honor o de la intimidad. En la doctrina norteamericana, la protección de la imagen aparece como un aspecto más del *privacy* (corresponde a uno de los 4 tipos de invasión de la privacidad). Vid. MARCIANI BURGOS, B., Op. Cit., 243. Como derecho autónomo lo destaca también: ORENES RUIZ, J. C., Op. Cit., 183.

<sup>326</sup>«Debe tenerse en cuenta que el aspecto físico, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo» SSTC 99/1994, FJ 5; 81/2001, FJ 2.

<sup>327</sup> «El conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen (...), no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen que consagra el art. 18.1 CE» SSTC 81/2001, FJ 2; 156/2001, FJ 6.

<sup>328</sup> Protección civil por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima «La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2». Respecto a la protección penal, se puede decir que no hay un delito específico que tenga por finalidad la protección de la propia imagen, no obstante el Título X del Código Penal está referido a los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen.

misma»<sup>329</sup>. Para ESPÍN<sup>330</sup>, consiste en la facultad de la persona de decidir respecto el empleo de su imagen, como medio de garantizar la capacidad del individuo de controlar, en la medida de lo posible, la difusión de un elemento tan personal como la propia efigie, de tal forma que no pueda emplearse ésta, con o sin finalidad de lucro, sin su propio consentimiento.

A nivel jurisprudencial, el derecho a la propia imagen «se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado»<sup>331</sup>.

Así, se advierte que el derecho a la propia imagen tiene dos dimensiones: una *positiva*, se refiere a la facultad que tiene el sujeto de determinar el uso de su imagen, es decir, a obtenerla, reproducirla o publicarla y también a permitir que otros lo hagan, ya sea en forma gratuita u onerosa<sup>332</sup>; y otra *negativa o de exclusión*, que implica la posibilidad que tiene el sujeto de prohibir la captación, reproducción y/o publicación de su imagen, cuando no medie consentimiento suyo para efectuar dichas acciones.

Esta doble dimensión del derecho a la propia imagen también es reconocida por la jurisprudencia constitucional, al señalar que el derecho a la imagen se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible, por parte de un tercero no autorizado<sup>333</sup>.

---

<sup>329</sup> Vid. O`CALLAGHAN, X., Op. Cit., 117.

<sup>330</sup> Vid. ESPÍN, E., Op. Cit., 231.

<sup>331</sup> SSTC 81/2001, FJ 2; 156/2001, FJ 6.

<sup>332</sup> Así lo indica también la STC 117/2004, FJ 3 «mediante la autorización del titular la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial».

<sup>333</sup> STC 156/2001, FJ 6.

## II. *La protección de la juventud y la infancia.*

El art. 20.4 de la CE hace mención expresa como límite «la protección de la juventud y la infancia», no se trata de un derecho sino de un objetivo que deriva de determinados valores, principios y derechos reconocidos en la Constitución<sup>334</sup>; además de ser un claro reflejo de la consideración que, en los actuales ordenamientos jurídicos, tienen los menores de edad como sujetos de derechos y de especial protección.

Los artículos 12 y 39.2 de la Constitución, contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de protección<sup>335</sup>, que velen por el desarrollo integral del menor en tanto sujeto de tránsito hacia la plena madurez. La condición de menor como persona en situación especial de vulnerabilidad tiene reflejo en el ordenamiento al otorgarle una protección de especial intensidad a través de la regulación de instrumentos jurídicos y numerosas instituciones, a través de las cuales trata de reforzar su protección.

El reconocimiento de una protección a los menores de edad se asume decididamente a nivel internacional, pues existen una serie de instrumentos jurídicos<sup>336</sup> suscritos a favor de la protección de los menores, suscritos por

---

<sup>334</sup> Se pueden considerar que tienen relación con: *los valores* reconocidos en el art. 10.1 de la CE dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad; *los derechos* del art. 27 de la CE derecho a la educación; y, los principios derivados de los arts. 39 y 48 de la CE protección integral de los hijos y promoción de las condiciones para la libre participación de la juventud en todos los aspectos de la vida colectiva.

<sup>335</sup> Que en un primer nivel pueden ser suministrados por los titulares de la patria potestad (art. 154 CC) o por sus sustitutos: tutores, guardadores; y en un segundo nivel, ya sea en defecto o por insuficiencia de los anteriores, por las instituciones públicas: en especial, entidades de protección de menores y ministerio fiscal.

<sup>336</sup> La *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989; la *Carta Europea de Derechos del Niño*, de 8 de julio de 1992; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 19 de diciembre de 1966, artículo 24, relativo a las medidas de protección que requiere el menor tanto de la familia como de la sociedad y el Estado; el *Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales*, de 19 de diciembre de 1966, específicamente en el art. 10.3 que obliga a adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, específicamente contra la explotación económica y social; *La Declaración Universal de los Derechos*

España y que conforme al art. 39.4 de la CE<sup>337</sup>, deberán ser observados para la protección de la infancia y juventud.

A nivel nacional, las medidas adoptadas por el legislador para la protección de la juventud y la infancia, con carácter general, no consisten en prohibir determinados mensajes, sino en:

a) Impedir el acceso de menores a dichos mensajes<sup>338</sup>, y a los locales en los que se vendan publicaciones pornográficas y objetos relacionados con el sexo y «contrarios a la moral y las buenas costumbres»<sup>339</sup>.

b) Exigir que los titulares de la patria potestad sean prevenidos del contenido de determinados mensajes y reservarles a ellos la decisión final sobre el acceso de los menores a los mismos<sup>340</sup>.

c) Regular el contenido de la programación televisiva destinada al público infantil<sup>341</sup>.

d) La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispensa una protección más intensa a los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen de los menores, disponiendo la intervención del Ministerio Fiscal y negando o estableciendo límites más estrictos a la prestación de consentimiento para el uso de la propia imagen o la revelación de datos referentes a la vida privada.

---

*Humanos*, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 25.2 reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales.

<sup>337</sup> Artículo 39.4 «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

<sup>338</sup> por ejemplo, a las salas especiales de exhibición cinematográficas, llamadas salas X, art. 1 Ley 1/1982, de 24 de febrero, reguladora de las salas de exhibición cinematográfica; vid. STC 49/1984.

<sup>339</sup> Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, sobre la regulación de actividades contrarias a la moral y las buenas costumbres. Art. 3. d) La entrada al local estará prohibida a los menores de dieciocho años, lo que se indicará mediante un cartel colocado en forma claramente visible en su puerta de acceso.

<sup>340</sup> STC 52/1986, FJ 6; voto particular de Rubio Llorente a la STC 189/1991, párr. 3.

<sup>341</sup> Art. 17. 1 de la Ley de Televisión sin Fronteras 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, que cita: «las emisiones de televisión no incluirán programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social».

ORENES RUÍZ<sup>342</sup> destaca la importancia del interés superior del menor como principio fundamental que puede ser utilizado en un eventual conflicto entre la libertad de información y los derechos de la personalidad. De tal forma que puede resultar que no baste la veracidad y el interés informado. Pues en determinados sucesos en los que está inmerso un menor de edad, sobre todo aquellos que revisten especial gravedad, constituyen un asunto de indudable relevancia pública, pero esto no legitima cualquier intromisión en la intimidad o en la propia imagen del menor. Antes al contrario, «estos derechos pueden constituirse en límites infranqueables cuando tales informaciones puedan ocasionar al menor un perjuicio, siendo contrarias a sus intereses»<sup>343</sup>.

Por otra parte, de la referencia constitucional a la protección de la juventud y de la infancia no cabe hacer ninguna atribución directa del papel de límites de las libertades de la moralidad: su incidencia en tal limitación sólo puede tener lugar a través de su repercusión en el orden público o en el proceso de formación y desarrollo de los jóvenes, esto es, a través de la lesión o puesta en peligro efectiva de bienes jurídicos<sup>344</sup>.

### *III. Los preceptos de las leyes que los desarrollan.*

Este aspecto de los límites a la libertad de expresión puede presentar más problemas que los otros, pues debe ajustarse a los límites establecidos en las leyes de desarrollo del Título I de la Constitución, constituyendo una garantía adicional a las otras reservas de ley existentes en los artículos 81.1 y 53.1 de la CE<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> Vid. ORENES RUIZ, J. C., Op. Cit., 200.

<sup>343</sup> SSTC 134/1999, FJ 6; 127/2003, FJ 7.

<sup>344</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: El problema de la apología del terrorismo», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 25.

<sup>345</sup> **Artículo 81.1.** Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

Ahora bien, los límites que el legislador puede establecer por esta vía son aquellas limitaciones que derivan del contenido esencial de otros derechos fundamentales, así como las que derivan de otros objetivos constitucionales expresos, como podría serlo la infancia y la juventud. Así, la jurisprudencia constitucional ha establecido que conforme una interpretación conjunta de los arts. 20.4 y 53.1 de la CE, «la ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el art. 20 de la Constitución»<sup>346</sup>.

Así, se pueden fijar otros límites que pueden afectar al contenido esencial de la libertad de expresión, a partir del artículo 10.2 de la Constitución<sup>347</sup>; es decir, recurriendo a Tratados y Convenios Internacionales firmados por España como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio de Roma, que coinciden en admitir las siguientes limitaciones legítimas: la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la protección de la moral, de la reputación y de los derechos ajenos.

#### *i. La moral y las buenas costumbres*

La moral pública es un concepto jurídico indeterminado que cambia de lugar en lugar y de tiempo en tiempo. Esto ha llevado a que los Tribunales Internacionales reconozcan un amplio margen de los Estados en la determinación del concepto de moral pública en los casos en que ésta es invocada como limitación a la libertad de expresión<sup>348</sup>.

---

**Artículo 53.1.** Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a.

<sup>346</sup> STC 66/1982, FJ 3.

<sup>347</sup> **Artículo 10.2.** Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

<sup>348</sup> STEDH de 7 de diciembre de 1976, Caso *Handyside*, párr. 48.

A nivel doctrinario, LLAMAZARES CALZADILLA define la moral pública como «conjunto de condiciones que, desde el punto de vista de la `bondad ética´, debe reunir el comportamiento de las personas y que, en pro del interés general, parece exigible en la sociedad. En este sentido, existe una moral social o general que informa a todo el ordenamiento jurídico. Así los Tribunales vinculan el concepto de moral a las nociones éticas o a la sensibilidad ética comunes o más generales en cada sociedad, sin perjuicio del legítimo pluralismo y tolerancia propios de la sociedad democrática»<sup>349</sup>.

Así se podría deducir que la moral pública alude a un sentimiento ético de la comunidad que puede jugar un papel importante para la convivencia social, puede estarse hablando de un mínimo ético sobre el cual exista algún tipo de consenso general.

Y es que, en el marco de una sociedad pluralista donde coexisten ideologías diferentes, no podemos hablar de un solo concepto de moral, sino de varias morales y el derecho no puede aceptar como punto de referencia válido una forma de moral salvo que ésta coincida o se identifique con la moral predominante<sup>350</sup>.

En la Constitución, la moral no se le reconoce expresamente como un límite al derecho a la libertad de expresión, como sí ocurre en Convenios y Tratados firmados por España, de acuerdo con los cuales se deben interpretar las normas constitucionales relativas a los derechos y libertades.

Y es que el Tribunal Constitucional ha afirmado que, a partir del art. 10.2 de la Constitución, y dado que el art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 19.3.b del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevén que el legislador puede establecer límites a la libertad de expresión con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral pública. Esto nos lleva a la

---

<sup>349</sup> Vid. LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid 1999, 308.

<sup>350</sup> Vid. DE LA MONTAÑA FRANCO, C., «La moralidad pública como límite a la libertad de expresión», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XI, Madrid 1994, 295.



conclusión, de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador español como límite de la libertad de expresión.

El TC reconoce que la moral pública –como elemento ético común de la vida social– es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Y concluye que admitir la moral pública como límite, debe estar rodeado de las garantías necesarias para evitar que un concepto ético, produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales<sup>351</sup>. Por ese motivo, a partir de los art. 10.2 y 18 del Convenio de Roma, se prevén dos tipos de garantías a la libertad de expresión: en primer lugar, exige que las medidas han de estar previstas en la Ley y que –además– sean «necesarias» en una sociedad democrática (principio de proporcionalidad); y en segundo lugar, la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

En la jurisprudencia constitucional cuando se habla de la moral como límite a la libertad de expresión, aludía a supuestos relacionados con la juventud e infancia; v. gr. STC 62/1982, fundamento jurídico 5, «la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *mínimum ético* acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese *mínimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de la publicidad y de la distribución, los destinatarios –menores o no– e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores, y el texto en la parte que se califique así trata de actuaciones o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores –aunque no lo sean exclusivamente– y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública, y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior».

---

<sup>351</sup> STC 62/1982, FJ 3.

Finalmente, señalar que el legislador ha establecido algunas medidas en las que la moral actúa como límite a la libertad de expresión: a) La tipificación en el Código Penal de delitos relativos a la moral<sup>352</sup>; b) La regulación de determinadas actividades contrarias a «la moral y las buenas costumbres»<sup>353</sup>: limitando los lugares en los que se puede hacer publicidad que contenga imágenes obscenas o expresiones contrarias a la moral; prohibiendo la publicidad de actividades contrarias a la moral; limitando los lugares de exhibición de publicaciones de carácter pornográfico; y exigiendo determinados requisitos a los lugares de venta de publicaciones pornográficas y de objetos relacionados con el sexo y contrarios a la moral o las buenas costumbres.

*ii. El orden público, la seguridad, la convivencia y paz social*

Conceptos como orden público y seguridad no suelen presentar definiciones claras o precisas por parte de la doctrina, en ocasiones se utilizan como equivalentes con otros conceptos como orden interno, seguridad exterior, seguridad pública y defensa nacional, entre otros. No obstante, estos conceptos están sometido a unos límites, en primer lugar, constitucionales, y al invocarlos es preciso tener presente el art. 10.2 de la CE, es decir la obligación de interpretar los derechos a la luz de las declaraciones de derechos internacionales.

En la doctrina, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR sostiene que «el orden público sólo puede ser un orden positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tenga traducción en las normas jurídicas. Así, sólo será constatable una perturbación del orden público si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades

---

<sup>352</sup> delito de escarnio público de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de las confesiones religiosas o de aquellos que no profesen religión alguna (art. 525 CP); y de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185 y 186 CP).

<sup>353</sup> Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, reguladora de actividades contrarias a la moral y las buenas costumbres.

de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de las competencias públicas reguladas en el Ordenamiento jurídico»<sup>354</sup>.

Para GONZÁLEZ MORALES el objetivo principal del orden público dentro de un Estado de derecho es asegurar el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales de la persona, aunque también persigue proteger una serie de instituciones propias del Estado, que a su vez, son instrumentales<sup>355</sup> a la realización efectiva de los derechos fundamentales. Dicho autor expresa: «el orden público sólo cumple una *función instrumental*, es decir, no posee un valor propios, sino que está destinado a salvaguardar determinados fines; el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales. La protección del orden público no aparece como un objetivo en sí mismo en un Estado de derecho»<sup>356</sup>.

Y es que LÓPEZ-NIETO Y MALLO, expresa que visto de esta forma, se puede afirmar que «*el orden público* en sentido amplio se nos presenta, en definitiva, como sinónimo de orden jurídico, del orden establecido por el Derecho, siendo posible establecer con base sólida una clara distinción conceptual entre orden público (protección libre del ejercicio de los derechos fundamentales) y *seguridad ciudadana* (protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas). La seguridad pública sería el concepto general que abarcaría al orden público y a la seguridad ciudadana»<sup>357</sup>.

El sentido restringido del orden público, como protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales, ha sido puesto de relieve por el

---

<sup>354</sup> Vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *Revista Vasca de la Administración Pública*, número 27, 1990, 9-25.

<sup>355</sup> A raíz de la anotada instrumentalidad del orden público, los eventuales conflictos que puedan surgir con algunos derechos fundamentales deberán resolverse a favor de éstos últimos –toda vez que el orden público no se encuentra en posición de igualdad con los derechos fundamentales, sino que está subordinado a éstos–, a menos que invocando el orden público se pretenda tutelar algún otro derecho fundamental. Vid. GONZÁLEZ MORALES, F., «Leyes de desacato y libertad de expresión», en *Cuadernos de análisis jurídico, serie de publicaciones especiales, Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, coordinadores Felipe González y Felipe Viveros, Santiago de Chile 2000, 230

<sup>356</sup> *Ibidem.*, 221-224.

<sup>357</sup> Vid. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., «Seguridad ciudadana y orden público», en *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Madrid 1992, 19.

Tribunal Constitucional español: «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público»<sup>358</sup>.

Así, determinados preceptos del Código Penal limitan la libertad de expresión para salvaguardar otros bienes jurídicos como el orden público, la seguridad, la convivencia y la paz social. No obstante, las restricciones impuestas en nombre de tales bienes deben responder a un riesgo real de daño a un interés legítimo que signifique que existe un riesgo significativo de daño inminente; que el riesgo sea de daño serio, es decir violencia u otra acción ilegal; que exista un vínculo causal cercano entre el riesgo de daño y de expresión; que la expresión haya sido hecha con la intención de causar el daño. Frecuentemente, la expresión en cuestión puede no representar un riesgo claro de daño serio al interés público y, sin embargo, ser sometido a sanciones penales; incluso a encarcelamiento.

Los delitos tipificados que limitan la libertad de expresión en orden a proteger los bienes antes mencionados son:

a) Los delitos que protegen de forma especial a determinados órganos del Estado frente al insulto, la injuria, la calumnia o la amenaza, concretamente: al Rey y a miembros de la familia real (arts. 490 y 491 CP), a las Cortes Generales (art. 496 CP), al Gobierno, Tribunal Constitucional, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Supremo o al Consejo de Gobierno o Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma (art. 504 CP); los delitos de ultraje a España o sus símbolos y a los de las Comunidades Autónomas (art. 543 CP); y la falta al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes (art. 634 CP).

El Tribunal Constitucional ha afirmado que «[la libertad de expresión] encuentran un límite indiscutible en la seguridad exterior e interior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se

---

<sup>358</sup> STC 19/1985, FJ 1.

deben reconocer y que expresan no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la Nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política»<sup>359</sup>.

No obstante, los políticos y funcionarios públicos deben estar obligados a tolerar un grado mayor de crítica.

b) Los delitos de apología, en los casos de terrorismo (art. 578 CP), rebelión (art. 472 CP) y sedición (art. 544 CP). Pero no se entiende como apología la información sobre estos hechos, incluso mediante la reproducción de comunicados enviados por las propias bandas terroristas<sup>360</sup>.

## 2.4. El Derecho de Reunión

A continuación se abordará brevemente el derecho fundamental de reunión, regulado en el art. 21 de la CE<sup>361</sup>, pues éste es consecuencia indispensable de la libertad de expresión. Y es que, en el origen de la libertad de reunión se sitúa la libertad de expresión<sup>362</sup> pues ésta tendría poco sentido si no se puede congregarse a otros para transmitirles lo que se quiere expresar.

Aunque la libertad de reunión es un derecho individual, ya que le corresponde a cada uno de los ciudadanos, su ejercicio solo se puede realizar de

---

<sup>359</sup> STC 51/1981, FJ 10.

<sup>360</sup> STC 159/1986, FJ 8. Como es sabido, tanto en la jurisprudencia ordinaria como en la constitucional se ha recurrido a la tesis del *reportaje neutral* para eximir de responsabilidad a quien se limita a reproducir las manifestaciones de un tercero, sin incorporar a esa descripción juicios de valor que demuestren que el relator asume el contenido de las mismas.

<sup>361</sup> **Artículo 21.** 1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

<sup>362</sup> «El derecho de reunión sirve también de cauce para el ejercicio de otros derechos como la libertad de expresión o los derechos políticos o sindicales, sin que quepa olvidar su vertiente societaria en tanto reflejo del carácter plural de la comunidad», véase: COLOMER VIADEL, A., «Garantías Constitucionales de la Participación y nuevos protagonismos sociales y políticos», en *Estudios Constitucionales*, número 144, México D.F. 1994, 160.

manera colectiva, cuando diversos ciudadanos se agrupan o reúnen motivados por objetivos en común. Las libertades colectivas se traducen, pues, en la formación de grupos, sean momentáneos (reuniones o manifestaciones), sean permanentes (asociaciones o sindicatos)<sup>363</sup>.

El derecho de reunión se trata de una libertad cuyo reconocimiento y régimen jurídico constituye un indicio significativo acerca del grado de protección y respeto a los derechos fundamentales existentes en un ordenamiento<sup>364</sup>.

GARCÍA MORILLO manifiesta que «el más elemental de los derechos políticos es, sin duda, el derecho de reunión: el reconocimiento del pluralismo político y de la libertad de expresar las propias opiniones apareja, forzosamente, el reconocimiento del derecho a transmitir a otros tales opiniones, a escuchar las ajenas y a obrar en consecuencia. La reunión pública es, pues, la forma más primaria de expresión del pluralismo, y la asistencia a ella la forma más embrionaria de participación política»<sup>365</sup>. La reunión es utilizada como una técnica directa de acción social y política, por ello existe una constante limitación por parte del Poder público, a través de la imposición de una serie de requisitos o condiciones para su ejercicio.

Sobre este tema el Tribunal Constitucional ha sostenido:

«El derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado. Es un derecho subjetivo de ejercicio colectivo que incide en el derecho y los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos, posibilitando, a veces, -la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, valores preeminentes cuya garantía y salvaguardia corresponden al poder público, lo que justifica la existencia de un deber de comunicar con antelación razonable como requisito

---

<sup>363</sup> Vid. PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., Y PENDAS GARCÍA, B., «Régimen Jurídico del Derecho de Reunión (Análisis de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de Julio)», en *Revista de Derecho Político*, número 22, 1986, 196.

<sup>364</sup> *Ibidem.*, 195.

<sup>365</sup> Vid. GARCÍA MORILLO, J., «Los derechos políticos: el derecho de reunión; el derecho de asociación», en *Derecho Constitucional, Tomo I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia 2007, 315.

indispensable de las reuniones y eventualmente la facultad de prohibirlas si concurren las circunstancias que constitucionalmente así lo determinan»<sup>366</sup>.

Las definiciones doctrinales del derecho de reunión son muy variadas. Así, PÉREZ SERRANO<sup>367</sup> lo define como «la facultad de congregarse con otras personas transitoriamente, fuera del domicilio habitual y para un fin común, que debe ser de carácter público».

COLLIARD<sup>368</sup>, sostiene que la reunión es «una agrupación de personas, organizada o susceptible de serlo, discontinua o momentánea, y que se produce con el fin del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas». Una definición menos amplia, la señala BISCARETTI<sup>369</sup>, para quien la reunión es «el ayuntamiento temporal y voluntario de varias personas en un lugar determinado, según un acuerdo previo y con un fin preestablecido».

Por su parte, VIDAL MARÍN<sup>370</sup> define el derecho de reunión como la posibilidad de agruparse en un lugar determinado, un número de personas, de manera temporal y con un mínimo de organización, las cuales han sido previamente convocadas con el objetivo de conseguir una finalidad lícita, consistente en el intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones. Este concepto también aplica a las manifestaciones pues éstas son un tipo específico de reuniones.

Para FLAQUER MONTEQUI, existe «reunión cuando se congregan determinados sujetos para tratar, de forma previamente convenida y de manera temporal, sobre cualquier asunto que, en principio, les concierne individual o

---

<sup>366</sup> STC 36/1982, 16 DE JUNIO DE 1982.

<sup>367</sup> Vid. PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho político*, Madrid 1976, 665.

<sup>368</sup> Vid. COLLIARD, C. A., *Libertes publiques*, 5ª edición, París 1975, 627; citado por: PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., Y PENDAS GARCÍA, B., «Régimen Jurídico del Derecho...», cit., 198.

<sup>369</sup> Vid. BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho constitucional*, trad. esp., Madrid 1965, 689; citado por: PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., Y PENDAS GARCÍA, B., «Régimen Jurídico del Derecho...», cit., 198.

<sup>370</sup> Vid. VIDAL MARÍN, T., «El derecho de reunión y manifestación», en *Anuario Parlamento y Constitución*, número 1, Castilla La Mancha 1997, 275.

colectivamente. En tanto que la *manifestación* supone la existencia ya de un cierto grado de presión, que se materializa por medio de una concentración, generalmente al aire libre, cuyo objeto es reivindicar o expresar una postura determinada»<sup>371</sup>.

De lo anterior, se tiene que el *derecho de reunión* consiste en la posibilidad que tiene un conjunto de ciudadanos de agruparse temporalmente con un objetivo común. En el ámbito político, la libertad de reunión se manifiesta en actividades como las manifestaciones públicas, marchas de protesta, mítines realizados con fines político-partidarios o electorales, etc.

En la actualidad, las reuniones cobran ahora más sentido de expresión de posiciones –las llamadas *manifestaciones*– que de congregación de personas para intercambiar ideas. En la sociedad democrática moderna el derecho de reunión se concibe fundamentalmente, por eso, como el *derecho de manifestación*<sup>372</sup>.

Según GARCÍA MORILLO<sup>373</sup>, el derecho de reunión puede ser distinguida de cualquier otra aglomeración humana atendiendo a cuatro caracteres básicos: 1) *la previa concertación*, que la diferencia de las meras agregaciones espontáneas, y que lleva aparejado un elemento subjetivo, de conocimiento de la reunión a que se asiste y de la finalidad que ésta persigue, así como de consciente voluntariedad de la asistencia; 2) *la temporalidad*, que la distingue tanto de la coincidencia momentánea cuanto de la más prolongada, que estará constituida por la asociación; 3) *la concordancia de objetivos*, o finalidad perseguida por la reunión, sin la cual carecería de sentido; y 4) *el carácter público*, más o menos abierto o restringido, que la diferencia de la reunión o celebración puramente privada.

En cuanto al contenido del derecho de reunión, el artículo 21 abarca exclusivamente la reunión pacífica y sin armas, y cuyo ejercicio excluye su sometimiento a autorización previa. Pero en los casos de reunión en lugares de

---

<sup>371</sup> Vid. FLAQUER MONTEQUI, R., «Los derecho de asociación, reunión y manifestación», en *Revista AYER*, número 34, Universidad Autónoma de Madrid, 1999, 155.

<sup>372</sup> Vid. GARCÍA MORILLO, J., «Los derechos políticos...», cit., 315.

<sup>373</sup> Ídem.



tránsito público, así como en las manifestaciones, el ejercicio se somete al régimen del preaviso a la autoridad que podrá prohibir la reunión en caso de riesgo del orden público que suponga peligro para personas o bienes.

En este último caso, el constituyente ha establecido un instrumento expreso de armonización entre su ejercicio y las eventuales restricciones a otros derechos que éste represente, de manera tal que la autoridad tome noticia del evento con antelación suficiente para que tome las providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito no se vea limitado más allá de lo estrictamente necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y, de ser el caso, proporcionalmente represiva, frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados.

Y es que, cuando se trate de reuniones que se desarrollan en lugares de tránsito público, solo podrán prohibirse cuando existan razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas y bienes; esto significa que no bastan las meras sospechas o suposiciones, sino aquello sobre lo que existen datos objetivos que sostengan suficientemente la razón de dicha limitación o prohibición y, en definitiva, que haya una alta certeza.

## CAPITULO III

### LEY PENAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CONDUCTAS

#### APOLOGÉTICAS

Cuando el art. 20.4 de la Constitución consagra que la libertad de expresión está limitada por «las leyes que desarrollan los derechos reconocidos en el Título I de la CE», entre ellas la ley penal, se había llegado a entender a nivel jurisdiccional que «la ley penal era un límite infranqueable de los derechos fundamentales contenidos en el art. 20 de la CE, al razonar que los derechos no son absolutos, sino que están sometidos a límites, entre los que se encuentra el de no cometer en su ejercicio las conductas tipificadas en el Código Penal»<sup>374</sup>; ello suponía que los intereses públicos que subyacen a las normas penales tienen un valor superior a los que subyacen en las normas de libertad.

Dicha interpretación fue negada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 159/1985, fundamento jurídico 6, que señalaba: «tanto las normas de libertad como las normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto de a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”».

Concluyó el TC que entre las normas que regulan la libertad y las que limitan su ejercicio son igualmente vinculantes y actúan recíprocamente; de modo que la fuerza expansiva del derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo. De ahí que se requiera que

---

<sup>374</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 1982 y Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1986.

los límites de los derechos fundamentales sean interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos.

Establecido lo anterior y reconociendo que la libertad de expresión es una de las bases fundamentales de una sociedad democrática, y como derecho no absoluto, puede restringírsele en circunstancias específicas; así, distintos cuerpos normativos –como el Código Penal– establecen limitaciones a la libertad de expresión, en la que diversos derechos y bienes constitucionalmente protegidos justifican este tipo de medidas. En la mayoría de los casos, la restricción se relaciona con la prohibición de difundir determinada idea o información, mientras que en otros se prohíben determinadas conductas que transmiten un mensaje. Si la apología se caracteriza por ser una forma típica de manifestación del pensamiento político, su incriminación no podrá ser contraria a lo establecido en el art. 20 CE.<sup>375</sup>

El Tribunal Constitucional ha establecido<sup>376</sup> que a «las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, 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 que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político».

No obstante lo antes dicho, existen figuras delictivas con las que legislativamente se ha llevado a cabo la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por la libertad de expresión; con una tendencia a restringir la libertad de expresión mediante el ensanchamiento del ámbito de

---

<sup>375</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., «Rasgos característicos de la regulación de la apología en la legislación española y en el ámbito europeo», en *Cuadernos de Política Criminal*, No 101, Segunda Época, 2010, 107.

<sup>376</sup> SSTC 105/1990, FJ 4 y 8; 235/2007, FJ 6.

aplicación de diferentes figuras delictivas que afectan este derecho fundamental y que son muy discutidas.

Al respecto se tienen: *la apología* del art. 18.1.2 CP que intenta proporcionar un concepto de apología delictiva, aplicable –como mínimo– a todos los supuestos en que se conmina con pena la apología como modalidad de la provocación a cometer delito junto a la conspiración y la proposición, y también a los tipos de la parte especial situados en la órbita de esta figura<sup>377</sup>. También se encuentran: *el reclamo público de acciones violentas, el enaltecimiento del terrorismo, el delito de propaganda y la apología del genocidio*, regulados en los artículos 170, 578, 579 y 607 del Código Penal, respectivamente, las citadas normas no castigan conductas de apología propiamente dicha pero su tipificación es cercana a ella de manera que resultan punibles conductas que ensalzan o encomian hechos o ideas sin llegar exactamente a constituir provocación directa en los términos estrictos del artículo 18.

Por ello, adquiere una especial relevancia dilucidar acerca de la legitimidad de la punición de ciertas conductas apologéticas en cuanto que no suponen afcción a ningún bien jurídico fundamental, respondiendo su inclusión en el actual código penal más bien a una reacción preventiva que trae consigo la intervención punitiva con la tipificación de conductas alejadas de lo que cabría exigir desde planteamientos garantistas<sup>378</sup>. Así se tienen:

---

<sup>377</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J., «Artículo 170», en *Comentarios al Código Penal, Tomo VI, Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Madrid 1999, 176-178.

<sup>378</sup> «En efecto, castigar a través de la figura de la apología conductas que en cierta forma son constitutivas de actos de cooperación a la realización de actos terroristas, no es aceptado por un amplio sector de la doctrina penal». Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., *Op. Cit.*, 107.

### 3.1. Apología<sup>379</sup>

El art. 18.1 apartado 2 del Código Penal dispone: «Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito».

Así, se advierte que la normativa penal recoge la apología en el catálogo de actos preparatorios y no como un delito autónomo; si es así, la apología sólo será punible en los casos que la ley así lo regule. Y dentro del catálogo *numerus clausus*, se incluyen los delitos de terrorismo (art. 579 del CP)<sup>380</sup>, quedando la penalidad de los actos preparatorios en este caso la apología, supeditada a la pena prevista para el delito que se pretenda provocar.

El legislador otorga formalmente sustantividad propia a la apología para reglón seguido dejarla sin sustantividad material, en tanto la equipara conceptualmente a la provocación, dejándola sin ámbito específico de aplicación material<sup>381</sup>.

Según GARRO GARRERA<sup>382</sup>, la única apología que puede ser sancionada debe cumplir con determinados requisitos, que irían encaminados a garantizar que la apología no criminalice cualquier tipo de disidencia:

- a) *Incitación idónea e inequívoca para hacer surgir la resolución delictiva*: es decir, y como señalaba la STS 2/1997, de 29 de noviembre, «la

---

<sup>379</sup> El estudio pormenorizado de la *apología delictiva* del art. 18.1 párr. 2 del Código Penal, se encuentra comprendido en los Capítulos V y VI de esta obra (*supra*); razón por la cual, en este apartado se esbozará brevemente esta figura jurídico-penal.

<sup>380</sup> Art. 579 «1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».

<sup>381</sup> Para más detalle véase: el Capítulo VI sobre el tratamiento jurídico de la apología, específicamente en el apartado 6.2.4. (*supra*)

<sup>382</sup> Vid. GARRO GARRERA, E., «La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo», en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, dirigidos por José Luis de la Cuesta e Ignacio Muñagorri, Instituto Vasco de Criminología, País Vasco 2008, 363.

manifestación apologética (...) ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que pueda determinar a otros la perpetración del delito».

De ahí que siguiendo lo dispuesto por la STC 199/1987, la manifestación pública de elogio, de apoyo o de solidaridad con determinadas acciones delictivas no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los supuestos como provocadora de tales actividades. Por ejemplo: El TS consideró que los comunicados emitidos por la Mesa Nacional de HB calificando los asesinatos de Múgica y Tomás Valiente como una “respuesta” encuadrada en el contexto de un “conflicto entre la represión española y Euskal Herria” y proponiendo como solución la denominada “Alternativa Democrática”, «no expresan sino opiniones y creencias (...) que tienen cabida en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión y que no pueden verse coartadas por la acción penal ejercitada, en la medida que no suponen, expresamente, la manifestación pública de solidaridad con una actividad delictiva que se dirija y sea apta o capaz de provocar su perpetración»<sup>383</sup>.

- b) *Proyección sobre una generalidad*, es decir, la provocación deberá dirigirse a una masa indeterminada de sujetos, sin que se requiera relación personal alguna entre quien provoca y los receptores del mensaje. De ahí que se aluda a la exposición de cualquier medio de difusión, o ante una concurrencia de personas. En otras palabras el hecho expresivo ha de ser de carácter público.
- c) El *dolo del autor* que deberá alcanzar el carácter incitador de su conducta.

---

<sup>383</sup> STS 2/1997, FJ 30.

### 3.2. El reclamo público de acciones violentas

La disposición penal que regula el reclamo público de acciones violentas cita: «**Art. 170.1.** Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior. **2.** Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de *bandas armadas*<sup>384</sup>, organizaciones o grupos terroristas».

El antecedente de esta norma penal se encuentra en el artículo 496 bis del Código Penal de 1973. Posteriormente el art. 170 del Código Penal de 1995, se reformó mediante la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio (BOE de 16 de junio de 1998)<sup>385</sup>, que incorporó legislativamente el apartado 2 de dicho artículo; con esto, según la Exposición de Motivos, se pretendía “cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (...) y la apología que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico”.

Luego, el apartado 2 del art. 170 CP resultó modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (BOE del 26 de noviembre), que endureció la pena prevista para la infracción, que pasó de ser de «arresto de siete a dieciocho fines

---

<sup>384</sup> Esta expresión de *bandas armadas* fue suprimida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE del 23 de junio), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con entrada en vigor a los seis meses de su publicación.

<sup>385</sup> «Alegando la necesidad de hacer frente a los altercados que suelen protagonizar personas del entorno ideológico de ETA, vitoreando las actividades terroristas y aprovechando en muchas ocasiones la convocatoria de manifestaciones realizadas por grupos pacifistas como señal de protesta o como apoyo a las víctimas del terrorismo, lo que acaba provocando el natural enfrentamiento entre unos y otros». Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «Terrorismo y libertades políticas», en *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico, El Estado de Derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo*, número 3, 2008, 30.

de semana, o multa de seis a doce meses» a «prisión de seis meses a dos años». Además de aumentar la pena privativa de libertad prevista, desaparece la posibilidad de la multa como alternativa a la prisión, lo que consolida la línea político-criminal seguida por el legislador en materia de terrorismo. Siendo la última reforma, la realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE del 23 de junio), mediante la que se suprime la expresión de *bandas armadas*.

Así se tiene, que la LO 2/1998 modificó el art. 170 CP en un doble sentido, a saber:

- 1) Amplía el número de destinatarios de la amenaza que justifica la aplicación de la agravante, así frente el anterior precepto que rezaba «habitantes de una población, grupo étnico o a un amplio grupo de personas»; la nueva redacción cita: «habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo o profesional o a cualquier otro grupo de personas», constituyendo ésta una descripción más amplia.
- 2) Se añade un apartado segundo relativo a la incitación a la violencia de bandas armadas u organizaciones terroristas.

En cuanto al *apartado 1 del art. 170 CP*, el ensanchamiento del radio de acción de los destinatarios de la norma tiene una dirección política-criminal dirigida a entender como comportamientos graves aquellos hechos delictivos que se fundan en motivaciones racistas o xenófobas.

Al respecto, sostiene PRATS CANUT<sup>386</sup> que la modificación de los sujetos destinatarios de la amenaza de la presente agravante específica encuentra una *ratio* político-criminal sólida, y que conecta con la preocupación social manifestada en los últimos tiempos por comportamientos de contenido racista o xenófobos. Por otra parte, este autor también hace referencia a que la anterior redacción de la disposición acarrea problemas interpretativos para integrar

---

<sup>386</sup> Vid. PRATS CANUT, J. M., «Artículo 170», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2009, 255.



normativamente los conceptos de *grupo étnico o grupo amplio de personas*<sup>387</sup>, en cuanto a la extensión de su contenido. Mientras que la nueva redacción, caracteriza a una serie de colectivos fundada en motivos de distinta índole que los dota de personalidad propia de tal suerte que se justifica la existencia de una tutela específica, basada en la idea de no discriminación; es así, que dicho artículo expresa un listado ejemplificativo de destinatarios que concluye con una cláusula de cierre «*cualquier otro grupo de personas*» que en una interpretación coherente debe ser entendida como agrupación de personas que tengan un vínculo de análoga significación a los anteriormente citados<sup>388</sup>.

Asimismo, la referencia a la *gravedad necesaria* debe entenderse orientada a la idoneidad de la amenaza para producir los efectos intimidatorios a los destinatarios, en este caso a los habitantes de una población, grupo étnico o grupo amplio de personas y no a la entidad del mal con el cual se amenaza. PRATS CANUT señala que «dicha referencia resulta superflua, ya que la idoneidad de la amenaza es un requisito implícito de todas las amenazas, tal como lo habían entendido la doctrina y la jurisprudencia»<sup>389</sup>.

Los tribunales han sancionado, como amenazas de este tipo, las pintadas en edificios con expresiones como «ha llegado tu hora» referidas a determinadas personas (STS 259/2006, de 6 de marzo). La STS 149/2007, de 26 de febrero, ha precisado que el delito del art. 170. 1 requiere cuatro requisitos: 1º. Amedrentar anunciando algún mal; 2º. Ese mal constituye un delito; 3º. La amenaza se dirige a un grupo de personas. Por tanto, el sujeto pasivo es colectivo; y 4º. Las amenazas son idóneas para atemorizar.

BARQUÍN SANZ, es de la opinión, de que el contenido del delito regulado en el art. 170 del Código Penal, se encuentra una manifestación del llamado

---

<sup>387</sup> «Por *grupo étnico* habrá que entender aquellos colectivos que encuentran su vínculo en la raza, la cultura o la lengua, pero más complejo resulta delimitar el concepto de *grupo amplio de personas*, pues, o bien se busca una solución fácil, meramente *descriptiva*, en el sentido de pluralidad de personas, o por el contrario, al dato numérico se le busca un criterio *material* en función del cual dichas personas se encuentran agrupadas, que puede ser de muy diversa índole: razones de tipo político, religioso, orientación sexual, profesional, etc.», Vid. PRATS CANUT, J. M., «Artículo 170», cit., 255.

<sup>388</sup> *Ibidem.*, 256.

<sup>389</sup> *Ibidem.*, 255.

Derecho penal simbólico, o de una disposición que en ocasiones merece mejor «el calificativo de propagandística y supersticiosa»<sup>390</sup>.

El apartado 2 del art. 170 CP, se trata de un precepto que, aunque no incluye ninguna referencia expresa a la apología ni a ninguno de los verbos típicos con que suele describirse esta figura, pertenece al mismo ámbito político-criminal, es decir, el de la punición de conductas consistentes en alabar, provocar, incentivar la comisión de graves hechos delictivos.

Cabe mencionar, que la regulación de la apología suscita problemas que en términos de adecuación a los principios garantistas que informan al Derecho penal, como el respeto a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad y culpabilidad; por tanto, a partir de dicha referencia no parece razonable ampliar la punición de comportamientos que evocan la apología y por tanto los problemas que ésta ocasiona se ven agravados en términos garantistas.

Desde la perspectiva *política-criminal*, algunos opinan que esta disposición carece de la misma y que responde más a una exigencia estrictamente coyunturalista, que a una seria reflexión de cómo abordar el fenómeno terrorista<sup>391</sup>; otros sostienen que a pesar de que tiene un perfil normativo autónomo, su virtualidad punitiva es muy escasa, motivo por el cual su carácter es más simbólico que real<sup>392</sup>.

En cuanto a la *técnica legislativa*, se evidencian algunos problemas, entre los que cabe resaltar que este segundo apartado del art. 170 (que constituye una *modalidad delictiva autónoma*) se incorpora a un precepto cuyo fundamento reside en definir una *circunstancia agravante* del delito de amenazas. El único paralelismo con la agravante estriba en que el art. 170.2 exige que los que reclamen dichas acciones violentas, han de hacerlo con la misma «finalidad y

---

<sup>390</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J., «Artículo 170», en *Comentarios al Código Penal, Tomo VI, Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Madrid 1999, 171-172.

<sup>391</sup> Vid. PRATS CANUT, J. M., «Artículo 170», cit., 256.

<sup>392</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J., «Artículo 170», cit., 180.

gravedad» que justifican la previsión de la agravante del art. 170.1 CP. La dificultad radica en que cada apartado (primero y segundo del art. 170 CP) responde a una lógica distinta, resultará difícil determinar normativamente el alcance de dichas finalidades y la gravedad a la que ambos apartados aluden<sup>393</sup>.

CUERDA ARNAU manifiesta que resulta ciertamente difícil delimitar cuál deba ser su ámbito de aplicación y que es un tipo penal caracterizado por la inconcreción, que a juicio de algunos autores podría «facilitar una aplicación policial y judicial imprevisible e incluso selectiva»<sup>394</sup>. A pesar de las dificultades para definir el ámbito de operatividad específico del precepto, parece claro que el legislador pretendía cubrir las lagunas del denominado «terrorismo de baja intensidad»<sup>395</sup>, aún cuando la doctrina coincide en señalar que este precepto no viene a cubrir ningún ámbito de impunidad injustificado<sup>396</sup>.

Ahora bien, la estructura típica del apartado 2 del artículo 170 del Código Penal dispone de tres elementos: 1) el reclamo público a la realización de acciones violentas; 2) que dicho reclamo se haga con la finalidad de atemorizar a un colectivo; y, 3) con una gravedad exigida en el primer apartado.

El *primer elemento*, es el que suscita mayores problemas por la ambigüedad inherente a la conducta y por las dificultades para diferenciarla de otras de contenido parecido. BARQUÍN SANZ<sup>397</sup> señala que el art. 170.2 CP, tiene sustantividad porque abarca conductas que no eran punibles antes de su entrada en vigor, consistentes en la reclamación en público de la comisión de actos terroristas, con determinados requisitos.

Sin embargo, su naturaleza es compleja ya que se encuentra sistemáticamente ubicada en el seno de los delitos de amenazas, aunque no

---

<sup>393</sup> Vid. PRATS CANUT, J. M., «Artículo 170», cit., 257.

<sup>394</sup> Vid. CARBONELL-MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra la libertad», en *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 208.

<sup>395</sup> *Ibidem.*, 207.

<sup>396</sup> Vid. PRATS CANUT, J. M., «Artículo 170», cit., 257.

<sup>397</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J., «Artículo 170», cit., 179.

reúne las características propias de este grupo de delitos y, por otra parte, posee un claro parentesco con la apología del delito<sup>398</sup>. Frente a esta situación, se pueden citar las diferencias que presenta la conducta regulada en el art. 170.2 respecto de la del art. 18 del Código Penal, pues en aquél *no se exige el empleo de medios cualificados de difusión*, que es lo que distingue este delito de la provocación propia y de la apología como forma de provocación. Otra de las diferencias radica en el hecho de que el art. 170.2 CP *no requiere que las manifestaciones constituyan una incitación directa a cometer un delito*<sup>399</sup>.

Por su parte, RUÍZ LANDÁBURU sostiene que ambas disposiciones cubren ámbitos típicos parcialmente coincidentes. Al respecto, indica que el reclamo público de acciones violentas es bastante más amplio, pues en el mismo se pueden incluir no sólo los reclamos directos sino también los indirectos y no sólo la comisión de delitos concretos, sino también las peticiones de actos genéricos que impliquen violencia, aunque lo restringe a los sujetos a los que se dirige el reclamo<sup>400</sup>.

CUERDA ARNAU considera insostenible que se interprete que en el art. 170.2 CP tienen cabida tanto las incitaciones indirectas como las directas, pues el término **reclamar** –sinónimo de pedir algo o llamar a algo– no equivale a incitar *directamente*. Y es que el art. 170.2 del CP, no regula de manera expresa que las manifestaciones constituyan una incitación directa a cometer delito, es decir, no exige ningún requisito adicional a los ahí establecidos, en cuanto a la eficacia motivadora de la provocación.<sup>401</sup>

En cuanto a *la diferencia que existe entre el art. 170.2 y el art. 578 del Código Penal*, hay que partir de la idea que en ambos preceptos la conducta central está referida a la apología de las actividades terroristas; no obstante, el art. 170.2 CP

---

<sup>398</sup> Vid. PRATS CANUT, J. M., «Artículo 170», cit., 257.

<sup>399</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J., «Artículo 170», cit., 179.

<sup>400</sup> Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid 2002, 65.

<sup>401</sup> COBO DEL ROSAL señala que el artículo 170 se trata de reclamar públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, lo que en definitiva no constituye un supuesto de apología. Vid. COBO DEL ROSAL, M., «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en *Cuadernos de política criminal*, N° 76, 2002, 113.

tiene un elemento típico distintivo como es la *finalidad perseguida y la entidad de la gravedad*, mientras que el art. 578 en relación al 18 CP se *caracteriza por la difusión del mensaje y la incitación directa*<sup>402</sup>.

En definitiva, y como afirma CUERDA ARNAU<sup>403</sup>, el ámbito de aplicación de este precepto (art. 170.2 CP) parece circunscribirse a «una conducta de incitación no directa pero idónea para crear un clima amenazante capaz de afectar al sentimiento colectivo de tranquilidad». Por lo tanto, el art. 170.2 sería el espacio para las «llamadas genéricas indeterminadas e inconcretas a la violencia contra un grupo indeterminado de personas»<sup>404</sup>. El problema que se detecta es que el precepto termine aplicándose a supuestos de mero apoyo ideológico, pretendiendo ver en ellas una llamada a la violencia.

Por su parte, el *segundo elemento*, referido al requisito de la finalidad, requiere la presencia de un elemento subjetivo consistente en el fin de atemorizar a un colectivo<sup>405</sup>.

Finalmente, el *tercer elemento*, es decir en cuanto a la gravedad que exige la disposición penal, algunos autores dudan a qué se refiere<sup>406</sup>, pero que puede entenderse como la suficiente gravedad para motivar a los terroristas a actuar; pero al ser una conducta cercana a las amenazas, también se puede concebir como la gravedad necesaria para conseguir la finalidad de atemorizar a un conjunto de personas.

---

<sup>402</sup> «Por tanto, PRATS CANUT manifiesta que cada precepto posee notas distintivas propias que hace difícil resolver la concurrencia de ambos en base a los principios de especialidad o consunción y podría llegarse a la solución técnicamente correcta, pero político-criminalmente incongruente, del concurso de delitos, que a mayor abundamiento se vería amparada por la distinta ubicación sistemática de ambos preceptos y por tanto, en el plano formal, por la existencia de bienes jurídicos diferenciados». Vid. PRATS CANUT, J. M., «Artículo 170», cit., 258.

<sup>403</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «Terrorismo y libertades políticas», cit., 81.

<sup>404</sup> Desde el pronunciamiento público de consignas en relación a ataques a posibles objetivos (autobuses, concesionarios, bancos, etc.), hasta increpaciones del tipo “ETA, adelante” o “ETA, échalos de Euskadi”, o, incluso, “ETA mátalos”, siempre y cuando, conforme a lo dicho, no aparezca concretado el sujeto pasivo de la acción, en cuyo caso su sede propia sería la provocación.

<sup>405</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J., «Artículo 170», cit., 179.

<sup>406</sup> Ídem.

Con todo, para que pueda configurarse la conducta de reclamación pública de acciones terroristas, el art. 170.2 CP exige: la finalidad de atemorizar a un grupo colectivo de personas y de forma lo suficientemente grave como para conseguir ese objetivo. Sin embargo, como bien señala BARQUÍN SANZ, frente a estos requisitos típicos de la conducta resulta difícil demostrar la conexión entre la pública adhesión a la actividad terrorista e incluso la formulación de deseos de que las bandas en cuestión sigan en su empeño, por un lado, y la finalidad, configurada como elemento subjetivo del tipo, de atemorizar a un grupo de personas<sup>407</sup>.

No cabe duda que la existencia de estas conductas comportan un notable impacto social, pero no parece adecuado que sea el derecho penal la vía idónea para tratar de erradicar estos problemas.

En definitiva, la reforma dada en el art. 170.2 CP se presenta como innecesaria y, además, como poco acertada tanto desde la óptica político-criminal como por su trascendencia dogmática<sup>408</sup>.

### 3.3. Enaltecimiento del terrorismo<sup>409</sup>

Mediante la promulgación de la Ley Orgánica 7/2000, de 24 de diciembre de 2000, se reformó el Código Penal de 1995 y se incorporó un tipo específico de apología en el artículo 578 que al tenor literal cita: *«El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia,*

---

<sup>407</sup> Ídem.,

<sup>408</sup> Vid. PRATS CANUT, J. M., «Artículo 170», cit., 257-258.

<sup>409</sup> Esta figura delictiva constituye el objeto de estudio de la presente investigación, su desarrollo se encuentra comprendido en los Capítulos VII y VIII de esta obra (*supra*).

*durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código».*

Así, la apología se configura como un tipo autónomo, al margen de lo dispuesto en el artículo 18.1 párrafo 2 del CP, que además no se exige que constituya una incitación directa a delinquir. Y que en efecto la doctrina no ha acogido con agrado este precepto que no es sino una forma para castigar expresiones que no lleguen a ser idóneas para provocar delitos.

Existe división en la doctrina sobre la compatibilidad de la figura delictiva con el derecho fundamental a la libertad de expresión.

CARBONELL MATEU<sup>410</sup> considera que esta figura es de «indefendible constitucionalidad», por cuanto se trata de una limitación a la libertad de expresión que va mucho más allá de lo que es lícito reprimir; otros como RUÍZ LANDÁBURU<sup>411</sup>, defienden su constitucionalidad sobre la base de la idea de la «ponderación de intereses en juego», en virtud del cual debe entenderse justificada la restricción del derecho fundamental cuando en el castigo de la conducta apologética existe un mayor interés social que en el ejercicio de aquél, atendiendo para ello al bien jurídico atacado por la conducta y la gravedad e intensidad del ataque, tomando como base las necesidades sociales imperantes en un determinado momento, y por supuesto, la enorme relevancia del derecho fundamental en juego.

Si bien puede ser legítimo prohibir la incitación al terrorismo o a actos del terrorismo, los Estados no deben emplear términos imprecisos como “glorificación”, “enaltecimiento” o “alabanza”. La incitación debe ser entendida como una llamada directa a participar en actos de terrorismo, con la intención de promover el terrorismo, y en un contexto en el que la llamada sea

---

<sup>410</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C., «Terrorismo», en *Derecho Penal, Parte Especial*, coordinado por Vives Antón, Valencia 2004, 1050.

<sup>411</sup> Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación y apología...*, cit., 78.

directamente responsable del aumento de los riesgos reales de un “acto terrorista”.

La criminalización de la expresión *directa* a incitar o provocar la ejecución de actos terroristas, ya está previsto en varios Estados y no es discutible. Por otro lado, la criminalización de la *apología*/glorificación de actos terroristas de manera más general es más complicada. La criminalización de esas expresiones implica un predecible y claro riesgo de abuso, debido a la penalización general de la expresión de ideas u opiniones que no son “aprobadas” por la mayoría, sin que ello pueda dar lugar a la comisión de un acto terrorista. Este problema es particularmente agudo en relación a los delitos que no llegan a la real de «incitación» como *apología*, exaltación o justificación del terrorismo.

Finalmente, cabe mencionar que la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, no se ha modificado el tipo penal contenido en este artículo.

### 3.4. Delito de propaganda

Con la reforma penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, se ha añadido un párrafo segundo al artículo 579.1 CP<sup>412</sup>, que tipifica los actos preparatorios en los delitos comprendidos en los artículos 571 a 578, en los términos que a continuación se indican:

#### **Artículo 579.-**

1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores.

---

<sup>412</sup> El legislador para la creación de este tipo penal invoca en su preámbulo, apartado XXIX de la LO 5/2010, como justificación la Decisión Marco 2008/919/JAI, para cual cabe decir que falta a la verdad, pues ésta sólo demanda la inclusión de la «**provocación a la comisión de un delito de terrorismo**», entendida como difusión de mensajes destinados a inducir a la comisión de delitos terroristas, un comportamiento que ya estaba tipificado en el Código Penal y que es distinto del que ahora ha incluido en la reforma; pues, una cosa es inducir, y otra alentar o favorecer.



Cuando no quede comprendida en el párrafo anterior o en otro precepto de este Código que establezca mayor pena, la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo [Cap. VII en el Título XXII del Libro II (arts. 571 a 580 CP)], generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión, será castigada con la pena de seis meses a dos años de prisión.

Se trata, entonces, de una *infracción de peligro*: los mensajes o las consignas deben estar directamente vinculados con el riesgo de comisión<sup>413</sup>. Esta nueva regulación es mal recibida por la doctrina<sup>414</sup> quienes la califican de errada y claramente inconstitucional; además, de los problemas que generará su aplicación.

Esta nueva figura tipifica hechos con independencia de que exista una llamada apta e idónea a la realización de una conducta delictiva, que sea un delito reconocible como tal; es decir, no exige que promueva directamente la comisión de delitos de terrorismo, esta circunstancia es lo que la diferencia de la provocación exigida en el art. 18.1 del Código Penal.

VIVES ANTÓN Y CARBONELL MATEU, señalan que «el modo en que se castiga la difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas, por el simple hecho de que incrementen el riesgo de la comisión de los delitos de que se trata no acaba de poder coonestarse bien con el standard del claro e inminente peligro, que parece ser el mínimo exigible porque se trata de un tipo que coarta la libertad de expresión»<sup>415</sup>.

Al respecto, algunos autores<sup>416</sup> señalan que se contradicen las normas generales en materia de actos preparatorios punibles en el ordenamiento

---

<sup>413</sup> Vid. LEFEBVRE, F., «Delitos contra el orden público», en *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, Madrid 2010, 1685; CANCIO MELIÁ, M., «Capítulo 61. Delitos de terrorismo», en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, dirigidos por Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac, Valencia 2010, 530.

<sup>414</sup> Ídem.

<sup>415</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., Y CARBONELL MATEU, J. C., «Actos preparatorios», en *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª Edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia 2010, 795.

<sup>416</sup> Vid. LEFEBVRE, F., «Terrorismo», en *Memento práctico Francis Lefebvre. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, Madrid 2010, 612-613.

jurídico español y se adelantan todavía más las barreras de punición, al introducirse un concepto amplio de provocación, siguiendo la Decisión Marco 2002/745/JAI art. 3.1.a), en la redacción dada por la Decisión marco 2008/919/JAI<sup>417</sup>, que también incluye la provocación indirecta (genérica) a la comisión de delitos.

Ahora bien, esta nueva figura delictiva (art. 579.1 párr. 2º CP) es difícil distinguirla de la contenida en el art. 170.2 CP, del delito de reclamación pública de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas, con la finalidad de atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas, siempre que tales reclamaciones tuvieran la gravedad necesaria para conseguir dicha meta.

La doctrina sostiene que atendiendo al tenor literal de los dos preceptos, el requisito para delimitar ambas conductas debería ser el siguiente: en esta modalidad agravada de amenazas (art. 170.2), a diferencia del nuevo art. 579.1 párrafo 2º, se requiere una *especial finalidad*, «consistente en atemorizar a un colectivo». Por tanto, esta figura es ley especial en relación con la nueva modalidad de terrorismo, es decir, tiene todos los requisitos que también se enumeran en el art. 579.1 párrafo 2º y, además, se exige que se persiga un determinado propósito (y que las conductas que se reclaman sean violentas)<sup>418</sup>. Frente a esta circunstancia, al existir una *relación de especialidad*, lo más racional

---

<sup>417</sup> Según el cual se entenderá por **provocación** a la comisión de un delito de terrorismo, «la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de los delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos».

<sup>418</sup> «Ciertamente, podría defenderse que el CP art. 579, a diferencia del CP art. 170.2, exige que la difusión pública de consignas que favorezca la ejecución de delitos de terrorismo genere o **incremente el riesgo de su efectiva comisión**. Sin embargo, el CP art. 170.2 requiere que la reclamación pública de acciones violentas por parte de grupos terroristas tenga la gravedad necesaria para conseguir atemorizar a un colectivo, lo que sólo ocurrirá cuando sea objetivamente idónea para generar o incrementar el riesgo de efectiva comisión. Ningún colectivo puede sentirse atemorizado si no es creíble que puedan ejecutarse las conductas que se reclaman públicamente». Vid. LEFEBVRE, F., «Terrorismo», cit. 614.

hubiera sido eliminar la conducta descrita en el art. 170. 2 CP, sobre todo teniendo en cuenta que se castigan con la misma pena<sup>419</sup>.

En cuanto a la relación que existe entre el nuevo delito regulado en el art. 579.1 párrafo 2º CP y la apología del terrorismo del art. 578 CP, se tiene que «cuando los mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de delitos de terrorismo se realice en forma de enaltecimiento o justificación, será de **aplicación preferente** el CP art. 578. Como indica el propio art. 579.1 párrafo 2º, que prevé una pena de prisión de seis meses a dos años, no procederá su aplicación cuando la conducta punible pueda subsumirse en otro precepto del Código que establezca mayor sanción»<sup>420</sup>. Y es que, en el caso del art. 579.1 párr. 2º CP, se trata lisa y llanamente de la **tipificación de la adhesión ideológica**, es decir, algo que incluso es menos que la apología o la justificación<sup>421</sup>.

Por otro lado, debe señalarse que la nueva previsión no puede ir en detrimento de los derechos fundamentales, específicamente los relativos a la libertad de expresión y a la libertad de prensa; y en ese sentido debe entenderse el alcance de la nueva regulación. Y es que, como pone de relieve el dictamen del Consejo de Estado, podrían incluirse en su ámbito típico casos de «servicios informativos que se limitan a proporcionar información sobre actuaciones, declaraciones o resistencias mostradas por terroristas o personas vinculadas a organizaciones terroristas». Sin embargo, la Decisión Marco 2008/919/JAI art. 2 establece que esta previsión no podrá tener por efecto el de exigir a los Estados miembros la adopción de medidas que contradigan principios fundamentales relativos a la libertad de expresión, en particular las libertades de prensa y de expresión en otros medios de comunicación<sup>422</sup>.

Este delito de propaganda del art. 579.1 párr. 2º CP, implica en el campo del derecho sustantivo una extensión de la tipificación de delitos terroristas

---

<sup>419</sup> Ídem.

<sup>420</sup> Ibídem. 613.

<sup>421</sup> Vid. LEFEBVRE, F., «Delitos contra el orden público», cit. 1685; CANCIO MELIÁ, M., «Capítulo 61. Delitos de terrorismo», cit. 530.

<sup>422</sup>Vid. LEFEBVRE, F., «Terrorismo», cit. 614.

hasta la mera manifestación de opinión, y en el ámbito procesal, una preocupante batería de posibilidades de intervención del aparato de persecución penal abierta por los delitos de manifestación. Parece claro que se ha cruzado el umbral de lo que la Constitución de un Estado de Derecho permite.

Así, CANCIO MELIÁ critica que «con una factura técnica lamentable, los contenidos de la reforma en éste ámbito [de los delitos de terrorismo] basculan entre lo innecesario y redundante<sup>423</sup> y lo claramente inconstitucional. La regulación antiterrorista más extensa y severa de Europa sufre un nuevo deterioro, creando nuevos problemas a los órganos judiciales llamados a aplicar las normas creadas con tanta ligereza»<sup>424</sup>.

Por su parte, OLMEDO CARDENETE<sup>425</sup> advierte que se trata de un precepto redactado con la finalidad de castigar la promoción pública, especialmente a través de redes sociales, de delitos de terrorismo urbano; así cuestiona su incorporación desde la óptica del principio de intervención mínima y ofensividad, pues se trata de conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico.

### 3.5. Apología del genocidio

La tipificación del delito de genocidio regulado en el art. 607 del Código Penal de 1995, tiene como antecedente la *Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948, tal delito es calificado como crimen internacional o crimen contra la humanidad.

---

<sup>423</sup> Del mismo modo, VIVES ANTÓN Y CARBONELL MATEU advierten lo excesivo que resulta que el art. 579 haga referencia al art. 571 CP que castiga la integración en grupo u organización terrorista, porque terminan castigando indiscriminadamente actos preparatorios de actos preparatorios. Vid. VIVES ANTÓN, T. S., Y CARBONELL MATEU, J. C., «Actos preparatorios», cit., 795.

<sup>424</sup> Vid. CANCIO MELIÁ, M., «Capítulo 61. Delitos de terrorismo», cit. 531.

<sup>425</sup> Vid. OLMEDO CARDENETE, M., «Capítulo 67. Delitos Contra el Orden Público (VI) de las Organizaciones y Grupos Terroristas. Delitos de Terrorismo», en *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*, coordinado por Lorenzo Morillas Cueva, Madrid 2011, 1226.

La doctrina ha distinguido tres clases de genocidio: el *físico*, basado en actos que producen la muerte o lesiones en uno o diversos miembros del grupo; el *biológico*, consistente en actuaciones que impidan la reproducción del grupo (ya sea mediante castración, esterilización, uso obligado de anticonceptivos, abortos forzosos, separación de sexos o prohibiciones de matrimonios); y el *cultural*, tendente a la eliminación de la lengua o de otras manifestaciones culturales del grupo<sup>426</sup>.

El concepto de genocidio del art. 607 CP se corresponde fundamentalmente con el del art. 2 del Convenio de 1948, que recoge como actos de genocidio los de carácter físico y biológico; el eje primordial lo constituye el elemento subjetivo consistente en el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

El legislador incorporó al Código Penal el apartado segundo del art. 607, en el que se tipifica la apología de los delitos de genocidio, mediante la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo<sup>427</sup>, que cita: «*La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*».

En la Exposición de Motivos de la citada Ley se alude a la proliferación en toda Europa de episodios de violencia antisemita y racista y al hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera.

---

<sup>426</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., «Delitos de genocidio, Artículo 607», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 3era edición, 2294.

<sup>427</sup> El origen inmediato de la LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio, está en una Proposición de la Ley Orgánica con ese mismo título presentada por el Grupo del Parlamento Popular en el Congreso el 17 de diciembre de 1993. BOCG, Congreso, V Legislatura, Serie B, núm. 52-1, de 4 de enero de 1994.

La singularidad de esta figura delictiva deriva del hecho que ha eliminado toda referencia expresa a la apología, además de que no habla de incitación o provocación.

En el artículo 607.2 del Código Penal, se castigan tres comportamientos distintos que tienen como nota común «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas», esta difusión integrará el tipo cuando:

- 1) Nieguen los delitos tipificados en el apartado 1 del art. 607 CP, es decir, los delitos de genocidio.
- 2) Justifiquen los delitos de genocidio.
- 3) O, pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de delitos de genocidio.

Existen diferentes posturas en torno a esta polémica figura delictiva, así se tiene:

Una parte de la doctrina<sup>428</sup> que busca *defender su constitucionalidad*, y sobre esa base exponen que el tipo penal debe ser interpretado como una forma de provocación; es decir, como un acto preparatorio del delito de genocidio definido en el apartado 1 del art. 607 CP, convirtiéndose en una especie de apología sujeta a los requisitos del art. 18 CP. Esta interpretación desborda el tener literal del precepto, añadiendo un requisito que ni de forma explícita ni de forma implícita está comprendido en él.

BILBAO UBILLOS manifiesta que los intentos de salvar la constitucionalidad del precepto están condenados al fracaso considerando la conducta descrita como una forma de provocación, pues la conducta se perfecciona al difundir la idea o la doctrina en cuestión, sin que requiera nada más, ni provocación, ni vejación o humillación de las víctimas<sup>429</sup>.

Y es que aparentemente se trata de un supuesto de apología genérica, *stricto sensu*, porque no se exige que vaya acompañada de provocación o

---

<sup>428</sup> Por ejemplo: CARBONELL MATEU Y VIVES ANTÓN, en Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., «Delitos de genocidio...», cit., 2298.

<sup>429</sup> Vid. BILBAO UBILLOS, J. M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», en *Revista de Derecho Constitucional*, número 85, enero-abril 2009, 320.

inducción a la acción. Por tanto, desde una interpretación sistemática, el tipo penal constituye un delito autónomo, pues los requisitos del art. 18.1 CP no son aplicables al art. 607.2 CP, de modo que no puede acudir al art. 18.1 del CP, para interpretar el tipo, pues no se trata de un supuesto de provocación del genocidio<sup>430</sup>, ya que éste se regula en el art. 615 CP<sup>431</sup>, con una pena superior a la prevista en el art. 607.2 CP.

Así, lo ha manifestado expresamente LAURENZO COPELLO quien manifiesta «si el legislador hubiera pretendido someter la conducta prevista en el art. 607.2 a las reglas generales de la provocación y la apología delictiva, la tipificación expresa de estas conductas hubiera resultado innecesaria, puesto que el art. 615 ya tipifica la provocación (apología) del genocidio. Por ello, la existencia del artículo 607.2 indica que el legislador quiso sobrepasar las exigencias contenidas en el artículo 18 del Código, sancionando conductas que constituyen incitaciones indirectas, veladas o subliminales al odio o a la violencia racial y que, por ello, no quedan comprendidas ni en la provocación ni en la apología delictiva definidas en aquel precepto»<sup>432</sup>.

Otra parte de la doctrina, desvincula la conducta del art. 607.2 CP de la provocación (apología) como acto preparatorio y sostiene que es un delito autónomo, que es preciso interpretar restrictivamente, dado que en su

---

<sup>430</sup> «La Corte de Casación italiana en su famosa Sentencia de 29 de marzo de 1985, expresó que la apología no comporta incitación alguna a la comisión del citado delito; la Corte precisó que la apología es punible incluso en el caso que no exista peligro de una difusión real de las ideas favorables al genocidio. Y advirtió que esta disposición no se sitúa dentro de las habituales coordinadas interpretativas de los delitos de apología. Aun reconociendo que no existía un verdadero peligro de comisión de actos de genocidio, afirmó que la apología del genocidio no puede ser asimilada a otros casos de apología precisamente en razón de la naturaleza particular, extraordinaria y monstruosa del delito que es objeto de apología, que no es la intolerancia racial, sino el genocidio, esto es, el exterminio de un pueblo». Vid. BILBAO UBILLOS, J. M., Op. Cit., 321.

<sup>431</sup> Los supuestos en los que la difusión de estas ideas o doctrinas suponga una incitación directa a la perpetración de un delito de genocidio se reconducen al artículo 615 CP, que castiga con una pena más severa (hasta quince años de prisión) la provocación del genocidio. No tiene ningún sentido que el art. 607.2 castigue lo que ya sanciona el art. 615.

<sup>432</sup> Vid. LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX (1996), 267.

literalidad vulnera el contenido esencial de la libertad de expresión y por ello resulta inconstitucional<sup>433</sup>.

TAMARIT SUMALLA<sup>434</sup> considera que, si bien la punición de la provocación al genocidio resulta comprensible político-criminalmente, no cabe aceptar, empero, la creación de un delito de opinión, pues con este delito lo que se castiga es la mera difusión de ideas o doctrinas, que es la criminalización de una ideología, lo cual, por muy nefasta que la misma resulte, no constituye una actitud propia de un Estado democrático. El tipo se consuma con la mera difusión pública de las referidas ideas, baste con que la ideología difundida preconice la implantación de un régimen que ampare tal práctica.

FEIJOO SÁNCHEZ sostiene que «el precepto contiene un delito de peligro abstracto, en el que se protegen ciertos bienes colectivos o difusos como el orden público, la paz pública o ciertos valores democráticos constitucionalmente consagrados, es decir, lo califica como un delito de «clima» en el que se tutela un estado de opinión, un clima o ambiente general de tranquilidad, de no violencia o de no hostilidad o una determinada forma de entender las relaciones sociales»<sup>435</sup>. Este autor es enfático en concluir que el art. 607.2 CP, es un precepto ilegítimo en el marco del ordenamiento jurídico constitucional, que no debería de superar la cuestión de constitucionalidad.

En el mismo sentido, un sector de la doctrina advierte la imposibilidad de encontrar una interpretación de la conducta del art. 607.2 CP que sea compatible con las exigencias constitucionales. CUERDA ARNAU<sup>436</sup> es de las que alude a que las conductas de negar o justificar el delito de genocidio, además de no exigir requisitos ulteriores, no se conectan con un delito ya ejecutado, por lo

---

<sup>433</sup> Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «El peligro de las palabras a propósito del delito de apología del genocidio», en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid 2009, 302.

<sup>434</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2080; y TAMARIT SUMALLA, J. M., «Delitos de genocidio, Artículo 607», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 3era edición, 2297-2298.

<sup>435</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (el artículo 607 del Código Penal)», en *La Ley*, número 6, 1998, 2272.

<sup>436</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones Constitucionales», en *Poder Judicial*, número 56, Madrid 1999, 1134-1136.



que el tenor literal del precepto comprende la conducta de negar o justificar el delito en general y en abstracto. En la modalidad de «justificar», sí resulta inherente una voluntad de ensalzar o alabar el delito, al estilo tradicional de la apología; mientras que la modalidad de «negación» resulta discutible admitir que ésta implica implícitamente la finalidad de provocar en terceros un rechazo u hostilidad contra eventuales víctimas.

LAURENZO COPELLO<sup>437</sup> sostiene que la simple negación del genocidio no resulta idónea para generar actitudes de hostilidad proclive a la violencia, y por ello, no es suficiente para integrar el tipo del art. 607.2 CP, pues para que la conducta adquiriera la peligrosidad exigida en el precepto será necesario que la negación de hechos históricos vaya acompañada de juicios peyorativos y humillantes para las víctimas.

Conviene señalar que mediante la STC 235/2007, de 7 de noviembre, el TC entendió que tipificar como delito la negación del genocidio es contrario al art. 20.1 a) de la CE., pues la mera negación de la existencia de prácticas genocidas, sin que concurren elementos de enaltecimiento de tales crímenes o incitación a su comisión, o bien expresiones insultantes o vejatorias, constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Para el TC la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuricidad, afecta al ámbito de la libertad científica. Esto es así porque la mera negación del delito no persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio.

De ahí que, la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional y es que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio *fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado*. Pero agregar tal elemento, desbordaría los límites de la jurisdicción constitucional; de ahí, que declaran inconstitucional en apartado 2 del art. 607 del Código Penal,

---

<sup>437</sup> Vid. LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en...», cit., 269.

pero únicamente en lo referente a la negación del genocidio, ya que *la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio*, el Alto Tribunal sí logra apreciar el citado elemento tendencial, con especial peligrosidad cuando opere como incitación indirecta a su comisión.

Así, respecto a la conducta de «justificar el crimen de genocidio» el TC entiende que no es una conducta neutra, sino que implica una adhesión valorativa respecto al hecho criminal, en la que puede apreciarse ese elemento tendencial dirigido a incitar de forma subliminal y mediata a la comisión de nuevos delitos.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH<sup>438</sup> califica la decisión del TC de prudente, que responde al imperativo de conservación de la ley y «salva» la constitucionalidad del precepto; pero no obstante ello, subsiste el problema de legitimidad constitucional, pues la sanción de estas conductas sigue suscitando reparos. Así, en primer lugar, el bien jurídico objeto de tutela queda desdibujado, pues el adelantamiento de las barreras de protección penal resulta vertiginoso, hasta el punto de incluir incitaciones indirectas o subliminales a un sentimiento como es el odio que, desde luego, no es constitutivo de delito. En segundo lugar, habría que explicar cómo la justificación de un hecho pasado, puede suponer un riesgo, aunque sea potencial, respecto a la comisión de hechos futuros por terceras personas. La justificación del delito es un juicio de valor, expresión del pensamiento de quien lo emite que sólo puede resultar peligroso en un contexto social completamente desintegrado en el que han perdido toda su vigencia valores democráticos. Y en tercer lugar, también había que preguntarse hasta qué punto resulta legítimo sancionar la justificación del delito, en atención a que terceras personas puedan llegar a la convicción de que tal hecho merecer realizarse, cuando esta decisión se toma libremente.

Para BILBAO UBILLOS la decisión del TC le parece discutible, no sólo porque contradice la voluntad del legislador que decidió en su momento sancionar la apología o justificación del genocidio sin imponer condiciones que limitaran el alcance de la reacción punitiva, sino también porque

---

<sup>438</sup> Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., Op. Cit., 323-324.

presumiblemente el criterio adoptado en relación con el art. 607.2 CP sería aplicable también al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP.

Lo cierto es que el tenor literal del art. 607.2 CP (al igual que el art. 578 CP) no recoge en ningún momento ese elemento adicional de incitación directa o indirecta al odio racial o a la comisión de un delito de genocidio.

Conviene señalar que el TC a la hora de tomar su decisión debió valorar el principio de intervención mínima, pues aunque corresponde al legislador penal definir la dirección política-criminal a la hora de seleccionar los bienes jurídicos que merecen de protección así como la conductas reprochables; también debe evitarse utilizar el Derecho penal como un medio de control social para limitar el derecho a la libertad de expresión, a través de la represión de simples actitudes o creencias internas, pues el Derecho penal debe concebirse como una *última ratio* y buscarse medidas alternativas menos drásticas cuando se trate de prevenir conductas como las reguladas en el art. 607.2 CP.

## CAPÍTULO IV

### MARCO INTERNACIONAL Y DE DERECHO COMPARADO EN EL COMBATE A LA LLAMADA: “APOLOGÍA DEL TERRORISMO”

Tanto en las normativas internas de los distintos países, como en los instrumentos jurídicos internacionales es fácil observar una tendencia expansiva de las medidas adoptadas en la lucha «contra el terrorismo», ello ha supuesto una enorme restricción de derechos fundamentales; pues, por lo general, tienen un contenido y un ámbito de aplicación bastante amplio (entre medidas penales, procesales, financieras, etc.). Sin embargo, son los regímenes jurídicos internos, así como los tratados internacionales los que constituyen el marco jurídico para la supresión de los actos terroristas y el enjuiciamiento de los perpetradores de esos actos.

#### 4.1. En la normativa internacional de las Naciones Unidas

A nivel internacional, ha existido por parte de los Estados un esfuerzo de actuar en contra del terrorismo; uno de los primeros antecedentes históricos de singular importancia, lo constituye la Convención de Ginebra, de 16 de noviembre de 1937, para la Prevención y Represión del Terrorismo, suscrita en el marco de la Sociedad de Naciones pero que nunca entró en vigor<sup>439</sup>.

---

<sup>439</sup> Este instrumento fue abierto a firma el 16 de noviembre de 1937, y fue suscrito por 24 Estados pero sólo fue ratificado por la India. Fue el primer instrumento jurídico que intentó definir de forma general el delito del terrorismo. Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., «Consideraciones sobre terrorismo», en *Problemas jurídicos y políticos del terrorismo*, coordinado por José Juan de Olloqui, México 2003, 75; ILLANES FERNÁNDEZ, J., «Terrorismo y Derecho Internacional», en *Revista Semestral de la Universidad de las Américas*, noviembre-diciembre, Vol. 8, número 2, Santiago de Chile 2001, 9. Por otra parte, la citada Convención fue adoptada luego del asesinato de Alejandro I Rey de Yugoslavia y del Ministro de Asuntos Exteriores y Presidente del Consejo de Francia señor Louis Barthou, registrado en Marsella en 1934. Cfr. TORRES CEVALLOS, B., «Derecho internacional público...», cit., 64.

Ahora bien, es entre los años 1963-2004 que se han elaborado dieciséis instrumentos internacionales (trece instrumentos jurídicos universales y tres enmiendas) para prevenir los actos terroristas, bajo los auspicios de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, y que están abiertos a la participación de todos los Estados Miembros<sup>440</sup>. En 2005, la comunidad internacional introdujo también cambios sustantivos en tres de esos instrumentos universales para que se tuviera específicamente en cuenta la amenaza del terrorismo<sup>441</sup>.

A través de la Asamblea General, los Estados Miembros han ido coordinando cada vez más sus actividades de lucha contra el terrorismo y continúan elaborando normas jurídicas; actualmente se está negociando un decimocuarto tratado internacional, un proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional, que complementaría el marco actual de instrumentos internacionales de la lucha contra el terrorismo y se basaría en los principios rectores fundamentales ya presentes en los convenios contra el terrorismo recientes<sup>442</sup>. Sin embargo, a la fecha, es una materia pendiente porque los Estados miembros no han logrado llegar a un consenso sobre dicho convenio general<sup>443</sup>.

---

<sup>440</sup> Vid. PÉREZ MACHÍO, A. I., «Normativa internacional para la erradicación de todas las formas de terrorismo», en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, dirigidos por José Luis de la Cuesta e Ignacio Muñagorri, Instituto Vasco de Criminología, País Vasco 2008, 24; ACCIONES DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TERRORISMO, *Instrumentos Internacionales para combatir el terrorismo*, Septiembre 2010, en <http://www.un.org/spanish/terrorism/instruments.shtml>

<sup>441</sup> El 8 de julio de ese año, los Estados aprobaron las Enmiendas a la Convención sobre la protección física de material nuclear, y el 14 de octubre aprobaron el Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y el Protocolo de 2005 del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. Ídem.

<sup>442</sup> Así se tiene: la importancia de penalizar los crímenes terroristas, la condena de éstos por ley y la exigencia del enjuiciamiento o la extradición de los perpetradores; en la necesidad de eliminar la legislación que establece excepciones a esa penalización por motivos políticos, filosóficos, ideológicos, raciales, étnicos, religiosos o de índole parecida; un enérgico llamamiento a los Estados Miembros para que adopten medidas de prevención de los actos terroristas y hagan hincapié en la necesidad de que los Estados Miembros cooperen, intercambien información y se presten mutuamente la mayor asistencia posible en lo relativo a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los actos terroristas. Ídem.

<sup>443</sup> También en el ámbito del Comité Especial, los Estados Miembros han estado negociando desde 2000 un proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional. Vid. CONSEJO DE

El conjunto de instrumentos jurídicos contra el terrorismo en el seno de Naciones Unidas, lo constituye:

1. Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves ("Convenio de Tokio"), 1963-seguridad de la aviación; firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963 y en vigor desde el 4 de diciembre de 1969.
  2. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves ("Convenio de La Haya"), 1970 -secuestro de aeronaves; firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970 y en vigor desde el 14 de octubre de 1971.
  3. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil ("Convenio de Montreal"), 1971-relativo a los actos de sabotaje aéreo, como explosiones de bombas a bordo de una aeronave en vuelo; firmado en Montreal el 23 de septiembre 1971 y en vigor desde el 26 de enero de 1973.
  4. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 1973-relativa a los ataques contra altos funcionarios de gobierno y diplomáticos; aprobada en Nueva York el 14 de diciembre de 1973 y en vigor desde el 20 de febrero de 1977.
  5. Convención internacional contra la toma de rehenes ("Convención sobre los rehenes"), 1979; aprobada en Nueva York el 17 de diciembre de 1979 y en vigor desde el 3 de junio de 1983.
  6. Convención sobre la protección física de los materiales nucleares ("Convención sobre los materiales nucleares"), 1980-relativa a la apropiación y utilización ilícitas de materiales nucleares; firmada en Viena el 26 de octubre de 1979 y en vigor desde el 8 de febrero de 1987.
- **Enmiendas a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares**, Firmado en Viena el 8 de julio de 2005.

7. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, 1988; firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988 y en vigor desde el 6 de agosto de 1989.
8. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, 1988 -relativo a las actividades terroristas en los buques; Hecho en Roma el 10 de marzo de 1988 y en vigor desde el 1 de marzo de 1992.
- **El Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima**; aprobada en Londres el 14 de octubre de 2005.
9. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, 1988-relativo a las actividades terroristas realizadas en plataformas fijas frente a las costas; hecho en Roma el 10 de marzo de 1988 y en vigor desde el 1 de marzo de 1992.
- **El Protocolo de 2005 del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental**; aprobado en Londres el 14 de octubre de 2005.
10. Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, 1991 -dispone la marcación química para facilitar la detección de explosivos plásticos, por ejemplo, para luchar contra el sabotaje aéreo; hecho en Montreal el 1 de marzo de 1991 y en vigor desde el 21 de junio de 1998.
11. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, 1997; aprobado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997 y en vigor desde el 23 de mayo de 2001.
12. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, 1999; aprobado en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 y en vigor desde el 10 de abril de 2002.
13. Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, 2005; aprobado en Nueva York el 13 de abril de 2005 y en vigor desde el 7 de julio de 2007.

Es así que la Organización de las Naciones Unidas, con los citados instrumentos jurídicos internacionales, cuenta con un importante conjunto de normas que tratan de contribuir a la persecución penal y prevención del terrorismo; además, favorece la colaboración entre los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo global. Y es que a partir del 2001, la adhesión a los 13 tratados internacionales vigentes aumentó de modo sorprendente.

Si bien uno de los mayores logros del sistema de Naciones Unidas lo constituye la creación de un régimen de tratados y convenios internacionales; del mismo modo se tiene que la *Asamblea General* aborda el terrorismo como problema internacional a través de la adopción de diversas resoluciones y por su importancia pueden destacarse, por ejemplo<sup>444</sup>:

- (i) A/RES/49/60, de 9 de diciembre de 1994, por la cual aprobó una importante declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional<sup>445</sup>;
- (ii) A/RES/51/210, de 16 de enero de 1997, en la que se estableció el Comité Especial sobre terrorismo<sup>446</sup>;
- (iii) A/RES/60/288, de 8 de septiembre de 2006, Estrategia Mundial de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, aprobada por la Asamblea

---

<sup>444</sup> Vid. CONSEJO DE SEGURIDAD, COMITÉ CONTRA EL TERRORISMO, *Instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo*, Septiembre 2010, en <http://www.un.org/spanish/sc/ctc/laws.html#t13>

<sup>445</sup> Dicha Declaración de la Asamblea General de la ONU, a juicio de muchos analistas, contiene algunas imprecisiones sobre la naturaleza del terrorismo, especialmente lo concerniente a si éste es de carácter político o criminal, y a si las actividades terroristas realizadas dentro del Estado podrán también ser penalizadas por el derecho internacional. Cfr. TORRES CEVALLOS, B., Op. Cit. 65.

<sup>446</sup> El párrafo segundo de dicha Resolución «reitera que los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos». De ahí, pueden distinguirse hasta tres tipos de finalidades: 1) Fines de carácter político; 2) Provocar terror, a intimidar o a coaccionar a la población; y 3) La intención de matar o de causar heridas corporales graves o daños importantes a la propiedad o al medio-ambiente.



General en la que los Estados miembros, representa el primer enfoque estratégico común para luchar contra el fenómeno terrorista y constituye el fundamento de un plan de acción concreto encaminado a hacer frente a las condiciones favorables para la proliferación del terrorismo; prevenir y combatir el terrorismo; adoptar medidas para desarrollar la capacidad de lucha contra el terrorismo de los Estados; fortalecer la función de las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo; así como velar por el respeto de los Derechos Humanos en la lucha contra el terrorismo. Además, se subrayó la importancia de los instrumentos internacionales vigentes contra el terrorismo y a considerar la posibilidad de ser partes en ellos cuanto antes y de aplicar sus disposiciones.

Por su parte, el *Consejo de Seguridad* también ha desempeñado un papel activo en la lucha contra el terrorismo mediante sus resoluciones y el establecimiento de varios órganos subsidiarios<sup>447</sup>; entre ellos:

(i) S/RES/1373, de 28 de septiembre de 2001, aprobada por unanimidad por el Consejo de Seguridad y que impone determinadas obligaciones genéricas, como penar la financiación del terrorismo y el terrorismo mismo, y recomienda la adopción de un catálogo de medidas en materia de cooperación internacional antiterrorista; insta adherirse tan pronto como sea posible a los convenios y protocolos internacionales pertinentes relativos al terrorismo<sup>448</sup>; y

---

<sup>447</sup> ACCIONES DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TERRORISMO, *Instrumentos Internacionales para combatir el terrorismo*, Septiembre 2010, en <http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>

<sup>448</sup> Esta Resolución ha recibido algunas críticas porque habitualmente es la Asamblea General de la ONU la que "legisla", es decir aprueba las normas de carácter general, mientras que el Consejo adopta resoluciones referentes a países o situaciones concretas, y en cambio en este caso este órgano optó por aprobar una norma de carácter general y obligado cumplimiento universal. Para profundizar más sobre el tema véase: RUPÉREZ, J., «Las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo: primer balance», en *Cuadernos de pensamiento político FAES*, N.º 5 (2005), 65-77. En efecto, el Consejo, abandonando la decisión-reacción ante un supuesto específico, emprendió el camino del ejercicio de función de naturaleza legislativa al imponer a los Estados Miembros de la Organización una serie de obligaciones en materia de represión del terrorismo. Vid. CANO LINARES, M. A., «La labor del Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo: tres vías de actuación y la necesidad de coordinación de los diferentes comités

además crea el *Comité contra el Terrorismo*<sup>449</sup>, órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, que constituye una piedra angular de la actuación antiterrorista de Naciones Unidas;

(ii) S/RES/1566, de 8 de octubre de 2004, aprobada a raíz de otro ataque terrorista, concretamente contra una escuela por independentistas chechenos en Beslán, en la Federación Rusa, incluye novedades significativas respecto a las anteriores: contiene una definición de terrorismo, insta al Comité Contra el Terrorismo a efectuar visitas a los Estados miembros para comprobar el cumplimiento de la Resolución 1373, y crea un grupo de trabajo destinado a ampliar la lista de personas y organizaciones terroristas, incluyendo aquellas no relacionadas con Al-Qaeda y los talibán<sup>450</sup>;

(iii) S/RES/1624, de 14 de septiembre de 2005, aprobada por el Consejo de Seguridad y a raíz de los trágicos atentados terroristas en los sistemas de transporte público de Londres, del 7 de julio del mismo año<sup>451</sup>. La Resolución cubre dos terrenos distintos y novedosos. Por una parte, contempla y predica acciones estatales contra «*la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo*», que debe ser prohibida por ley. Por otra, realiza un llamamiento a

---

implicados», en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid 2009, 125. Puede verse también: ILLANES FERNÁNDEZ, J., Op. Cit., 18.

<sup>449</sup> El CCT tiene por objeto verificar la aplicación de la Resolución 1373 por todos los obligados, prestar la asistencia pertinente a los Estados cuando fuera necesario y, en definitiva, aumentar con ello la capacidad de éstos para luchar contra el terrorismo. Vid. CANO LINARES, M. A., Op. Cit., 127.

<sup>450</sup> Meses antes, el 28 de abril de 2004, el Consejo había aprobado la Resolución 1540 dirigida a impedir que los Estados suministren “cualquier tipo de apoyo a los agentes no estatales que traten de desarrollar, adquirir, fabricar, poseer, transportar, transferir o emplear armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores”. La Resolución contempla asimismo una serie de medidas para impedir la proliferación de las armas de destrucción masiva, colocando su ámbito más allá del estricto de la lucha contra el terrorismo. Vid. RUPÉREZ, J., «Las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo: primer balance», en *Cuadernos de pensamiento político FAES*, N.º. 5 (2005), 65-77.

<sup>451</sup> En la medida en que las obligaciones impuestas a los Estados fueron ampliadas con la aprobación de la Resolución 1624, en la que se prohíbe asimismo la incitación a la comisión de actos de terrorismo, quedó igualmente ampliado el mandato del CCT. Vid. CANO LINARES, M. A., Op. Cit., 131.

todos los Estados para «promover el diálogo y mejorar el entendimiento entre las civilizaciones». La gestión de su cumplimiento queda confiada al Comité Contra el Terrorismo. Para el tema que nos ocupa, el Consejo de Seguridad en dicha resolución expresa:

*Condenando también* en los términos más enérgicos la incitación a la comisión de actos de terrorismo y *repudiando* los intentos de justificación o glorificación (apología) de actos de terrorismo que puedan incitar a la comisión de nuevos actos de terrorismo.

*Profundamente preocupado* por el hecho de que la incitación a la comisión de actos de terrorismo por motivos de extremismo e intolerancia constituye un peligro grave y creciente para el goce de los derechos humanos y una amenaza para el desarrollo social y económico de todos los Estados, socava la estabilidad y prosperidad mundiales, y debe ser afrontada por las Naciones Unidas y todos los Estados con urgencia y de manera activa, y *subrayando* la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas de conformidad con el derecho internacional, en los planos nacional e internacional, para proteger el derecho a la vida,

*Reafirmando* que los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que la financiación y planificación de actos terroristas, así como la incitación a su comisión, son también contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas,

1. *Insta* a todos los Estados a que adopten las medidas necesarias y adecuadas en cumplimiento de sus obligaciones de derecho internacional para:

a) Prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo;

b) Impedir dicha conducta;

c) Denegar protección a toda persona respecto de la cual se disponga de información fidedigna y pertinente por la que haya razones fundadas para considerar que es culpable de esa conducta;

3. *Hace un llamamiento* a todos los Estados para que prosigan los esfuerzos internacionales encaminados a promover el diálogo y mejorar el entendimiento entre las civilizaciones, en un intento por prevenir que se atente indiscriminadamente contra diferentes religiones y culturas, y adopten todas las medidas que sean necesarias y adecuadas y conformes con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional para luchar contra la incitación a la comisión de actos de terrorismo por motivos de extremismo e

intolerancia e impedir la subversión de las instituciones educativas, culturales y religiosas por parte de terroristas y de quienes los apoyan.

A nivel universal, es precisamente en esta Resolución donde se encuentra la condena a la «apología del terrorismo», pero sin llegar al paso lógico de condenar explícitamente el Islam Político. La Resolución 1624 –a diferencia de las demás resoluciones del Consejo<sup>452</sup>– se sitúa bajo el Capítulo VI «Arreglo pacífico de controversias» en un evidente compromiso entre aquellos que querían una dura respuesta a la «incitación del terrorismo» y los que temen la colisión de la figura con la libertad de expresión. Pero sería erróneo concluir con ello que la Resolución 1624 tiene menor valor que las anteriores o que su mandato es menos obligatorio, aunque las consecuencias de los respectivos y eventuales incumplimientos sean diferentes: el Capítulo VI no incluye sanciones<sup>453</sup>.

(iv) S/RES/1530, de 11 de marzo de 2004, aprobada por el Consejo de Seguridad en respuesta al atentado ocurrido en Madrid el mismo día, en la que se limitó a condenar los hechos, solidarizarse con las víctimas e instaba a los Estados miembros a que cooperaran activamente con las obligaciones derivadas de la Resolución 1373.

De este modo, se puede advertir como la lucha contra el terrorismo constituye una cuestión transversal en la labor de las Naciones Unidas, quien no se ha limitado a la elaboración de Tratados internacionales y a la aprobación de sus resoluciones sino que también ha creado un entramado institucional para hacer seguimiento de los diferentes instrumentos que se han suscrito y de su aplicación por los Estados miembros.

---

<sup>452</sup> Las Resoluciones 1373, 1540 y 1566 están situadas bajo la autoridad del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas «Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión»; por lo que se puede sostener que la Resolución 1624 rompe con la norma, al ubicarse bajo la rúbrica de otro Capítulo.

<sup>453</sup> Vid. RUPÉREZ, J., Op. Cit., 65-77.

Ahora bien, el hecho que no exista en las leyes internacionales una definición consensuada de «terrorismo», deja un margen amplio de poder discrecional a los Estados para prohibir la incitación y la apología. No obstante, cada ley debe estar diseñada de tal modo que no quede abierta a un abuso posterior, para que dichas políticas estén alineadas con los Derechos Humanos. De acuerdo a la terminología de la Resolución 1624, la glorificación y apología son sinónimas. La prohibición de incitación terrorista no ha sido aún adoptada a un nivel de Naciones Unidas.

## **4.2. En la normativa de los sistemas de protección regionales:**

### **4.2.1. Unión Europea**

#### *Convenciones*

En la Unión Europea<sup>454</sup>, la lucha contra el terrorismo internacional específicamente en el seno del Consejo de Europa<sup>455</sup> ha venido de la mano de la

---

<sup>454</sup> La Unión Europea ha adoptado numerosas medidas específicas para combatir el terrorismo y la delincuencia organizada, entre las cuales figuran las siguientes: 1) la Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 1998, por la que se encomienda a Europol la lucha contra los delitos cometidos o que puedan cometerse en el marco de actividades terroristas que atenten contra la vida, la integridad física, la libertad o los bienes de las personas; 2) la Acción común 96/610/JAI del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa a la creación y mantenimiento de un Directorio de competencias, técnicas y conocimientos antiterroristas especializados para facilitar la cooperación antiterrorista entre los Estados miembros de la Unión Europea; 3) la Acción común 98/428/JAI del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se crea una red judicial europea, con competencias sobre los delitos de terrorismo, y en particular su artículo 2; 4) la Acción común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea; 5) la Recomendación del Consejo, de 9 de diciembre de 1999, relativa a la cooperación en la lucha contra la financiación de grupos terroristas; 6) la Posición Común del Consejo (2001/930/PESC), de 27 de diciembre de 2001, relativa a la lucha contra el terrorismo, en la que se considera la necesidad de adoptar medidas dirigidas a impedir cualquier tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo; 7) la Posición común del Consejo (2001/931/PESC), de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, en la que define un acto terrorista de manera casuística.

<sup>455</sup> El 24 de noviembre de 1977, España depositó en la sede del Consejo de Europa su instrumento de adhesión al Estatuto. A partir de esta fecha España pasó a ser miembro de pleno derecho del Consejo, en igualdad de condiciones con los otros 19 países miembros (de ese

adopción de tres tratados fundamentales específicos en la materia: el *Convenio europeo para la supresión del terrorismo*<sup>456</sup>, del 27 de enero de 1977, enmendado por un Protocolo aprobado en 2003 tras los atentados de septiembre de 2001 y primera respuesta normativa al nuevo escenario internacional; el *Convenio sobre blanqueo y financiación del terrorismo*; y el *Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo*, ambos adoptados en Varsovia en mayo de 2005, éste último entró en vigor de forma general el 1 de junio de 2007 y fue ratificado por España en febrero de 2009 vigor de forma general el 1 de junio de 2007 y para España el 1 de junio de 2009.

Actualmente, el instrumento más importante en la lucha contra el terrorismo en el seno del Consejo de Europa lo constituye el *Convenio para la prevención del terrorismo*<sup>457</sup>, por su carácter innovador, contenido específico y las garantías que en materia de protección de derechos fundamentales lleva aparejadas. No obstante, es preciso destacar que dicho instrumento jurídico no contiene definición alguna del delito de terrorismo en su texto dispositivo<sup>458</sup>.

---

tiempo). Vid. VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. J., «España y los Convenios del Consejo de Europa», en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 5, No 1, 1978, 265.

<sup>456</sup> El Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo, del 27 de enero de 1977, que gira en torno a la extradición entre los Estados contratantes (se trata más que de un pacto sobre terrorismo lo es acerca de la extradición de responsables de actos terroristas). Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., Op. Cit., 75. El Convenio europeo para la supresión del terrorismo de 1977 se abstuvo de definir el delito terrorista; en lugar de una descripción genérica, sus redactores prefirieron recurrir a la casuística y confeccionaron una lista de delitos susceptibles de ser calificados como terroristas. Vid. GARCÍA RIVAS, N., «La tipificación “europea” del delito terrorista en la decisión marco de 2002: análisis y perspectivas», en *Instrumentos penales y procesales contra la criminalidad organizada en la Unión Europea*, presentado en el Seminario de expertos: La orden de detención europea, ¿primer título de ejecución directa en el Espacio Judicial Penal Europeo?, Toledo 2004, 9.

<sup>457</sup> El borrador de la Convención se elaboró sobre la base de los compromisos internacionales existentes, como la mencionada Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU que, en su 5º párrafo operativo, declara que actos, métodos y prácticas de terrorismo son contrarios a los objetivos y principios de las Naciones Unidas y que financiar, planificar e incitar a la comisión de actos terroristas conscientemente también va contra los objetivos y principios defendidos por la ONU. Vid. BENÍTEZ, R., «Terrorismo Internacional: ¿un nuevo conflicto? Parámetros para lograr una definición», en *II Congreso Internacional de Derechos Humanos: la resolución de conflictos*, Bilbao 2007, 208.

<sup>458</sup> Aunque en su Preámbulo se recuerda que los actos de terrorismo tienen la finalidad por su naturaleza o por su contexto de intimidar gravemente a una población, de obligar indebidamente a los Gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a

La novedad de este convenio radica en que se trata del primer tratado internacional que introduce tres nuevos delitos de terrorismo de carácter preventivo; así, tipifica como delito actividades como la apología o la incitación, el reclutamiento y el entrenamiento de terroristas. Además, y a petición de España, establece la obligación de proteger a las víctimas del terrorismo.

Al respecto, LEZERTÚA RODRÍGUEZ Y SALINAS DE FRÍAS<sup>459</sup>, expresan que atendiendo a la naturaleza de estas tres nuevas figuras, una de las características diferenciadoras de este Convenio es sin duda el hecho de tratarse de una verdadera Convención para la prevención del terrorismo, centrada en los actos previos o preparatorios sin por ello descartar todos aquellos tradicionalmente incluidos, en este caso mediante la fórmula del reenvío a la enumeración realizada en otros tratados internacionales como actos terroristas, recogidos en su artículo 1; así, dichos autores concluyen que el *Convenio europeo para la prevención del terrorismo supone, pues, un avance indiscutible de calidad en este sentido*.

RAFAEL BENÍTEZ<sup>460</sup> también manifiesta que el Convenio para la prevención del terrorismo, a diferencia de los demás convenios y tratados internacionales que se dirigen a suprimir el terrorismo una vez que se ha producido el delito, es un instrumento de prevención del terrorismo e *interviene antes de que los delitos de terrorismo hayan sido cometidos*. En este sentido, destacó que su principal aportación es que «tipifica penalmente una serie de delitos que no son como tales delitos de terrorismo pero que están íntimamente ligados a delitos de terrorismo y su perpetración».

---

abstenerse de hacerlo, o de desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

<sup>459</sup> Vid. LEZERTÚA RODRÍGUEZ, M., Y SALINAS DE FRÍAS, A., «La prevención en la lucha contra el terrorismo y el Consejo de Europa», Septiembre 2010, en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/internacional/la-prevencion-en-la-lucha-contra-el-terrorismo-y-el-consejo-de-europa-ii>

<sup>460</sup> Vid. BENÍTEZ, R., Op. Cit., 208.

Así, básicamente el Convenio, por un lado, define como crímenes algunos actos que pudieran llevar a la comisión de actos de terrorismo, incluyendo la provocación pública, el reclutamiento y la formación; y por otro lado, refuerza la cooperación sobre la prevención tanto a nivel interno, en el contexto de la definición de políticas de prevención nacional, como a nivel internacional, mediante la complementación y la modificación de acuerdos de extradición y asistencia mutua.

El relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en el combate al terrorismo, sostuvo que la Convención utiliza una terminología diferente y se refiere a «provocación pública como una ofensa terrorista», mientras enfatiza la importancia de intencionalidad y causalidad, esta provisión ha sido considerada como una respuesta balanceada y de conformidad con los derechos humanos<sup>461</sup>.

Sin duda, una de las características más interesantes del Convenio es su artículo 5 en la que tipifica la *provocación pública para cometer un acto terrorista* como delito; constituyendo un aspecto transcendental del Convenio, dado la proximidad fronteriza que existe entre el ejercicio legítimo de las libertades de expresión, asociación y el comportamiento delictivo. Así, dicha disposición cita:

Artículo 5. Provocación pública para cometer delitos terroristas.

1. A los efectos del presente Convenio, se entenderá por “provocación pública para cometer delitos terroristas” la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos.

---

<sup>461</sup> Vid. SCHEININ, M., *Report by Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, E/CN.4/2006/98, 28 December 2005, paragraph 56 (c) and more recently in A/61/267, 16 August 2006, paragraph 28.



2. Cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente.

Del concepto vertido en el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, se puede destacar los siguientes elementos:

a) «*La difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas*»; así, el sentido de algunos términos utilizados en la definición de ofensa se desarrollan en el Documento Explicativo del Convenio, que recoge que el término «distribución» se refiere al difusor activo de un mensaje apelando al terrorismo, mientras que la expresión «hacer posible» se refiere a hacer que dicho mensaje sea fácilmente accesible al público, por ejemplo, colocándolo en Internet o creando hipervínculos para facilitar su acceso. Además, el término «para el público» deja claro que las comunicaciones privadas se escapan a esta provisión. En el Documento Explicativo además recoge que «para que el mensaje sea accesible al público, se deben utilizar una variedad de medios y técnicas. Por ejemplo, publicaciones impresas o servidores de mensajes en lugares que sean accesibles, la utilización de medios de comunicación electrónicos, en particular Internet, que provee la diseminación de mensajes por correo electrónico o por medio de intercambios a través de chats, o grupos de discusión»<sup>462</sup>.

b) «*debe darse un intento específico de incitación a la comisión de un delito terrorista*», la provocación directa no supone problema puesto que la mayoría de los sistemas legales ya la consideran delito de una forma u otra, mientras que el intento de provocar indirectamente el delito deja algunas lagunas en el derecho. En todo caso, la disposición da un enfoque genérico que da cierto campo de discrecionalidad a los Estados en la definición del delito y su aplicación. Por

---

<sup>462</sup> Vid. BENÍTEZ, R., Op. Cit., 222.

ejemplo: presentar un delito terrorista como necesario y justificado puede constituir un delito de incitación indirecta.

c) «*El resultado de dicho acto debe ser el riesgo de que dicho delito pueda cometerse*», cuando se considere que existe dicho riesgo, se tendrán en cuenta la naturaleza del autor y del destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se cometa el delito.

d) «*la provocación debe cometerse de manera ilícita e intencionada*», este requisito refleja la idea de que la conducta descrita puede ser legal o estar justificada no sólo en los casos donde las defensas legales clásicas sean de aplicación, sino también donde otros principios o intereses lleven a la exclusión de la responsabilidad penal, por ejemplo, a efectos de aplicación de la ley. Además, la expresión «de manera ilícita» depende del contexto en el que se utilice. Así, puede referirse a un comportamiento sin autoridad (ya sea legislativa, ejecutiva, administrativa, judicial, contractual o consensual) o a un comportamiento no contemplado por las defensas legales establecidas o los principios relevantes del derecho nacional. El Convenio, por lo tanto, no afecta al comportamiento de conformidad con la autoridad gubernamental legal. Es más, el delito debe cometerse de manera intencionada para que pueda aplicarse una responsabilidad penal. En algunos casos, el delito incluye un elemento intencional adicional<sup>463</sup>.

La importancia de la regulación de la provocación pública para cometer un acto terrorista radica en que tiene el potencial de desembocar en la comisión de crímenes estipulados en las convenciones antiterroristas internacionales<sup>464</sup>. Sin

---

<sup>463</sup> Vid. BENÍTEZ, R., Op. Cit., 209.

<sup>464</sup> Según el CODEXTER esta disposición (art.5) se elaboró sobre la base del Protocolo Adicional de la Convención sobre la ciberdelincuencia, relativa a la criminalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos, específicamente de su artículo 3, en el que se exige a los Estados que criminalicen la distribución o puesta a disposición de un mensaje para el público en el que se defiendan crímenes terroristas. Si ello se lleva a cabo directa o indirectamente resulta irrelevante para la aplicación de dicha disposición.

embargo, para que el acto constituya delito, en los términos del Convenio, no es necesario que se cometa el acto terrorista, conforme al artículo 8 que cita: «Para que un acto constituya delito en virtud de los artículos 5 a 7 del presente Convenio, no será necesario que el delito terrorista se haya cometido efectivamente».

Por otra parte, hay que destacar que con la regulación de este tipo de delitos, existe un riesgo potencial en restringir derechos fundamentales, tal es el caso del derecho a la libertad de expresión, sin duda una de las bases fundamentales de la sociedad democrática, aunque tampoco constituye un derecho absoluto y por ende está sujeto a restricciones. En tal caso, la incitación a la comisión de crímenes terroristas violentos no puede considerarse admisible alegando el derecho a la libertad de expresión<sup>465</sup>.

Para el caso, el Convenio regula en el artículo 12 una cláusula general de garantía<sup>466</sup>, en virtud de la cual la tipificación de los nuevos delitos de terrorismo (la apología o la incitación, el reclutamiento y el entrenamiento de terroristas), en cuanto a la incorporación en el derecho interno y aplicación de dichos tipos penales debe llevarse a cabo por los Estados partes con absoluto

---

<sup>465</sup> Por ejemplo: en la STEDH del caso *Hogefeld v. Germany*, de 20 de enero de 2000, sobre la base de la preservación de la seguridad nacional, el TEDH admitió la restricción de la libertad de expresión mediante la censura previa, cuando los Estados han pretendido combatir conductas apologéticas y de exaltación del terrorismo. Así, se ha admitido el secuestro de algunas entrevistas a miembros de organizaciones terroristas. En este supuesto, se impidió que un miembro de la RAF (Rote Arme Fraktion) fuera entrevistado sobre la base de su relevancia en la organización y aduciendo que las medidas destinadas a evitar el reclutamiento de miembros y seguidores de estos grupos constituía una medida legítima del Estado para combatir el terrorismo.

<sup>466</sup> **Artículo 12. Condiciones y salvaguardias.** 1. Cada Parte deberá asegurarse de que el establecimiento, la ejecución y la aplicación de los tipos penales a que se refieren los artículos 5 a 7 y 9 del presente Convenio se efectúen respetando las obligaciones que le incumban relativas a los derechos humanos, en particular la libertad de expresión, la libertad de asociación y la libertad de religión, tal como se establecen en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, y otras obligaciones dimanantes del derecho internacional, cuando le sean aplicables.

2. El establecimiento, la ejecución y la aplicación de los tipos penales a que se refieren los artículos 5 a 7 y 9 del presente Convenio deberían supeditarse además al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta los objetivos legítimos perseguidos y su necesidad en una sociedad democrática, y deberían excluir toda forma de arbitrariedad o de tratamiento discriminatorio o racista.

respeto a los derechos y libertades fundamentales, en especial, y por la naturaleza previa de los actos y su conexión con la libertad de pensamiento en sentido amplio y sus vías de expresión, del derecho a la libertad de expresión, de asociación y de creencia religiosa.

Además, se incluye una obligación negativa o de abstención, en la medida en que el segundo apartado del artículo 12 exige a los Estados partes que la aplicación de los actos previstos en los artículos 5 a 7 (apología o incitación, reclutamiento y entrenamiento) esté sujeta al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la legitimidad de los objetivos perseguidos y su necesidad en una sociedad democrática. Asimismo, la tipificación de estas tres nuevas figuras no puede ser aplicada con arbitrariedad o de manera discriminatoria o racista.

No cabe duda que el Convenio está tratando de buscar un justo equilibrio entre la criminalización de conductas difíciles de perseguir, como lo es la apología o la incitación a actos terroristas, frente al respeto de los derechos y libertades fundamentales, destacando sin duda la importancia de la combinación de elementos subjetivos y objetivos en su regulación; en todo caso, la cuestión sigue siendo a dónde se encuentra la línea divisoria entre la incitación indirecta a la comisión de crímenes terroristas y la expresión legítima de la crítica

### *Decisiones Marco del Consejo*

Después de la creación del espacio común europeo, mediante el Acta Única Europea en vigor desde el 1 de julio de 1987, se inició la cooperación en el ámbito de la seguridad y la lucha antiterrorista; sin embargo, las medidas adoptadas se situaban en la esfera de lo estrictamente intergubernamental, en particular a través de las decisiones comunes y convenciones. Posteriormente, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se dio un paso importante,

por el cual se comunitariza una parte de las competencias relacionadas con la lucha antiterrorista<sup>467</sup>.

Las decisiones marco<sup>468</sup>, que se introdujeron con el Tratado de Ámsterdam, constituyen una nueva tipología de instrumentación jurídica que pueden asimilarse a las ya conocidas Directivas comunitarias<sup>469</sup>. En efecto, es conocido como las «decisiones marco» (art. 34 TUE), se han convertido en los últimos años en el instrumento privilegiado de armonización de las legislaciones nacionales de algunos ámbitos, encabezados, debido a la importancia que reviste en el contexto llamado tercer pilar, por el de la política criminal, siendo el acercamiento normativo la materia de delitos y sanciones directamente funcional a la «cooperación de policía y judicial en materia penal» promovida en el sentido de las disposiciones del Título VI del TUE.<sup>470</sup>

Y es que el art. 34.2 b) del TUE<sup>471</sup>, las define como obligatorias para los Estados miembros «en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin

---

<sup>467</sup> Vid. PÉREZ MACHÍO, A. I., Op. Cit., 29.

<sup>468</sup> La *Decisión marco* se parece al instrumento jurídico de la directiva, ya que ambos obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe lograrse, pero dejan libertad a las autoridades nacionales para elegir la forma y el método de ejecución, aunque las decisiones marco no tienen efecto directo y jurídicamente la Comisión de las Comunidades Europeas no puede recurrir ante el Tribunal de Justicia (por lo menos en el estado actual de desarrollo de la legislación europea) para hacer cumplir la transposición de una decisión marco. No obstante, el Tribunal de Justicia puede dirimir en cualquier conflicto entre Estados miembros relativo a la interpretación o ejecución de una decisión marco, incluida su transposición.

<sup>469</sup> La **Directiva comunitaria** está caracterizada por la obligatoriedad de sus objetivos, permitiendo a las autoridades nacionales que adopten los medios que consideren oportunos para la consecución de los resultados que se persiguen, y carece por lo general de efecto directo mientras esté vigente el período de transposición. Sin embargo al final de dicho período los objetivos contenidos en ellas se van a convertir en obligatorios, no sólo para los Estados miembros sino también para los particulares. Para profundizar más sobre el tema puede verse: PELLICER ZAMORA, R. C., «Condiciones y tipos de invocabilidad de la directiva comunitaria», en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 12, núm. 1, enero-abril 1995, 59-79; MILLAN MORO, L., «la eficacia directa de las directivas: evolución reciente», en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, núm. 3, 845-879; BELLIDO BARRIONUEVO, M., «La eficacia interpretativa de la directiva comunitaria durante el período de transposición: el efecto anticipación de la directiva en conexión con el efecto bloqueo», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 24, 2005, 159-174.

<sup>470</sup> Vid. MANES, V., «La incidencia de las “Decisiones Marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo», traducido por María Elena Torres Fernández, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf>, número 09-07, 2007, 3.

<sup>471</sup> Art. 34, 2. El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o

embargo, a las autoridades nacionales a la elección de la forma y de los medios». Es el instrumento adecuado para llevar a cabo una aproximación de legislaciones en los ámbitos de la cooperación policial, judicial penal y aproximación de legislaciones penales nacionales<sup>472</sup>. Sin embargo, su eficacia se ve disminuida y se intenta impedir la aplicación de la jurisprudencia comunitaria existente en relación con el efecto directo de las Directivas, en la medida que se establece que «no tendrán efecto directo»<sup>473</sup>.

Ahora bien, posterior a los atentados del 11 de septiembre de 2001 y del 11 de marzo de 2002, se adoptó en Europa la Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo, aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 13 de junio de 2002, la que estableció una definición vinculante del delito de terrorismo; y posteriormente, se adoptó la *Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo*; instrumento –éste último– que trae aparejada importantes consecuencias jurídicas para el ordenamiento normativo interno relacionados al tema en cuestión, así:

---

de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad: b) adoptar las decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo.

<sup>472</sup> Vid. CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 14, 2007, 8.

<sup>473</sup> La dicción del art. 34.2 b) del TUE es tajante a la hora de definir los efectos de las Decisiones Marco. El Tribunal de Justicia fue igualmente tajante en su respuesta. Tras realizar una comparación entre el artículo 249 TCE, en su regulación de la Directiva como acto típico comunitario, y el artículo 34 TUE y su definición de las Decisiones Marco, el Tribunal consideró que la obligatoriedad jurídica de ambos actos es idéntica. Y por tanto, el carácter vinculante de las decisiones marco, formulado en términos idénticos a los del artículo 249 CE, párrafo tercero, supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme al Derecho nacional. SARMIENTO, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 10, 2005, 4-11. Sobre el tema también puede verse: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia "federalizante" de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Análisis de sus manifestaciones en el Derecho penal)*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 2008.

*a) La Decisión Marco del Consejo (2002/475/JAI), de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo*<sup>474</sup>

El Preámbulo de esta Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la lucha contra el terrorismo (DMT) consideraba conveniente «realizar una aproximación a la definición de los delitos de terrorismo en los Estados miembros»<sup>475</sup>; así, básicamente este instrumento constituye parte de la política comunitaria antiterrorista que tiene como objetivo armonizar las legislaciones nacionales y establecer una definición común de los elementos que componen el delito de terrorismo, permitiendo una colaboración policial y judicial más eficaz contra el terrorismo, ya que una noción común de lo que éste constituye permite aplicar más fácilmente los convenios relativos a la lucha contra el terrorismo.

En ese sentido, la DMT contiene la siguiente *definición de terrorismo*: «se entenderá por acto terrorista el acto intencionado que, por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el Derecho nacional, cometido con el fin de: (i) intimidar gravemente a una población; (ii) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o (iii) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional».

---

<sup>474</sup> Decisión Marco del Consejo (2002/475/JAI), de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo, publicada en el Diario Oficial número L 164 de 22 de junio de 2002, p. 0003-0007.

<sup>475</sup> Cabe mencionar que la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea no disponen de una legislación específica en materia de terrorismo, castigándose las acciones terroristas como meros delitos comunes. Sólo seis Estados miembros: Alemania, España, Francia, Italia, Portugal y el Reino Unido, disponen, en distinto grado, de una legislación específica. Sin embargo, Estados como Alemania e Italia no tenían en su legislación una definición de terrorismo, sino la simple mención de asociación o grupos con fines terroristas, sin mayores precisiones sobre el contenido de este concepto. Sólo España, el Reino Unido, Francia y Portugal habían adoptado una definición de la noción de terrorismo en sus respectivas legislaciones.

Dicha definición contiene un elemento objetivo de difícil catalogación que exige *la aptitud de la conducta para lesionar a un país o a una organización internacional*, exigencia que impediría calificar como delito terrorista prácticamente todas las acciones del terrorismo islamista y en particular los atentados de 2001 en Estados Unidos, el atentado de 2004 en Madrid y el de 2005 en Londres. Esa es, probablemente, una de las causas por las cuales la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos han hecho caso omiso de dicha definición, lo que impide la armonización legislativa en la lucha contra el terrorismo, objetivo fundamental de la Decisión Marco<sup>476</sup>.

*b) La Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo*<sup>477</sup>

Esta Decisión Marco es de vital importancia, en tanto constituye el instrumento que exige una armonización en las legislaciones jurídico-penales de los Estados miembros, en el tema de la *«provocación al terrorismo»*. Al respecto, el Consejo Europeo ha tomado en cuenta la utilización de los avances tecnológicos –en especial el Internet–, por parte de individuos y organizaciones terroristas para la propagación de contenidos de carácter delictivo como medios y métodos terroristas, para inspirar y movilizar redes terroristas a través de la red global; resultando de tal forma, que la provocación a la comisión de delitos de terrorismo [entre otros] se multiplican con un coste y un riesgo muy bajos.

De ahí que dicha Decisión establece la tipificación de delitos ligados a actividades terroristas con del fin de contribuir a la prevención del terrorismo

---

<sup>476</sup> Vid. GARCÍA RIVAS, N., «La tipificación “europea” del delito terrorista en la decisión marco de 2002: análisis y perspectivas», en *Instrumentos penales y procesales contra la criminalidad organizada en la Unión Europea*, presentado en el Seminario de expertos: La orden de detención europea, ¿primer título de ejecución directa en el Espacio Judicial Penal Europeo?, Toledo 2004, 1.

<sup>477</sup> Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, publicada en el Diario Oficial número L 330 de 9 de diciembre de 2008, p. 0021-0023.



mediante la reducción de la difusión de materiales que podrían inducir a las personas a cometer ataques terroristas. Por otra parte, acató la citada Resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mediante la que se hace un llamado a prohibir por ley la «la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo», estableciéndose sanciones para los que procedan de forma dolosa para la comisión de delitos de provocación al terrorismo; esto con independencia de que sean cometidos o no a través de Internet. Además, el Consejo de Europa aclara que estas disposiciones no deben interpretarse como formas de reducir u obstaculizar el ejercicio de derechos fundamentales tales como la libertad de expresión, ideología, reunión, asociación; es decir, la expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo.

En el artículo 3 de la Decisión marco reformada, se desarrolla el concepto de «provocación a la comisión de un delito de terrorismo», el precepto cita:

*«Artículo 3*

**Delitos ligados a actividades terroristas**

1. A efectos de la presente Decisión Marco, se entenderá por:

a) "provocación a la comisión de un delito de terrorismo": la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos;

(...)

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que entre los delitos ligados a actividades terroristas se incluyan los siguientes actos dolosos:

a) provocación a la comisión de un delito de terrorismo;

(...)

3. Para que un acto contemplado en el apartado 2 sea punible no será necesaria la comisión efectiva de un delito de terrorismo».

Se advierte que la «provocación a la comisión de un delito de terrorismo» se lleva a cabo a través de dos verbos nucleares: *distribuir* o *difundir* un mensaje, pero que requiere para su correcta configuración de otros elementos esenciales: 1) la publicidad por cualquier medio de transmisión; 2) que ese mensaje induzca a la comisión de uno o alguno de los delitos de terrorismo regulados en el art. 1, apartado 1, letras a) a h); 3) que produzca el riesgo de comisión, con independencia de que *se promueva o no directamente* la comisión de tales delitos de terrorismo.

Ahora bien, merece la pena destacar la diferencia conceptual que se encuentra entre la propuesta de modificación de la Decisión marco, adoptada por la Comisión el 6 de noviembre de 2007, que luego fue remitida al Parlamento Europeo para su dictamen con fecha 8 de noviembre de ese mismo año. El texto en castellano propuesto por la Comisión citaba como sigue:

**Artículo 3.- Delitos ligados a actividades terroristas**

(1) A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por:

(a) "*inducción pública* a la comisión de delitos de terrorismo" la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los actos citados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleva el riesgo de comisión de uno o más de tales delitos.

Nótese para el caso que existe una diferencia de significativa importancia entre la propuesta de la comisión «*inducción pública* a la comisión de delitos de terrorismo» y el texto definitivamente aprobado «*provocación* a la comisión de un delito de terrorismo»<sup>478</sup>. No obstante, la alteración de los conceptos vertidos

---

<sup>478</sup> Para esclarecer dichas confusiones conceptuales, APARICIO DÍAZ explica que hay que acudir al texto de la propuesta, enmiendas del Parlamento Europeo y la modificación definitivamente aprobada por Decisión marco 2008/919 JAI en su *redacción inglesa*, pues en esta lengua la propuesta de la Comisión habla de «*public provocation to commit a terrorist offence*». Idéntica expresión que también utiliza la definitiva modificación del Consejo. Sin embargo, en el caso de la enmienda propuesta por el Parlamento, se propone utilizar otro concepto distinto: «*public incitement to commit a terrorist offence*». Por alguna razón, la traducción castellana equiparó el

se debe a un problema de traducción dada la multiplicidad de idiomas existentes en la Unión Europea, pero que al final queda zanjado de la mejor manera pues –como se sabe– la *inducción* es una forma de participación, que se produce cuando un sujeto (inductor) hace nacer de forma directa en otro (inducido) la voluntad de ejecutar el delito<sup>479</sup>; mientras que la *provocación* es un acto preparatorio punible –generalmente de manera excepcional– que consiste en incitar a otro a la comisión de un delito<sup>480</sup>. Se diferencian uno de otro precisamente en que en la inducción existe una incitación directa, un influjo psicológico, dirigida al autor material, que por sí misma es susceptible de producir en el sujeto que la recibe la resolución de llevar a cabo el hecho criminal. Además de que en la inducción, el sujeto inducido adopta la resolución ejecutiva y entre en la fase de realización del hecho.

En cuanto a la transposición de la Decisión marco a las legislaciones nacionales, el artículo 3 establece los plazos, que son:

---

término «*public provocation*» de la propuesta de la Comisión y el concepto «*public incitement*» de la enmienda número 12 del Parlamento Europeo. Siendo así que no designan realidades idénticas. Probablemente la dificultad surgida en el texto castellano se debe a que la provocación, en el ámbito del Derecho penal español, se configura como un acto preparatorio punible de forma excepcional. Sin embargo, el término «*provocation*» no tiene una configuración tan clara en los ordenamientos jurídico-penales de otros países comunitarios. Es más, propiamente, el equivalente de la provocación como acto preparatorio no es «*provocation*» sino «*incitement*». En cualquier caso, es evidente que la traducción al castellano del término «*provocation*», empleado por la Comisión en su propuesta, como «*inducción*» fue un error en la traducción. Vid. APARICIO DÍAZ, L., «Una primera aproximación a la Decisión Marco 2008/919/JAI de 28 de noviembre de 2008, que modifica la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo», en *Athena Intelligence Journal*, Vol. 4, No 1, (2009), 99-100.

<sup>479</sup> Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas (arts. 27 a 31)», en *Código Penal comentado*, Tomo I, dirigido por él mismo, Barcelona 2004, 181.

<sup>480</sup> Los elementos definidores de la provocación según la STS de 21 de marzo de 1986 son los siguientes: a) la incitación para la ejecución de un hecho previsto en la ley como delito; b) son la necesidad de que se trate de uno o de varios delitos concretos, no bastando con una actuación estimulante vaga o generalizada en orden a delinquir; c) la percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes, con independencia de su eficacia, es decir, de que hayan o no logrado la finalidad propuesta de decidir al sujeto receptor a la perpetración del hecho criminal; d) el que la incitación instrumentada ha de ser posible eficacia, es decir, que pueda reconocérsele virtualidad suasoria y de convencimiento, pero sin exigírsele un eco o reflejo de real eficacia, una fuerza suficiente y absoluta para sojuzgar y determinar la voluntad del provocado.

1) Hasta el 9 de diciembre de 2010, para transponer a las legislaciones internas (art. 3.1), debiendo los Estados miembros comunicar, antes de esa fecha, a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales (art. 3.2)<sup>481</sup>.

2) Hasta el 9 de diciembre de 2011, el Consejo verificará si los Estados miembros han tomado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la mentada Decisión marco.

Parece ser que la figura contenida el artículo 578 del Código Penal español, es la disposición que hace referencia a lo que en el artículo 3 de la Decisión marco se le llama «provocación a la comisión de un delito de terrorismo»; no obstante, este último señala como elemento esencial de la figura delictiva la incitación a la comisión de un delito de terrorismo, con *independencia de que se promueva o no directamente la comisión de los delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos*. Por lo que podría considerarse la figura de la Decisión mucho más amplia por abarcar una provocación en estricto sentido, *al incitar directamente a la comisión de delitos de terrorismo, pero también una provocación que incite indirectamente a la comisión de delitos de terrorismo; y además, una provocación que entrañe o genere un riesgo de comisión de delitos de terrorismo*<sup>482</sup>.

Con todo, esta Decisión marco que complementa a la relativa a la lucha contra el terrorismo está obligando a tipificar a los Estados miembros, actividades terroristas relacionadas con la incitación pública a la comisión de un

---

<sup>481</sup> A la fecha en que se cerró este trabajo de investigación no constaba modificación alguna en el Código Penal español (arts. 18, 578 ó 579) como resultado de la transposición de esta Decisión marco [provocación, reclutamiento o adiestramiento], a pesar de que se adoptó la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

<sup>482</sup> En este punto es donde se advierte que la figura de la provocación de la Decisión marco difiere de la provocación del Código Penal español (art. 18), en tanto que ésta requiere nada más una incitación directa que origine en efecto la comisión de uno o varios delitos; mientras que aquélla, puede considerar una incitación directa o indirecta, o inclusive sólo genere un riesgo de comisión de delitos de terrorismo.

acto de terrorismo, el reclutamiento y el adiestramiento con fines terroristas. Acudiendo a un adelantamiento de las fronteras de lo punible configurando tipos de peligro abstracto. Si bien, se está intentando contrarrestar la tendencia a que los terroristas abusen de internet como campo de entrenamiento virtual; con ello, también se están abarcando comportamientos que se realizan en un ámbito muy previo a la comisión de actos terroristas.

Así también lo sostiene NIETO MARTÍN<sup>483</sup>, quién expresa que través de esta Decisión marco, la Unión Europea está conduciendo a los Estados miembros a un Derecho penal que intenta prevenir peligros objetivos para bienes jurídicos. Se castigan comportamientos que únicamente fomentan la construcción de una actitud interna criminal en otras personas o el apoyo a esta actividad (el denominado derecho penal pre-preventivo). Este alargamiento de la amenaza penal y con ello la total desvinculación de una puesta en peligro objetiva, incluso abstracta, de un bien jurídico no resulta compatible con el principio de proporcionalidad europeo, en su manifestación de *ultima ratio*, como directriz político criminal. Cuando un comportamiento no representa un peligro actual para el bien jurídico, no puede afirmarse que la protección penal resulte necesaria.

#### 4.2.2. Americano

Desde los años Setenta, la Organización de Estados Americanos, ha tenido el tema del terrorismo como una de sus principales tareas, dándose el primer paso importante con la *Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados como delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional*<sup>484</sup>, suscrita en Washington el 2 de febrero de 1971, en

---

<sup>483</sup> Vid. NIETO MARTÍN, A., «European Criminal Policy Initiative y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea», en *Revista General de Derecho Penal*, número 13, mayo 2010.

<sup>484</sup> Suscrita en el Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrada en Washington, DC, el 2 de febrero de 1971. Véase en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-49.html>

este instrumento jurídico se da especial importancia a la protección para los diplomáticos.

Posteriormente, se celebró la primera conferencia especializada interamericana sobre el terrorismo, en Lima, en abril de 1996, en el que se acordó el *Plan de Acción sobre cooperación hemisférica para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo*<sup>485</sup>.

En una segunda conferencia especializada, celebrada en Mar de plata en noviembre de 1998, se condenó y repudió todos los actos terroristas, reconocidos como delitos comunes graves que erosionan la convivencia pacífica y civilizada, que afectan el Estado de Derecho y el ejercicio democrático y ponen en peligro la estabilidad de los gobiernos constitucionales democráticamente elegidos<sup>486</sup>. Esta conferencia concluyó con la adopción del llamado *Compromiso de Mar del Plata*<sup>487</sup>, en el cual se recomendaba la creación de «Comité Interamericano contra el Terrorismo»<sup>488</sup> (CICTE). Dicho comité fue finalmente creado por la Asamblea General, el 7 de junio de 1999.

---

<sup>485</sup> En este Plan de Acción, los gobiernos se comprometieron a: tipificar en sus legislaciones internas los actos terroristas como delitos comunes graves, promover la suscripción, ratificación y/o adhesión de los convenios internacionales relacionados con el terrorismo, de acuerdo con sus respectivas legislaciones internas, promover las medidas de asistencia mutua legal para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo, etc. Otras acciones pueden verse en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Terro4.htm>

<sup>486</sup> Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo, celebrada en Mar del Plata, Argentina, 23-24 de noviembre de 1998, véase en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Docu1.htm>

<sup>487</sup> Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Docu4.htm>

<sup>488</sup> Sus funciones serían: a) Promover el desarrollo de la cooperación interamericana para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo; b) Prestar asistencia a los Estados Miembros que así lo soliciten, a los fines de prevenir, combatir y eliminar el terrorismo, fomentando, de conformidad con la legislación interna de los Estados Miembros, el intercambio de experiencias e información sobre las actividades de personas, grupos, organizaciones y movimientos vinculados a actos terroristas, así como en relación con los métodos, fuentes de financiamiento, entidades de las que reciban protección o apoyo, en forma directa o indirecta, y su eventual vinculación en la comisión de otros delitos; c) Coordinar sus labores con las del Comité Consultivo establecido por la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados, a los fines de un adecuado intercambio de información sobre la cuestión del tráfico ilícito de armas, municiones, explosivos, materiales o tecnologías susceptibles de ser utilizadas en la perpetración de actos y actividades terroristas.

Luego de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de América, los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA encomendaron al Consejo Permanente la elaboración de un proyecto de *Convención Interamericana contra el Terrorismo*<sup>489</sup>. Convención que fue aprobada por la Asamblea General de la OEA el 3 de junio de 2002 en Trinidad y Tobago, y en la cual los Estados miembros reafirmaron «la necesidad de adoptar en el sistema interamericano medidas eficaces para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la más amplia cooperación».

La convención interamericana entiende como «delito», para los efectos del propio instrumento, los ilícitos establecidos en una serie de convenios, que devienen aplicables precisamente bajo el concepto de persecución del terrorismo<sup>490</sup>. Al respecto, la Comisión Interamericana<sup>491</sup> señaló que «la falta de una definición del terrorismo aceptada a escala internacional no significa que el terrorismo sea una forma de violencia indescriptible o que los Estados no estén sometidos a restricciones, en el marco del derecho internacional, en la configuración de sus respuestas a esa violencia. Al contrario, es posible enumerar varias características frecuentemente asociadas con los incidentes terroristas que ofrecen parámetros suficientes para que los Estados definan y

---

<sup>489</sup> La Convención Interamericana contra el Terrorismo ha sido ratificada por la inmensa mayoría de los Estados miembros de la OEA y tiene como objeto prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo. Vigésimo Tercera Reunión de Consulta OEA de Ministros de Relaciones Exteriores /Ser.F/II.23 RC.23/RES.1/01 21 septiembre 2001, Washington, D.C.

<sup>490</sup> Al respecto, el Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo pudiera tener mayor alcance, ya que sin referirse a instrumentos específicos contempla cualesquiera actos que ataquen la vida, la integridad corporal o la libertad de personas con derecho a protección internacional, los delitos que impliquen raptos, toma de rehenes o secuestro arbitrario, los delitos que impliquen utilización de diversos instrumentos explosivos «en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas».

<sup>491</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de la OEA encargado de la promoción del respeto y la protección de los derechos humanos en el continente, ha adquirido desde su creación, en 1959, una vasta experiencia en la evaluación de las implicaciones, para los derechos humanos, de las numerosas iniciativas antiterroristas emprendidas por los Estados miembros de la OEA.

evalúen sus obligaciones internacionales a la hora de responder a esa violencia»<sup>492</sup>.

La Comisión Interamericana señala que cuando los Estados miembros investigan, procesan y sancionan a personas relacionadas con el terrorismo, continúan obligados en todas las instancias por las protecciones fundamentales y no derogables del debido proceso y un juicio justo, ya sea en tiempo de paz, estados de emergencia o conflictos armados. Así también, juega un papel importante dar pleno sentido al principio de legalidad penal, como requisito en la elaboración de los tipos penales, siendo preciso utilizar términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles.

Ahora bien, en el ámbito interamericano y concretamente en la Convención Interamericana contra el terrorismo, no se regula ningún tipo delictivo relacionado con la conducta objeto del presente estudio, no hay ilícito penal en el que se tipifique la apología del terrorismo, este señalamiento es con independencia de que las legislaciones penales internas de cada Estado miembro de la OEA lo tengan regulados en sus ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, la Comisión Interamericana en su informe sobre terrorismo y derechos humanos del 22 de octubre de 2002, hizo un llamado a los Estados para que evitaran penalizar la apología del terrorismo, sin exigir algunos requisitos en el que se incitara a la violencia y además existiera un alto grado de que se produjera el resultado; expresamente la Comisión estableció:

*30. Los Estados, asimismo, deben abstenerse de promulgar leyes que penalicen en forma amplia o general la defensa pública (apología) del terrorismo o de las personas que puedan haber cometido actos terroristas sin exigir que se demuestre que esas expresiones tenían por objeto incitar a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar, y que era altamente probable que se diera dicho resultado.*

---

<sup>492</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116; Doc. 5 rev. 1 corr.; 22 octubre 2002, párr. 7. Puede consultarse en línea en: <http://www.cidh.org/terrorism/span/resumen.htm>



En este sentido, la Comisión ha hecho hincapié en que el respeto y la protección del derecho a la libertad de expresión en las Américas revisten especial importancia por el papel esencial que cumple en el refuerzo de la democracia y la garantía de los derechos humanos, al ofrecer a los ciudadanos un instrumento indispensable para una participación informada.

Finalmente, la Comisión reconoce que las iniciativas de los Estados miembros contra el terrorismo pueden ir en detrimento de una amplia variedad de otros derechos humanos como el derecho a la libertad de asociación y reunión, el derecho a la libertad de conciencia y religión, el derecho de propiedad, el derecho a la privacidad y el derecho a participar en el gobierno. De ahí la importancia en que los Estados a la hora de legislar normativas contra el terrorismo, deban de velar por el respeto al Estado de Derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

#### **4.3. En la normativa de derecho interno de los países de Alemania, Reino Unido, Estados Unidos y El Salvador.**

Para el análisis del derecho comparado se han seleccionado cuatro países, de los cuales dos son pertenecientes al entorno cultural de España como son Alemania, cuya tradición jurídico penal ha influido en gran medida en la española y el Reino Unido, cuyo ordenamiento jurídico está basado en el *common law*<sup>493</sup>; y los otros dos, corresponden a un sistema regional distinto como son: Estados Unidos, por ser la potencia que [directa o indirectamente] influyó a los países del continente americano a regular en sus países normativa antiterrorista y El Salvador, por ser el país al cual pertenezco.

---

<sup>493</sup> Como ya se sabe, este es un sistema que se caracteriza por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes, siendo su principal fuente las sentencias judiciales, las cuales tienen un carácter vinculante u obligatorio para todos los jueces, quienes no pueden apartarse de las decisiones tomadas previamente por otros magistrados.

### 4.3.1. Alemania

En el ordenamiento jurídico Alemán, el terrorismo ha exigido el ajuste, desarrollo y reforzamiento de los mecanismos punitivos en relación con las conductas que representan las formas más comunes de exteriorización del mismo. CANO PAÑOS afirma que ha sido tanto el terrorismo *tradicional* como el *moderno* el que ha dado lugar a una cascada de leyes en los más diversos ámbitos (penal, procesal, policial, penitenciario) con el único objetivo de fortalecer los instrumentos del Estado de cara a combatir –que no a tratar– la delincuencia terrorista, aun a costa de debilitar o incluso soslayar directamente derechos de los ciudadanos protegidos con rango constitucional<sup>494</sup>.

En Alemania, las reformas penales dirigidas a hacer frente a la delincuencia terrorista se iniciaron mediante la Ley de Reforma del Derecho Penal núm. 14, de 22 de abril de 1976, mediante ella se atacaron ámbitos previos a la comisión de delitos de terrorismo; verbigracia, para reprimir penalmente la difusión de propaganda en la cual se alentaba la violencia terrorista, creando tipos penales para el ámbito de los delitos de opinión. Para el tema que nos ocupa, interesa resaltar: **1) § 88a StGB (Favorecimiento anticonstitucional de hechos delictivos)**, según lo establecido en este precepto, incurría en delito aquel sujeto que de forma oral o escrita, en público o en una reunión favoreciera delitos graves que atentasen contra la paz pública, tales como el homicidio, el asesinato o la toma de rehenes, alentando con ello la disposición para cometer dichos delitos<sup>495</sup>; **2) § 130a StGB (Instrucción para delinquir)**, esta norma sometía igualmente a pena la conducta consistente en difundir, anunciar,

---

<sup>494</sup> Vid. CANO PAÑOS, M. A., «El Derecho penal ante los desafíos del terrorismo global», Recensión a Mark A. Zöller, *Terrorismusstrafrecht*, Heidelberg (C.F. Müller) 2009, en *Revista para el análisis del Derecho*, 3/2010, [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona 2010, 2.

<sup>495</sup> Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania», en en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, número 10-14, 2008, 6.

exhibir públicamente o hacer accesible un escrito que fuera apropiado como instrucción para cometer un delito de carácter grave<sup>496</sup>.

Dichas disposiciones fueron suprimidas en el año de 1981; sin embargo, constituye un antecedente histórico importante a destacar. Al respecto, CAÑO PAÑOS señaló que con la tipificación de dichas conductas, el legislador penal lo que pretendía era perseguir al conjunto de individuos que constituían todo el entorno político y social de la RAF<sup>497</sup>. No obstante, las disposiciones analizadas resultaron en la práctica sumamente ineficaces, ya que en la mayoría de los casos los órganos judiciales colocaron en un primer plano derechos fundamentales tales como la libertad de prensa, de opinión o incluso la libertad de cátedra. Además, en la mayoría de los casos en los que se abrió un procedimiento penal por un delito de los contemplados en el § 88a o en el § 130a StGB, tuvo el mismo finalmente que sobreseerse por falta de pruebas concluyentes. Por otra parte, no fueron pocas las críticas vertidas por la doctrina penal alemana, las cuales denunciaban la amplitud desmesurada de la penalidad hacia estadios encuadrables en actos meramente preparatorios, para los cuales existían ya disposiciones penales que podían cubrir ese aparente vacío legal, como por ejemplo el § 111 StGB (exhortación pública a delinquir).

Fue hasta la aprobación de la Ley Antiterrorista del año 1976 que se introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico alemán el concepto de terrorismo<sup>498</sup> a través de la creación del § 129a StGB (*Constitución de organizaciones terroristas*) que constituye un tipo cualificado con respecto al tipo básico contenido en el § 129 StGB (*Constitución de organizaciones de*

---

<sup>496</sup> Por lo demás, la Ley del año 1976 trajo consigo un endurecimiento de las conductas basadas en amenazar con la comisión de un delito (§ 126 StGB), así como aquellas consistentes en la recompensa y aprobación de delitos (§ 140 StGB). Ídem.

<sup>497</sup> La Fracción del Ejército Rojo (*Rote Armee Fraktion*, RAF), fue una organización adscrita al terrorismo revolucionario de extrema izquierda, que mantuvo –principalmente a partir de la década de los setentas– en jaque a los órganos políticos, policiales y judiciales en Alemania, constituyendo en puntuales momentos una seria amenaza a la seguridad interior.

<sup>498</sup> Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Respuestas legales al terrorismo yihadista. El ejemplo de Alemania», en *Athena Intelligence Journal*, Vol. 3, No 1, (2008), 17.

*carácter criminal*). El bien jurídico protegido en ambas disposiciones es la seguridad interior y la paz pública.

El párrafo 1 del § 129a StGB –según la redacción dada por la Ley Antiterrorista de 1976– adoptó de modo inalterado las conductas descritas en la norma originaria del § 129 StGB: 1. La *fundación* de una organización terrorista; 2. La participación en una tal organización como *miembro*; 3. El *apoyo* a una organización terrorista; 4. La *publicidad* de la misma.

Se criticó la creación de dicho delito pues era considerado de gran amplitud, ya que no sólo castigaba la fundación de una organización terrorista y la participación en la misma como miembro, sino también conductas con una evidente menor lesividad como el apoyo a una organización terrorista o la publicidad de la misma, las cuales podían acarrear una pena privativa de libertad de hasta cinco años. Al respecto, penalistas como RUDOLPHI<sup>499</sup> criticó el contenido de dicha disposición, al incluirse conductas alejadas de la dinámica comisiva de las organizaciones terroristas (verbigracia: el apoyo o la publicidad).

Frente a este contexto habían propuestas para suprimir el § 129a StGB, pero no prosperaron ante la aprobación de la Ley de Lucha contra el Terrorismo, en el año 1986, que significó una ampliación y un endurecimiento considerables de la citada disposición. Actualmente, el núcleo esencial en de la configuración del terrorismo lo constituye el parágrafo §129a StGB<sup>500</sup>. Como

---

<sup>499</sup> Autor que es citado por CANO PAÑOS en: CANO PAÑOS, M. A., «Los inicios de la lucha...», cit., 10. Para RUDOLPHI, la modalidad relativa al «apoyo a una organización terrorista» carecía de un contorno delimitado legalmente, lo cual escondía el peligro de «extender ilimitadamente» dicha conducta. Para GÖSSNER, las modalidades comisivas de apoyo y de publicidad de una organización terrorista permitían extender la sospecha de actividades relacionadas con el terrorismo a prácticamente todo el espectro de la izquierda militante.

<sup>500</sup> Merece la pena mencionar que en el llamado «primer paquete de seguridad» (*Sicherheitspaket* o también llamado *Anti-Terror-Paket*), aprobado por el Parlamento federal el 9 de noviembre de 2001, se proponía la introducción de una nueva disposición en el Código Penal alemán, el parágrafo §129b StGB (*constitución de organizaciones criminales y terroristas en el extranjero*), este precepto de aplicación exclusiva a las organizaciones criminales y terroristas extranjeras, tenía como finalidad fundamental cerrar un vacío legal, el cual el legislador alemán había venido considerando como irrelevante. No obstante, la inclusión de dicha disposición quedó pospuesta hasta la Ley de Reforma del Derecho Penal núm. 34, de 22 de agosto de 2002,

señala GARCÍA PALOMINOS, básicamente se trata de un delito de peligro abstracto, específicamente de la subclasificación de los delitos de preparación, cuyo bien jurídico, según la doctrina mayoritaria, es la seguridad pública interna. Se trata, al mismo tiempo, de un delito de mera actividad que no presupone ni el despliegue de actividad violenta *per se* ni de un resultado específico y desde la perspectiva de su ejecución, en sus modalidades de formación, amenaza y publicidad se trata de delitos instantáneos, mientras que en su modalidad de participación o contribución en la organización se trata de un delito permanente<sup>501</sup>.

Ahora bien, según se ha constatado de la legislación penal alemana no existe un delito específico referido a la apología del terrorismo o a la incitación al terrorismo. Sin embargo, la incitación al cometimiento de actos terroristas o la expresión pública de apoyo o justificación de dichos actos pueden ser castigadas de acuerdo con un número de provisiones penales bajo la ley alemana<sup>502</sup>.

El Estado alemán<sup>503</sup> considera que la incitación a cometer actos de terrorismo o la expresión pública de promulgar, apoyar o justificar dichos actos pueden ser castigados como incitación a las personas siguiendo § 130

---

que finalmente la introdujo en el Código Penal alemán. Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Respuestas legales...», cit., 51-52.

<sup>501</sup> Vid. GARCÍA PALOMINOS, G., «Sistemas penales comparados: el tratamiento jurídico del terrorismo», en en *Revista Penal*, número 24, julio 2009, 187.

<sup>502</sup> Vid. COUNCIL OF EUROPE, "*Apologie du terrorisme*" and "*incitement to terrorism*", Septiembre 2007, 111.

<sup>503</sup> Los tipos penales a los que el Estado alemán hace referencia corresponden a los expresados en el libro "*Apologie du terrorisme*" and "*incitement to terrorism*", que ha sido escrito por el Consejo de Europa y que corresponde a un cuestionario de cuatro preguntas que dicha organización envió, en agosto de 2003, a los Estados miembros del Consejo de Europa y que precisamente hacían referencia expresa a que si en su legislación interna definía la "apología del terrorismo" y/o "incitación al terrorismo" como una ofensa específica criminal y en caso de no definirla si su legislación proveía la posibilidad de sancionar la "apología del terrorismo" y/o "incitación al terrorismo" bajo otras ofensas criminales no específicas, qué cuáles serían y que sanciones aplicaban.

subsección 1, párrafo 1 StGB<sup>504</sup>; de acuerdo a tal disposición, una persona es castigada si él o ella, de alguna manera es capaz de perturbar la paz pública, incitar el odio contra secciones de la población o llamar a la violencia o medidas arbitrarias contra ellos. La pena provista es la prisión de 3 meses a 5 años.

Asimismo, se puede incurrir en tales comportamientos -apología del terrorismo o incitación al terrorismo- si una persona divulga, muestra públicamente, anuncia o presenta dichos llamados en escritos u otras formas de imágenes que la hacen de alguna manera accesible (§130 subsección 2 StGB)<sup>505</sup>, sancionado con no más de 3 años de prisión o una multa.

Por otra parte, también puede ser considerado -dependiendo de las circunstancias y del caso- como «incitación al terrorismo», la constitución o participación de una organización terrorista (§129a subsección 1 StGB), en ese sentido, existe responsabilidad criminal por formar una organización, los objetivos o actividades de dicha organización son dirigidos hacia la comisión de crímenes serios y violentos tales como asesinatos, homicidios o genocidios, algunos delitos contra la libertad personal, o actos dirigidos contra la seguridad del transporte público o ciertos servicios públicos, o actos cometidos por el uso de sustancias peligrosas tales como explosivos o agentes tóxicos. La penalidad prevista para este tipo delictivo es de prisión que oscila de un mínimo de un año a un máximo de 10 años.

Por otra parte, adquieren relevancia penal aquellos actos de comunicación a través de Internet cuando los mismos pueden ser interpretados como expresión de una conducta ligada a la actividad de las organizaciones

---

<sup>504</sup> § 130. **Amotinamiento del pueblo** (1) Quien de una manera que sea apropiada para perturbar el orden público, 1. incite al odio contra partes de la población o exhorte a tomar medidas violentas o arbitrarias contra ellas.

<sup>505</sup> § 130. **Amotinamiento del pueblo** (2) Con pena de privación de la libertad hasta tres años o con multa será castigado quien: a. divulgue; b. exponga públicamente, fije, exhiba o de otra manera haga accesible; c. ofrezca a una persona menor de 18 años, o haga accesible; d. produzca, suscriba, suministre, tenga disponible, ofrezca, anuncie, elogíe, trate de importar o exportar. 1. publicaciones (§ 11 inciso 3) que incitan al odio contra partes de la población o contra un grupo nacional, racista, religioso o determinado por su etnia, que exhorten a medidas de violencia o arbitrariedad contra ellos o agredan la dignidad humana insultándolos, despreciándolos malévolamente o calumniándolos, a todos o parte de ellos, en el sentido de las letras a hasta c, o para facilitar a otro una utilización de esa índole, o 2. divulgue por radiodifusión un programa con el contenido de lo señalado en el numeral 1.

terroristas<sup>506</sup> reguladas en los párrafos § 129a y 129b StGB. Así, el intercambio de información entre personas implicadas de una u otra manera en una organización terrorista puede confirmar la existencia de una participación en la organización como miembro, la cooperación o el apoyo a la misma o la publicidad con la intención de reclutar miembros o colaboradores<sup>507</sup>.

También hay que destacar el párrafo § 91 StGB (*instrucción para la comisión de un delito violento grave contra la seguridad del Estado*), introducido en el año 2009 por la Ley para la Persecución de la Preparación de Delitos Violentos Graves contra la Seguridad del Estado, según se establece en la subsección 1, número 1, está sujeto a responsabilidad penal aquel sujeto que elogia o hace accesible a otro un escrito o publicación, el cual por su contenido resulta apropiado para servir como instrucción para un delito violento grave contra la seguridad del Estado. Para ello resulta necesario que las circunstancias en las que se lleva a cabo esa difusión resulten proclives para despertar o fomentar la disposición de otros sujetos a llevar a cabo dicha acción delictiva. Lo mismo cabe decir con respecto a aquel sujeto que se hace con un escrito o publicación idóneo para servir como instrucción para cometer un delito violento grave contra la seguridad del Estado, siendo en este caso suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta que el autor almacene en su ordenador o en un servidor externo la información obtenida<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> Con todo, la propaganda terrorista a través de Internet no se limita únicamente a realizar una presentación de contenidos de carácter más o menos inocuo. Efectivamente, sobre todo en el ámbito relativo al terrorismo islamista pueden encontrarse innumerables páginas Web en las cuales no sólo se *incita expresamente* a sus visitantes a que lleven a cabo acciones terroristas (asesinato de infieles), sino que también se amenaza con su comisión, o bien se recompensa o *se aprueba la realización de semejantes actos (glorificación* de los llamados “mártires de Alá”). Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Los inicios de la lucha...», cit., 18-21.

<sup>507</sup> Ídem.

<sup>508</sup> ZÖLLER expone que el nuevo § 91 StGB constituye en esencia un instrumento de dudosa eficacia para afrontar la delincuencia de carácter terrorista. Como ejemplo hace referencia a la subsección 2, número 2 en el que se requiere un elemento subjetivo del tipo adicional al dolo, consistente básicamente en la intención del autor de cometer un delito violento grave contra la seguridad del Estado. Es evidente que este propósito adicional será generalmente difícil de demostrar durante del proceso penal que se siga por ejemplo contra un sujeto que tiene almacenado en su ordenador un manual de instrucciones para la fabricación de una bomba. Citado por: CANO PAÑOS, M. A., «Los inicios de la lucha...», cit., 18-21.

### 4.3.2. Reino Unido

Antes de los atentados ocurridos en Estados Unidos, el 11 septiembre de 2001, Reino Unido ya contaba con legislaciones antiterroristas<sup>509</sup>; no obstante, a partir de la fatídica fecha las autoridades británicas han aprobado una sucesión de leyes nuevas, que contienen amplias disposiciones cuya aplicación suele contravenir derechos fundamentales.

En principio el Gobierno Blair presentó un proyecto de ley sobre seguridad, crimen y antiterrorismo «*Antiterrorism, Crime and Security Act, 2001*», ello llevo a que el ministro del Interior solicitase a la Cámara de los Comunes, la derogación del art. 5 de la Convención Europea de los Derechos Humanos que garantiza el derecho a la libertad y prohíbe la detención sin proceso judicial, en base a lo dispuesto en el art. 15 de la Convención Europea, que permite que los Gobiernos puedan derogar el citado artículo en tiempos de guerra o emergencia pública; para que de esa forma, pudiesen ser detenidos ciertos sospechosos de terrorismo sin que la policía tuviera que ponerlos a disposición judicial. Tras ciertas modificaciones introducidas en la Cámara de los Loes, el 13 de diciembre de 2001 el Parlamento británico aprobaba las medidas legislativas presentadas por el Gobierno<sup>510</sup>.

---

<sup>509</sup> Inicialmente, legislación antiterrorista en Irlanda del Norte estuvo recogida en la Ley de Poderes Especiales para las Autoridades Civiles «*Civil Authorities, Special Powers, Act, 1922*» que, renovada anualmente, se convirtió en ley permanente en 1933, siendo sustituida en 1973 por la Ley de Disposiciones de Emergencia para Irlanda del Norte «*Emergency Provisions, Northern Ireland, Act, 1973*» y completada, cuando el IRA extendió sus actividades al resto del Reino Unido, y principalmente a Inglaterra, con la Ley de Prevención de Terrorismo de 1974 «*Prevention of Terrorism, Temporary Provisions, Act, 1974*» constituyendo estos dos últimas el sostén de la moderna legislación antiterrorista inglesa, siendo modificada la primera en 1978 y 1987, y la segunda en 1976,1984 y 1989.

<sup>510</sup> Esta Ley, cuya vigencia expiró el 24 de marzo de 2004, fue declarada ilegal el 16 de diciembre por el Tribunal de los Loes por ser incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos al permitir la detención de sospechosos de terrorismo de una manera que discrimina en materia de nacionalidad o estatus de inmigración, al haberse recluso en cárceles británicas a nueve ciudadanos extranjeros sospechosos de terrorismo durante tres años sin proceso judicial. Vid. ÁLVAREZ CONDE, E. Y GONZÁLEZ, H., «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», en *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*, número 7, 2006, 5-6.



Posteriormente, el 11 de marzo de 2005, sería aprobada la Ley de Prevención del Terrorismo «*Prevention of Terrorism Act, 2005*», aplicable tanto a nacionales como extranjeros, y que ante la imposibilidad de detener a los sospechosos de delitos de terrorismo sin una decisión judicial, introduce la figura de las llamadas «ordenes de control», que permiten vigilar a los extranjeros, controlar sus movimientos e incluso arrestarlos en su domicilio, dota al ministro del Interior de mayores facultades para poder excluir o deportar a extranjeros que *alienten ideas terroristas*; aumentar los controles sobre ciudadanos británicos que no puedan ser expulsados, que podrán ser detenidos en caso de resistencia; modificar la legislación de asilo para impedir la entrada de toda persona que haya tenido cualquier clase de vínculo con organizaciones terroristas; etc.<sup>511</sup>.

La Ley del Terrorismo de 2006 «*Terrorism Act 2006*», fue redactada a raíz de los atentados de Londres del 7 de julio de 2005, presentada el 12 de octubre del mismo año, recibiendo la sanción real el 30 de marzo de 2006; esta ley crea nuevos delitos relacionados con el terrorismo y modifica los existentes, siendo algunos de sus términos polémicos.

La primera parte de la ley crea una serie de nuevos delitos que tienen por objeto la prevención en la lucha contra el terrorismo. Así, esta ley frente a la dificultad que entraña la predicción del riesgo subjetivo de que un mensaje en particular resulte en actos de terrorismo se centra en el contenido del mensaje y se ciñe a unos criterios muy detallados de lo que constituye una instigación al enaltecimiento del terrorismo<sup>512</sup>. Los tipos penales pueden ser penados con hasta siete años de prisión y estipulan:

---

<sup>511</sup> *Ibidem*.

<sup>512</sup> Vid. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (VIENA), *Compendio de casos relativos a la lucha contra el terrorismo*, New York 2010, 48-49.

## Sección 1, Incitación al terrorismo<sup>513</sup>

(1) Esta Sección se aplica a una declaración que pueda ser entendida por todos o algunos de los miembros del público a la que se dirige como un estímulo, directo o indirecto o de otro tipo de inducción a la comisión, preparación o instigación de actos de terrorismo o delitos contemplados en la Convención.

(2) Una persona comete un delito si:

*a)* publica una declaración a la que esta Sección se refiere o hace declaración de otra publicación, y

*b)* en el momento en que se publique o haga su publicación, se:

*(i)* tiene la intención de que por su declaración se aliente o induzca, directa o indirectamente a los miembros del público a la comisión, preparación o instigación de actos de terrorismo o delitos contemplados en la Convención.

*(ii)* es imprudente en cuanto a la declaración alienta o induce a los miembros del público, directa o indirectamente, a cometer, preparar o instigar actos o delitos.

(3) Para los propósitos de esta sección, las declaraciones que pudieran entenderse por parte de miembros del público como indirectamente instigadoras a la comisión de actos de terrorismo o delitos contemplados en la Convención incluyen toda declaración que:

*a)* Enaltezca la comisión o preparación (tanto en el pasado como en el futuro o de manera general) de tales actos o delitos; y

*b)* Sea de tal carácter que pudiera razonablemente preverse que dichos miembros del público infirieran que el hecho enaltecido deba ser emulado por ellos en esas circunstancias.

(4) Para los propósitos de esta sección la cuestión de cómo una declaración podría entenderse y qué podría razonablemente esperarse que los miembros del público infirieran de ella, debe determinarse con respecto tanto de:

*a)* El contenido de la declaración en su totalidad; y

*b)* Las circunstancias y la forma de su publicación.

Se advierte que en el tipo delictivo aquí regulado, no sólo consigna la posibilidad del elemento subjetivo en la que exista una intención de incitar a la

---

<sup>513</sup> El contenido de las disposiciones de la *Terrorism Act 2006* se puede consultar y se encuentra disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/contents>

comisión de un delito de terrorismo, sino que también contempla la posibilidad que haya acusación por conducta imprudente.

### **Sección 2, distribución de publicaciones terroristas**

(1) Una persona comete un delito si su conducta se adapta a una de las comprendidas en la Subsección 2 y a la vez que lo hace:

*a)* su conducta tiene la intención de producir un estímulo directo o indirecto, u otro tipo de inducción a la comisión, preparación o instigación de actos de terrorismo;

*b)* su conducta se dirige a la prestación de asistencia en la comisión o preparación de tales actos, o

*c)* es imprudente en cuanto a si su conducta tiene un efecto mencionado en el párrafo (a) o (b)

(2) A los efectos de esta sección, una persona incurre en una conducta que entran en este apartado si:

*a)* distribuyere o hiciere circular una publicación de terrorismo;

*b)* da, vende o presta dicha publicación;

*c)* ofrece una publicación para la venta o préstamo

*d)* proporciona un servicio a los demás que les permite obtener, leer, escuchar o ver una publicación, o para adquirir por medio de un regalo, venta o préstamo;

*e)* transmite el contenido de dicha publicación por vía electrónica, o

*f)* tiene una publicación en su poder con el fin de que se convierta en el tema de la conducta de las enumeradas en los apartados (a) a (e).

(3) A los efectos de esta Sección, una publicación de terrorismo es una publicación en relación a la conducta comprendida en la Subsección (2), si la materia contenida en ella es probable:

*a)* que dicha conducta sea entendida, por algunos o la totalidad de las personas a las que está dirigida, como un estímulo directo o indirecto, u otro incentivo a la comisión, preparación o instigación de actos de terrorismo.

*b)* que la conducta sea entendida, por algunos o la totalidad de las personas, como útil en la comisión o preparación de tales actos, tal como figura en la publicación o puestos a su disposición, en su totalidad o principalmente, con el propósito de ser tan útil para ellos.

Esta disposición además contiene en la Subsección (4) las materias que pueden ser entendidas como instigación directa o indirecta a la comisión o preparación de actos de terrorismo, en la Subsección (5) cómo determinar si una publicación es de terrorismo con un determinado comportamiento; posteriormente, se regulan algunas exclusiones y aspectos accesorios del tipo en cuestión. Y en cuanto a la punibilidad, la Subsección (11) se establece tres tipos de penas para este delito: a) en el supuesto de condena en la acusación, con pena de prisión que no exceda de 7 años y/o una multa; b) en el juicio sumario (en Inglaterra y Gales) a una pena de prisión que no exceda de 12 meses o una multa que no exceda el máximo legal, o ambos; c) en el juicio sumario (Escocia o Irlanda del Norte) a una pena de prisión que no sea superior a 6 meses o a una multa que no exceda el máximo legal, o ambos.

### **Sección 3, aplicación de los artículos 1 y 2 a las actividades de Internet.**

Esta Sección se aplica a los efectos de las Secciones 1 y 2 en relación a los casos en:

a) que una declaración sea publicada o cause su publicación en el curso de o en conexión con el suministro o utilización de un servicio prestado por vía electrónica, o

b) de propaganda incluidos dentro de la Sección (2) antes examinados, cuando tales conductas se observen en relación con la provisión o uso de servicios prestados electrónicamente.

La penalidad es la misma que la prevista para los supuestos anteriores, ya que se trata de un precepto que sólo intenta adaptar los tipos de apología y propaganda a las especificidades propias derivadas de su distribución por internet<sup>514</sup>. En julio de 2007, Younis Tsouli y otros dos acusados se declararon culpables de utilizar Internet para incitar a actos de terrorismo fuera del Reino Unido<sup>515</sup>, fue condenado a 16 años de prisión, sus actividades incluían la

---

<sup>514</sup> Cfr. APARICIO DÍAZ, L., *El delito de colaboración con asociación terrorista*, Granada 2009, 98.

<sup>515</sup> Cfr. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (VIENA), *Op. Cit.*, 50.

creación de sitios web y foros web en apoyo de Al-Quaeda y la distribución de material de video filmado por la insurgencia iraquí.

Parece ser que Reino Unido es el Estado más escrupuloso a la hora de señalar los criterios o elementos que constituyen las conductas apologéticas de actos de terrorismo; de ahí que, el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS<sup>516</sup>, se muestra preocupado frente a la regulación de la Sección 1 de la *Terrorism Act 2006*, pues define la «incitación al terrorismo» de manera amplia e imprecisa; y cita: «En particular, una persona puede incurrir en ese delito, aun cuando no haya sido su intención incitar directa o indirectamente a su público a que cometa actos terroristas, si alguien del público interpreta su declaración como incitación a cometer tales actos». Es por ello, que el Comité recomienda a dicho Estado la posibilidad de enmendar el artículo 1 de la Ley de 2006 sobre el terrorismo, relativa a la «incitación al terrorismo», de manera que su aplicación no restrinja desproporcionadamente la libertad de expresión.

#### 4.3.3. Estados Unidos

Tras los devastadores atentados terroristas cometidos el 11 de septiembre de 2001 en suelo norteamericano, se prestó mayor atención a todos los temas relacionados con la seguridad y el terrorismo; fue así que se aprobó la denominada «*Patriot Act*» (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*)<sup>517</sup>, firmada como Ley por el presidente George W. Bush el 26 de octubre de 2001, que significa una innovación legislativa en el marco de las leyes especiales antiterroristas, novedad absoluta en la historia de los Estados Unidos.

---

<sup>516</sup> Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, en virtud del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, (CCPR/C/GBR/6), 93º período de sesiones, Ginebra 2008, 7.

<sup>517</sup> El título de la Ley es un acrónimo inventado que significa «unión y fortalecimiento de América proporcionando las herramientas adecuadas requeridas para interceptar y obstruir el terrorismo».

Ahora bien, esta legislación antiterrorista no es única en su especie, es decir, que tiene antecedentes instaurados en las administraciones de los presidentes de Reagan y Clinton. Así, en el año de 1986, el presidente Reagan firmó la *Federal Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act*, cuyo objeto era proteger las misiones diplomáticas y la infraestructura esencial, como las bases militares y las naves americanas; además, extendía de forma notable la jurisdicción penal, al considerar punibles ciertos actos de terrorismo internacional cometidos contra ciudadanos americanos por no-americanos, con absoluta independencia del lugar en que éstos se hubieren cometido<sup>518</sup>. Además, define el *terrorismo internacional* –en la 50 USC Sec. 1801– como una violación del Derecho Penal de Estados Unidos o de algún Estado, que se dirige de forma evidente a intimidar o coaccionar a la población civil y a influir sobre la política del gobierno o a condicionar su actividad. En 1987 se adoptó la *Anti-Terrorism Amendment Act*<sup>519</sup>, en la que la OLP fue declarada como una organización terrorista.

En 1995, la administración de Clinton elaboró un proyecto de ley federal anti-terrorista, la *Omnibus Counterterrorism Act*<sup>520</sup>, que permite una aplicación más rigurosa de la ley penal para los actos terroristas realizados desde los Estados Unidos. Después del atentado a un edificio federal en Oklahoma City, en el que murieron 168 personas, las previsiones legales se agravaron; Clinton obtuvo el pleno apoyo del Senado, en junio cuando se aprobó, casi por unanimidad, la *Comprehensive Terrorism Prevention Act* (1995). En marzo de 1996, la ley denominada *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, fue aprobada por la Cámara y en abril del mismo año fue convertida en ley por Clinton. En ella el núcleo originario de la propuesta de Clinton permaneció inmutable, a excepción de algunos nuevos poderes que le cedieron al FBI, por lo demás el Gobierno era el responsable de declarar a una organización de terrorista, siendo

---

<sup>518</sup> Vid. VERVAELE, J. A. E., «La legislación antiterrorista en Estados Unidos: *inter arma silent leges*», traducido por Esther Morón Lerma y María José Rodríguez Puerta, en *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, número 14, 2005, 118.

<sup>519</sup> 22 USC. Sec. 5201-5203 (1987).

<sup>520</sup> *Omnibus Counterterrorism Act* de 1995, HR, 896, S. 390, 104<sup>th</sup> Cong. (1996).

suficiente que se encontrara involucrada en una actividad peligrosa para la seguridad de ciudadanos americanos o de los Estados Unidos, también estaba a su cargo la definición del delito de terrorismo, introducía el delito de asociación ilícita, vetando cualquier tipo de auxilio material a las organizaciones involucradas en esta clase de actividades, entre otras. Luego, fue aprobado otro documento, la *Aviation Security and Anti-Terrorism Act*<sup>521</sup>, que, sin embargo, fue restringido por la Cámara de los Representantes al limitar los poderes de investigación<sup>522</sup>.

Ahora bien, se podría decir que estos son los antecedentes de la USA *Patriot Act* –como ya se mencionó– nacida a raíz de los atentados del 11 de septiembre, es una ley extensa y compleja<sup>523</sup>, que consta aproximadamente de 350 páginas y diez Títulos que introduce modificaciones sustanciales en 15 leyes federales<sup>524</sup> y que confiere inusuales poderes ejecutivos a estructuras operativas de control y a los servicios de *intelligence*, también promulgó nuevos delitos y endureció las penas por delitos de terrorismo<sup>525</sup>. No obstante, pese a la complejidad de muchas de sus normas y su incidencia sobre valores constitucionales, fue aprobada por el Congreso a través de un procedimiento de urgencia, sin debate, ni enmiendas dignas de destacar.

---

<sup>521</sup> *Aviation Security and Anti-Terrorism Act* de 1996, H.R., 3953, 104<sup>th</sup> Cong. (1996).

<sup>522</sup> Vid. VERVAELE, J. A. E., *Op. Cit.*, 118-119.

<sup>523</sup> La complejidad del documento, es sin duda, lo que ha impedido hasta el momento que se haya publicado, en Estados Unidos, un trabajo que examine de forma detallada la *Patriot Act* y que la analice de forma completa.

<sup>524</sup> Entre ellas: *Wiretap Statute*, *el Computer Fraud and Abuse Act*, *el Foreign Intelligence Surveillance Act*, *el Pen Register and Trap an Trace Statute*, *the Immigration and Nationality Act*, *el Money Launderign Act* y *el Bank Secrecy Act*.

<sup>525</sup> Entre las reformas más importantes que se dieron se encuentran: la eliminación de la separación entre la función de inteligencia dirigida hacia el exterior (internacional) y hacia el interior (nacional); se redefinió el concepto de los delitos de terrorismo; se aumentaron las penas; se reestructuraron las normas bancarias y se modificó la legislación que regula el blanqueo de capitales; y se ampliaron extraordinariamente los poderes de la policía para investigar los actos de terrorismo. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El derecho penal frente al terrorismo...», cit., 81.

La USA *Patriot Act* modifica la legislación fundamental vigente en materia de terrorismo y su innovación principal es que define en su Sección 802 el delito de terrorismo nacional como actividad que: (a) implica actos peligrosos para la vida humana, que violan el Derecho penal de Estados Unidos o de cualquier otro Estado; (b) tiene como finalidad: (b1) intimidar o coartar a la población civil; (b2) influir sobre la política del Gobierno mediante la intimidación o coerción; (b3) incidir sobre la actividad del Gobierno a través/con medios de destrucción masiva, asesinatos, secuestros; (c) es realizada principalmente dentro de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos. Al mismo tiempo, la Sección 802 amplía de modo considerable los delitos básicos que integran la noción de terrorismo.

La Sección 801 convierte en delictivos algunos actos contra –o que inciden– medios de transporte de masas, con posibilidad de prisión en caso de que se produzca la muerte de alguien. En la Sección 803, se considera como tipo delictivo autónomo dar asilo o esconder a terroristas, amplía la incriminación específica de auxilio al terrorismo, el cual no exige un fin específico; basta con que la persona interesada pueda ser consciente de que la ayuda prestada puede ser utilizada para llevar a cabo actos terroristas, independientemente de que tales actos hayan sido efectivamente realizados<sup>526</sup>.

Al respecto expresa VERVAELE<sup>527</sup>, que en Estados Unidos la definición de terrorismo y de auxilio material a grupos terroristas<sup>528</sup> es amplia y se utiliza

---

<sup>526</sup> La Sección 811 prevé un tratamiento sancionador más rígido para el terrorismo informático; la Sección 817 permite perseguir la mera posesión de productos tóxicos o biológicos; no es necesario demostrar que tales productos estuviesen destinados a ser utilizados como armas; la Sección 812 reconoce que el terrorismo representa uno de los principales retos desde el punto de vista de la legislación relativa a la criminalidad organizada, entre otras medidas. Vid. VERVAELE, J. A. E., Op. Cit., 128-129.

<sup>527</sup> *Ibidem.*, 129.

<sup>528</sup> El término apoyo material incluye ayuda económica, servicios financieros, hospedaje, capacitación, asistencia técnica, documentación falsa, equipos de comunicación, armas, sustancias que pueden causar la muerte, personal, transporte y otros bienes. En uno de los primeros casos en el cual la Fiscalía formuló una acusación basada en esta nueva norma penal, un tribunal federal de primera instancia declaró varias secciones de la ley inconstitucional por ser demasiado imprecisas. Vid. SALAS, L. P., «La Ley patriótica USA», en *Terrorismo y proceso*



incluso si proviene, por ejemplo, de bandas callejeras<sup>529</sup>. Sin embargo, no constituye delito formar parte de tales grupos *ni es punible la apología del terrorismo*. De otra parte, la definición de asociación ilícita ha sido ampliada y comprende los actos de auxilio. Hacer propaganda de los objetivos de una organización terrorista, por ejemplo, constituye una forma de auxilio y no se exige probar el dolo o la culpa. Ello restringe considerablemente las libertades de asociación y expresión consagradas en la Primera Enmienda.

No cabe duda que, con la legislación antiterrorista, Estados Unidos afrontó el fenómeno del terrorismo bajo una semántica belicista, al emplear expresiones como «guerra contra el terrorismo», desplegando así toda la retórica de la guerra contra el terrorismo y al calificar a los sujetos sospechosos involucrados como «*enemy combatants*» o «*unlawful combatants*»; es decir, combatientes enemigos, que no disfrutaban de derechos civiles en el ámbito de la jurisdicción americana. Es así, que si el Estado constitucional, los derechos fundamentales y las garantías legales reconocidas por el mismo suponían un obstáculo, lo que procedía era suprimirlas privilegiando a la seguridad nacional. Con todo, la *Patriot Act* continúa siendo una ley compleja que va en contra de la libertad, derechos civiles y pérdida de equilibrio entre los poderes del Estado.

#### 4.3.4. El Salvador

En la actualidad, es común que Códigos penales regulen los actos preparatorios punibles, sancionándolos de manera excepcional; así suelen encontrarse: *la conspiración, la proposición, la provocación y/o la apología*. En el

---

*penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 296-297.

<sup>529</sup> Cabe recordar que en mayo de 2004, en Nueva York, una simple banda callejera fue acusada con base a la legislación antiterrorista, por ser uno de sus objetivos, el de intimidar y coartar a la población civil. Vid. FUNDACIÓN ABRAVANEL, «Algunos conceptos para una legislación anti-terrorista desde una perspectiva del derecho comparado y los derechos humanos», en *Estudios Latinoamericanos para la Democracia Contemporánea*, Buenos Aires 2008, 22.

ordenamiento jurídico salvadoreño, se regula en el artículo 23 del Código Penal la conspiración y la proposición, los cuales están relacionados con los tipos específicos de la parte especial en los que expresamente se sancione.

Por otra parte, la figura de la provocación, *stricto sensu*, no aparece regulada como tal en dicha legislación; sin embargo, el artículo 349 del Código Penal regula la apología entendida como: «El que públicamente hiciere la apología de un delito común doloso, será sancionado con prisión de seis meses a dos años». Al respecto, si bien el legislador penal no está constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción típica, debe utilizar conceptos jurídicos que permitan –de una forma u otra– un margen de interpretación objetivamente determinable, de manera que se desprenda con la mayor claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada; en el presente caso, se exige un juicio complementador valorativo del juez, en la medida que hay que recurrir al significado de lo que es apología el cual puede partir de un concepto gramatical pero a nivel jurídico exige ser más restrictivo, en cuánto a los métodos, forma, etc.

A nivel de ley especial, respecto al tema en estudio, fue a raíz del atentado terrorista ocurrido en Estados Unidos, del día 11 de septiembre de 2001, que instauró una oleada de terror a nivel internacional que puso en boga al terrorismo como fenómeno criminal; fue así como distintas organizaciones internacionales instaron a los diferentes Estados a elaborar una legislación antiterrorista, siguiendo modelos asumidos en otros países.

En ese sentido, el legislador salvadoreño tomando en consideración que dicho Estado es suscriptor de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y parte de la Organización de Estados Americanos, asumió un real compromiso para prevenir, combatir y erradicar amenazas contra la paz, considerando entre las más graves al *terrorismo* y todas sus manifestaciones, incluyendo su financiamiento y actividades conexas. Fue en este contexto que, el 21 de septiembre de 2006, la Asamblea Legislativa de El Salvador emitió el

Decreto Legislativo número 108, el cual fue publicado en el Diario Oficial número 193, Tomo 373, con fecha 17 de octubre del mismo año, que contiene la *Ley Especial contra Actos de Terrorismo* (LECAT).

El considerando IV de la citada ley, merece especial mención en tanto cita: «*Que actualmente el terrorismo constituye una grave amenaza para la seguridad del país, la paz pública y la armonía de los Estados, afectando directa e indirectamente a sus nacionales en su integridad física y moral, así como en la propiedad, posesión y conservación de sus derechos, lo que hace necesario la creación de una ley especial para prevenir, investigar, sancionar y erradicar las actividades terroristas respondiendo a las circunstancias actuales y excepcionales que afectan a la comunidad internacional*».

Del anterior considerando se advierte el esfuerzo del Estado de El Salvador por unirse a la lucha en contra del terrorismo; a través de la creación de la LECAT cuyo artículo 1<sup>530</sup> establece el objeto de la ley e intenta aportar su propia definición de lo que constituye delito de terrorismo; pero para el tema que nos ocupa, es el artículo 8 de dicha ley que regula *la apología e incitación pública de actos de terrorismo*, que cita:

Art. 8.- El que públicamente hiciere apología del terrorismo o incitare a otro u otros a cometer cualquiera de los delitos previstos en la presente Ley, será sancionado con prisión de cinco a diez años.

Se advierte que en la legislación salvadoreña, la apología del terrorismo – en los términos expuestos– no describe la conducta punible en la medida necesaria para considerar que cumple con el requisito derivado del principio de legalidad penal, ya que los elementos que constituyen la norma son de tal amplitud que no significan de modo alguno indicación de un comportamiento

---

<sup>530</sup> Art. 1.- La presente Ley tiene como objeto prevenir, investigar, sancionar y erradicar los delitos que se describen en ésta, así como todas sus manifestaciones, incluido su financiamiento y actividades conexas, y que por la forma de ejecución, medios y métodos empleados, evidencien la intención de provocar estados de alarma, temor o terror en la población, al poner en peligro inminente o afectar la vida o la integridad física o mental de las personas, bienes materiales de significativa consideración o importancia, el sistema democrático o la seguridad del Estado o la paz internacional; todo lo anterior, con estricto apego al respeto a los Derechos Humanos. En ningún caso, los delitos comprendidos en la presente Ley, serán considerados políticos o conexas con políticos ni como delitos fiscales.

humano concreto; por tanto, exigen del juez un juicio valorativo que complemente la conducta típica pues la determinación en abstracto no llena el nivel mínimo de concreción precisa para que el tipo penal cumpla su función garantizadora, es decir, establecer los límites al ejercicio del *ius puniendi* y prevenir actos de arbitrariedad y abuso del poder en su ejercicio.

Por otra parte, es de señalar que a nivel penológico la norma sanciona la apología del terrorismo con una *pena de 5 a 10 años de prisión*, siendo el legislador sumamente duro al otorgar una pena tan grave a un acto sumamente distanciado de una lesión o puesta en peligro efectiva de un bien jurídico; en consecuencia, se puede afirmar que se rompe con el principio de proporcionalidad<sup>531</sup>, en tanto, no existe un grado de adecuación entre la pena a la gravedad del delito<sup>532</sup>.

---

<sup>531</sup> El *principio de proporcionalidad* es un clásico principio garantizador del Derecho penal, que significa adaptar sencillamente la pena a la gravedad del delito y al grado de culpabilidad. Es un principio tan consustancial con un sistema sancionatorio que puede considerarse implícito en el mismo. Por eso, cuando una Constitución recibe el concepto de pena en su seno puede entenderse que recibe con ello todas las características consustanciales a ese concepto, entre ellas la proporcionalidad entre la gravedad objetiva y subjetiva del hecho. El principio de proporcionalidad está integrado en las estructuras fundamentales del ordenamiento jurídico no sólo por formar parte natural del sistema sancionatorio, sino también por estar implícitamente acogido en el Derecho constitucional. Vid. LÓPEZ GARRIDO, D. Y GARCÍA ARAN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid 1996, 29.

<sup>532</sup> Mientras que el principio de proporcionalidad, en sentido amplio –plasmado en los principios de protección de los bienes jurídicos y de intervención mínima– despliega sus efectos fundamentalmente en la selección de la zona penal, es decir, de la clase de conductas que han de configurarse como delito, el principio de proporcionalidad en sentido estricto opera fundamentalmente en la puesta en relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad. Por ello puede hablarse en este ámbito de un principio de proporcionalidad de las penas, que a su vez se proyecta, primero, en la fijación legislativa de las mismas o conminación legal abstracta y, dentro de ella y de cada delito, en su determinación concreta por el juez al aplicar la ley. Vid. BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, I., Y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona-Bilbao 1999, 59.



# SEGUNDA PARTE: ESTUDIO CONCRETO DEL DELITO DE APOLOGÍA DEL TERRORISMO

## CAPÍTULO V

### EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DE LA APOLOGÍA DELICTIVA

A lo largo de la historia la apología del delito ha recibido un tratamiento jurídico distinto, utilizándose diversas técnicas de incriminación, ya sea en leyes especiales, en el Código penal como delitos comunes con motivación especial o como delitos autónomos. Es así, que dicha institución jurídica ha suscitado controversia entre la doctrina<sup>533</sup>, siendo de contornos imprecisos; sin embargo, con el fin de contextualizar la apología delictiva es preciso delimitar su alcance y determinar su naturaleza jurídica, tomando en cuenta su evolución legislativa.

#### 5.1. Período anterior a la vigencia de la Constitución española de 1978

El antecedente más antiguo se remonta al año de 1845, mediante el *Real Decreto de Prensa e Imprenta de 6 de julio de 1845*<sup>534</sup>, cuyo artículo 2.1

---

<sup>533</sup> V. gr. La extensión del tipo delictivo, la intensidad de la apología y su misma estructura objetiva, presentan variados e incluso contrapuestos matices en los códigos y leyes penales sucesivamente vigentes. Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., «La apología delictiva», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 1, 1981, 902. «Un sector de la doctrina científica ha llegado incluso a denominarla un caso paradigmático», Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., «Rasgos característicos de la regulación de la apología en la legislación española y en el ámbito europeo», en *Cuadernos de Política Criminal*, No 101, Segunda Época, 2010, 104.

<sup>534</sup> Sobre dichos antecedentes: DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», en *Cuadernos de política criminal*, N° 58, 1996, 71; DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid 1986, 43; y, LAMARCA PÉREZ, C.,

consideraba delictivos a todos los escritos que «elogiaran o defendieran hechos punibles». Se advierte, así, que la apología aparece regulada en el marco de una Ley especial, vinculada a los medios de comunicación, los que a su vez aparecerán –desde entonces– sujetos a la apología.

Posteriormente, se regula en el *Código Penal de 1870*<sup>535</sup>, la apología de acciones calificadas por la ley de delito como constitutiva de una mera falta, manteniéndose así el castigo de la difusión impresa; según el Libro III, Título I, Capítulo I, cuyo artículo 584 citaba: «*Incurrirán en la pena de 25 á 125 pesetas de multa: 4º los que en igual forma, sin cometer delito, provocaren á la desobediencia de las leyes y de las Autoridades constituidas, hicieren la apología de acciones calificadas por la ley de delito, ú ofendieren a la moral, á las buenas costumbres ó á la decencia pública*».

La *Ley de 10 de julio de 1894*, introdujo por primera vez en el sistema penal la figura de la apología como constitutiva de delito, penándose con prisión correccional, artículo 7 «*la apología de los delitos o de los delincuentes penados por esta Ley*»<sup>536</sup>, esta norma especial se promulgó con el fin de sancionar los delitos de terrorismo y colocación o tenencia de explosivos<sup>537</sup>, apareciendo con ello la política penal de represión contra el terrorismo, vinculada a la represión del anarquismo a fines del siglo XIX<sup>538</sup>.

---

«Apología: un residuo de incriminación de la disidencia», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 28, 2006, 41.

<sup>535</sup> Art. 584, 4º del Capítulo I De las faltas de imprenta, Título I De las faltas de imprenta y contra el orden público, del Libro III De las faltas y sus penas. Cfr. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *Código Penal de 1870 –concordado y comentado–* Tomo VIII, Salamanca, 1899, 412-413.

<sup>536</sup> Cfr. MOSQUETE, D., «El delito de apología», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, N° 10, enero de 1946, 14; y, DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 72.

<sup>537</sup> Ley que posteriormente fue modificada por la Ley de 2 de septiembre de 1896, agravando las penas y llegando a incluir la pena de muerte. Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Notas sobre la propuesta de tipificación de la apología del terrorismo», en *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, N° 15, 2001, 186. «Según los artículos 1º y 2º», Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y manifestación*, Madrid, 1982, 159.

<sup>538</sup> Vid. RIVERA BEIRAS, I., *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, 2005, 367.

En el *Código Penal de 1928*<sup>539</sup> se sanciona la apología como delito con una doble regulación: (Título III: delitos contra el orden público, Capítulo IV: desórdenes públicos) en el art. 315 se castigaba a: «los que hicieren públicamente la apología de los delitos penados en este Código, y en las leyes especiales o la de las personas responsables de ellos, serán castigados con la pena de dos meses y un día a seis meses de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas»; y, en el (Título IX: delitos contra la seguridad colectiva, Capítulo I: estragos y delitos afines) art. 561<sup>540</sup>, núm. 2 «La apología de estos delitos [apología de la inducción a ejecutar atentados contra personas o cosas mediante explosivos] y de los responsables de ellos será castigada con la pena de seis meses a seis años de reclusión». Este párrafo deroga el art. 7 de la Ley de 10 de julio de 1894.

Desaparecida la Monarquía<sup>541</sup>, la *Ley de Defensa de la República, de 21 de octubre de 1931*, incrimina en el apartado VI de su artículo 1º la «apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación y el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos a uno u otras». El interés de esta normativa radica en que la apología ya no precisa recaer en hechos constitutivos de delito<sup>542</sup>.

Mediante el *Código Penal de 1932*<sup>543</sup>, se vuelve a recoger la figura de la apología que se hacía por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación, considerándola como una mera falta, no existe la apología

---

<sup>539</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, E., *Código Penal de 8 de septiembre de 1928*, publicación autorizada por R.O. del Ministerio de Justicia y Culto de 19 de diciembre de 1928, Barcelona 1928, 129, 242-243.

<sup>540</sup> Art. 561.1 *El que sin inducir directamente a otros a ejecutar cualesquiera de los delitos enumerados en los artículos anteriores [art. 559.- atentados contra personas o cosas mediante explosivos; art. 560.1.- tenencia de sustancias o aparatos explosivos; art. 560.2.- fabricación, venta o transporte de los mismos] provocase de palabra, por escrito o por cualquier medio de difusión a la perpetración de dichos delitos, incurrirá en la pena señalada a los autores respectivos, si a la provocación hubiera seguido la perpetración, y en la inferior inmediata, cuando no se realizaré el delito.*

<sup>541</sup> La monarquía había sido interrumpida por la llamada Segunda República constituida por los años 1931-1939.

<sup>542</sup> Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Ob. Cit.*, 160.

<sup>543</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, primera edición, Madrid 1934, 802-803.



generadoras de delitos; en ese sentido, se recoge en Libro III, Título I, de las faltas de imprenta y contra el orden público, Capítulo I de las faltas de imprenta, art. 561.- «Incurrirán en la pena de 50 a 250 pesetas de multa: 4.º Los que en igual forma, sin cometer delito, provocaren a la desobediencia de las leyes y de las Autoridades constituidas, hicieren la apología de acciones, calificadas por la ley de delito, u ofendieren a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública».

La *Ley de Terrorismo y Explosivos de 11 de octubre de 1934*, consignó la apología como delito castigándola con pena de prisión menor y la apología de aquellos delitos que no fueran de terrorismo o explosivos seguía siendo constitutivo de una falta<sup>544</sup>. Así, el art. 3 castiga al «que, sin inducir directamente a otro a ejecutar el delito castigado en el art. 1º, provocare públicamente a cometerlo o hiciere apología de esta infracción»<sup>545</sup>. Además, la *Ley de 23 de noviembre de 1935*, agregó en el artículo 2, número 11, de la Ley de Vagos y Maleantes del 4 de agosto de 1933, la posibilidad de declarar como peligrosos por antisociales de los que en sus actividades y propagandas reiteradamente incitaran a la ejecución de delitos de terrorismo o de atraco y los que públicamente hicieran la apología de dichos delitos<sup>546</sup>.

Durante la etapa del régimen franquista<sup>547</sup> la legislación, en la lucha contra el terrorismo, se endurece; así, mediante la *Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941*, se amplió el número de delitos cuya apología daba lugar a la apología delictiva, como se constata del artículo 15 que castiga como apologeta al que «públicamente, por medio de la prensa, radio, cine, multicopista o de cualquier otro medio de difusión, provocara a la ejecución de alguno de los delitos mencionados en los artículos 1, 2, 3 y 9 párrafos primero y segundo, de la Ley, y de sus

---

<sup>544</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GIL, F., Op. Cit., 903.

<sup>545</sup> Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Ob. Cit., 160; y, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., Op. Cit. 187.

<sup>546</sup> Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 72.

<sup>547</sup> La etapa del régimen franquista abarca los años 1939-1975.

*culpables*», añadiendo en el inciso 2º «*la apología de estos delitos y la de sus culpables, se penará con prisión de tres a nueve años*»<sup>548</sup>.

Se advierte entonces que se amplió las penas y se amplió el ámbito típico del delito de apología, configurando también como delictiva los delitos de traición de los delitos «contra la forma de Gobierno», en sus tipologías más graves.

El *Código Penal de 1944*<sup>549</sup>, introduce nuevamente el sistema de doble regulación de la apología. Por un lado, la apología de cualquier delito se sanciona como falta en el Libro III, artículo 566.- «*Incurrirán en la pena multa superior a 50 pesetas e inferior a 1.000: 4º.- Los que en igual forma, provocaren a la desobediencia de las leyes y de las autoridades constituidas, hicieren apología de acciones calificadas por la ley de delito, u ofendieren la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública*». El precepto se refiere solamente a la apología realizada por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación, no a la realizada verbalmente<sup>550</sup>. Esta falta queda como tipo residual para englobar la apología de los delitos no citados en el artículo 268<sup>551</sup>.

Y por otro, se sanciona como delito cuando el elogio versa sobre conductas que van en contra de la seguridad interior del Estado en el artículo 268.- «*La apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro medio de difusión de los delitos comprendidos en este Título, y la de sus culpables, será castigada con la pena de prisión menor*».

---

<sup>548</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GIL, F., Op. Cit., 903; y, REBOLLO VARGAS, R., *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal. La exteriorización de la voluntad delictiva*, Valencia, 1997, 109-110.

<sup>549</sup> DECRETO DE 23 DE DICIEMBRE DE 1944, DE CÓDIGO PENAL DE 1944, texto ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, Barcelona 1954, 205-206 y 112. Según MORILLAS CUEVA, la característica esencial de este Código es el endurecimiento enorme que contempla no sólo de penas y delitos sino del mismo sistema penal. Respondiendo lógicamente a las premisas políticas, religiosas y sociales del régimen que lo sustenta y del cual el propio Texto sirve de apoyo férreo. Cfr. MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid 2004, 143.

<sup>550</sup> Queda fuera de él la apología de delitos comprendidos en el Título II del Libro 2º del Código Penal, penada especialmente en el artículo 268.

<sup>551</sup> Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «La apología específica del artículo 268», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 32, Madrid 1987, 289.

En este punto se plantea una problemática en la penalidad de tales conductas, ya que la apología según el art. 268 tenía asignada una pena de prisión menor para todas los tipos penales recogidos en el Título II del Libro II; no obstante, en esta parte del Código también se recogían tipos delictivos sancionados con pena de arresto mayor<sup>552</sup>. De tal forma, se advierte –sin duda– el contrasentido de que el delito de apología está castigado con mayor pena (prisión menor) que la pena contemplada por la comisión del delito base<sup>553</sup>. Por otra parte, según lo expresa HERNÁNDEZ GIL<sup>554</sup>, se da la paradoja para aquellos delitos que atentan gravemente a la seguridad del Estado y que llevan aparejadas penas de reclusión mayor, cuyas apologías sólo se contemplan como faltas –porque no están regulados en el referido Título II del Código Penal– aún así se trate de los más graves delitos cometidos contra las personas (arts. 405, 406, 501.1º y 2º) o la seguridad personal (art. 483).

Finalmente, en este período se introdujo el concepto más amplio que había existido de la apología mediante el *Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y la seguridad personal*, que castigaba en el artículo 10 con la pena de prisión menor, multa e inhabilitación especial a los que «*públicamente, de modo claro o encubierto, defendieren o estimularen las ideologías comunistas, anarquistas o separatistas, o el empleo de la violencia como instrumento de acción política o social, o a los que manifestaren su aprobación o pretendieren justificar la perpetración de cualquier acto terrorista, o enaltecieron a sus ejecutores o participantes, o trataban de minimizar la responsabilidad de las conductas tipificadas en el Decreto-Ley por medio de la crítica –directa o solapada– de las sanciones legales que las previenen o castigan, o intentaren*

---

<sup>552</sup> Por ejemplo: art. 165.- Impresos clandestinos, art.167.2 De las reuniones no autorizadas, art.175.- De las asociaciones sin observar los requisitos prevenidos por la ley, art. 211.- Ofensa al sentimiento religioso, art. 237 Resistencia no grave y desobediencia grave, art. 239.- Blasfemia, etc.

<sup>553</sup> Prisión menor: de 6 meses y 1 día a 6 años; y el arresto mayor: de 1 mes y 1 día a 6 meses. Cfr. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Barcelona 1978, 671.

<sup>554</sup> Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., *Op. Cit.*, 904.

*menoscabar la independencia y el prestigio de la justicia mediante manifestaciones de solidaridad con las personas encausadas o condenadas»<sup>555</sup>.*

DEL ROSAL BLASCO, afirmó que: «probablemente, el concepto más amplio de apología que legislador penal alguno haya podido inventar». A lo que VIVES ANTÓN<sup>556</sup> añadió que también es, quizás, el más incompatible con los requerimientos mínimos de la democracia, pues lo prohíbe casi todo, excepto, tal vez, pensar.

Este artículo se dejó sin efecto mediante el *Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero*, la aplicación de esta nueva legislación marcó el inicio de un período de acusada e ininterrumpida actividad terrorista que, aunque decreció en 1977, se incrementaría de forma dramática en 1978, para no volver a disminuir de forma significativa hasta el inicio de la década de los años ochenta<sup>557</sup>.

## **5.2. Período posterior a la vigencia de la Constitución española de 1978**

La instauración de un régimen democrático tras las elecciones generales de 1977 trajo consigo la necesidad de readecuar las instituciones del Estado, así como adaptar las legislaciones al nuevo marco político. A principios de 1978, el Gobierno amplió cuantitativa y cualitativamente las medidas antiterroristas de forma inconexa a diferentes niveles. Esta primera etapa postfranquista se caracterizó por un marcado aumento en la actividad represiva, mediante la promulgación de una serie de leyes que no respondía a la situación socio política sino a ofrecer una imagen de decisión y fortaleza<sup>558</sup>.

---

<sup>555</sup> Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 72.

<sup>556</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: El problema de la apología del terrorismo», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 32.

<sup>557</sup> Cfr. JAIME JIMÉNEZ, O., *Policía, terrorismo y cambio político en España, 1976-1996*, Valencia 2002, 232.

<sup>558</sup> Vid. *Ibidem*, 25-26, 58-59.

### 5.2.1. Anterior a la vigencia del Código Penal de 1995

En el llamado período de transición democrática, la legislación antiterrorista fue sometida a una serie de reformas, dado el incremento de la misma, y según lo expresa RODRÍGUEZ DEVESA<sup>559</sup> con supina ignorancia se llegó a considerar la “reintroducción de la apología delictiva en el Código Penal”, cuando ya estaba castigada en los artículos 268 y 566.4 del mismo.

No obstante, con posterioridad a la aprobación de la Constitución española de 1978, mediante el *Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana*, se considera al terrorismo como una forma de delincuencia específica y se introduce el delito de la apología sancionándola en su artículo 1.- «La apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión, de las conductas y actividades de las personas a que se refiere el número 1.º del artículo 3.º del presente Real Decreto-ley será castigada con la pena de prisión menor»<sup>560</sup>.

Luego, la *Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a la libertad de expresión, reunión y asociación*<sup>561</sup>, reformó los artículos 268 y 566.4; el primero disponía «El que hiciere apología oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de delitos comprendidos en este título o de los cometidos por bandas o grupos armados y sus conexos o de sus culpables, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la correspondiente al delito que hubiera sido objeto de la apología», con esta reforma se solucionaba la problemática de la penalidad de la apología, pues en algunos casos la apología estaba castigada con mayor pena que la contemplada por la comisión del delito base. Y el art.

---

<sup>559</sup> Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid 1988, 678.

<sup>560</sup> El número uno del artículo 3 se refiere a «Todos los cometidos por personas o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos». REAL DECRETO-LEY 3/1979, DE 26 DE ENERO, SOBRE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA («BOE» número 28, de 1 de febrero de 1979), 261.

<sup>561</sup> LEY ORGÁNICA 4/1980, DE 21 DE MAYO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, REUNIÓN Y ASOCIACIÓN («BOE» número 142, de 13 de junio de 1980), 45.

566 número 4, citaba «Los que de igual forma provocaren a la desobediencia de las Leyes o de las autoridades constituidas, o hicieren apología de acciones calificadas por la Ley como delitos que no fueren de los expresados en el artículo 268».

Posteriormente, la *Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del Código Penal y el de Justicia Militar*, eleva sensiblemente las penas e incorporaba el artículo 216, bis, a), número 1, párrafo 2, que citaba: «la misma pena se impondrá [pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos] al reo de apología de los delitos a que se refiere el párrafo anterior [arts. 174 bis b), 214 y 217] y al de apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse, así como al de la del terrorismo realizado por medio de bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre»<sup>562</sup>.

El ámbito material de este artículo coincidía en buena medida con el artículo 268, pero castigaba con pena inferior en grado a la prevista para el delito de referencia la apología de ciertos delitos de terrorismo, rebelión y rebeldía. Y así como lo expresa BARQUÍN SANZ Y OLMEDO CARDENETE<sup>563</sup>, dado que las infracciones de referencia estaban incluidas en el ámbito del artículo 268 y que la pena prevista en el artículo 216 bis a) era superior, la entrada en vigor de esta norma convirtió en inaplicable la referencia del mismo a las bandas o grupos armados<sup>564</sup>.

---

<sup>562</sup> LEY ORGÁNICA 2/1981, DE 4 DE MAYO, QUE MODIFICA Y ADICIONA DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL Y EL DE JUSTICIA MILITAR («BOE» número 107, de 5 de mayo de 1981), 30.

<sup>563</sup> Cfr. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., «artículo 18», en *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Artículos 1 a 18, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1999, 928. Puede verse además: ARROYO ZAPATERO, L., «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», en *Cuadernos de política criminal*, N° 15, 1981, 398; y, CARBONELL MATEU, J. C., «Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo II, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y Miguel Bajo Fernández, Madrid 1983, 193.

<sup>564</sup> Véase también: POLAINO NAVARRETE, M., «apología de los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado», en *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, III. *Delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado; de las falsedades*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1994, 470-471.

El anterior precepto quedó derogado por las disposiciones de la *Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución*, esta Ley tiene un ámbito de aplicación dirigido a «las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes que proyectaren organizaren o ejecutaren los delitos que se especificaban en el siguiente apartado y a las que cooperaren en ellos o provocaren a la participación en los mismos o encubrieran a los implicados»; señalando también «a los que hicieren apología de tales delitos», los que estaban referidos a un catálogo amplio de delitos<sup>565</sup>. Además, estableció un concepto amplio de apología que citaba:

*Art. 10.- 1. La apología de los delitos comprendidos en esta Ley será castigada con las penas de prisión menor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. En el supuesto de que el delito tuviera señalada la pena de prisión menor o inferior, la apología será castigada con la pena inferior en un grado. Los Jueces y Tribunales podrán acordar la clausura del medio en el que se hubiere realizado la publicación o difusión con los efectos expresados en el artículo 21.*

*2. Se considera, en todo caso, apología:*

*a) La alabanza o aprobación de hechos delictivos comprendidos en esta Ley, mediante la manifestación hecha en público.*

*b) El apoyo o ensalzamiento de la rebelión o de las actividades propias de una organización terrorista o grupo armado o rebelde, o de los hechos y efemérides de sus miembros mediante la publicación y difusión en los medios de comunicación social de artículos de opinión, reportajes informativos, composiciones gráficas, comunicados y, en general, cualquier otro modo en el que se materialice la difusión.*

---

<sup>565</sup> a) Delitos contra la vida y la integridad de las personas. b) Atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos y sus familiares. c) Detenciones ilegales, secuestros bajo rescate, o cualquier otra condición o con simulación de funciones públicas. d) Asaltos a establecimientos militares y de las Fuerzas de Seguridad del Estado (...). e) Coacciones, amenazas o extorsiones. f) Incendios u otros estragos. g) Delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor, contra los altos Organismos de la Nación (...). h) Rebelión. i) Tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, manipulación, transporte o suministro. j) La constitución de entidades, organizaciones, bandas o grupos formados para la actividad terrorista o rebelde, la pertenencia los mismos y loa actos de cooperación o colaboración con sus actividades. k) Cualesquiera otros delitos realizados por las personas comprendidas en el núm. 1, cuando la comisión de los mismos contribuya a la actividad terrorista o rebelde, así como los delitos conexos y los cometidos en cooperación con dichas actividades o individuos.

c) *El apoyo o adhesión a la rebelión o a las organizaciones terroristas o grupos armados o rebeldes o a sus actividades o a las de sus miembros, mediante discursos, soflamas u ostentación de pancartas, que se produjeran durante la celebración de concentraciones en las vías urbanas u otros lugares abiertos al público.*

3. *No se aplicará este precepto cuando el hecho esté sancionado en otra o más normas que lo castiguen con pena de mayor gravedad*<sup>566</sup>.

Con posterioridad, la *Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal*<sup>567</sup>, deroga en su Disposición Final a la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, por lo que la apología volvía en ese momento en exclusiva al régimen legal de los artículos 216 bis, a), núm. 1, párr. 2, 268 y 566.4.

Esta reforma significa un intento de superación de la anterior legislación de emergencia y de retorno a la normalidad, en la medida en que incorpora a la ley común, lo que antes era objeto de leyes especiales. Pero por lo mismo suponen que el terrorismo no es un fenómeno coyuntural, sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianidad y percibida por el poder como un elemento patológicamente estructural, al que no conviene hacer frente con instrumentos transitorios<sup>568</sup>.

Por su parte, la *Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal*<sup>569</sup>, deja sin contenido la falta prevista en el artículo 566.4 del Código Penal que sancionaba la apología de los delitos no previstos en el artículo 268. Sin embargo, los artículos 216 bis, a), núm. 1, párr. 2 y 268 del Código Penal seguían vigentes.

---

<sup>566</sup> LEY ORGÁNICA 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE, CONTRA LA ACTUACIÓN DE BANDAS ARMADAS Y ELEMENTOS TERRORISTAS Y DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 55.2 DE LA CONSTITUCIÓN («BOE» número 3, de 3 de enero de 1985. Corrección de erratas «BOE» número 65, de 16 de marzo de 1985), 45-46.

<sup>567</sup> LEY ORGÁNICA 3/1988, DE 25 DE MAYO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL («BOE» número 126, de 26 de mayo de 1988), 24.

<sup>568</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Madrid 1988, 13.

<sup>569</sup> LEY ORGÁNICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO, DE ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO PENAL («BOE» número 148, de 22 de junio de 1989), 87.



Finalmente, antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal, en la exposición de motivos de la *Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio*<sup>570</sup>, se consideró urgente la introducción de nuevas disposiciones penales para hacer frente a la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetraban bajo las banderas y símbolos de ideología nazi, sobre todo frente a la aparición en la guerra de la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas. Así, se introducen los siguientes artículos:

*Art. 137 bis, b) La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior [art. 137 bis, a)] se castigara con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo.*

*La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito.* (Subrayado suplido).

*Art. 165 ter.- 1. Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100 .000 a 1 .000.000 de pesetas.*

*2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito.* (Subrayado suplido).

---

<sup>570</sup> LEY ORGÁNICA 4/1995, DE 11 DE MAYO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL, MEDIANTE LA QUE SE TIPIFICA LA APOLOGÍA DE LOS DELITOS DE GENOCIDIO («BOE» número 113, de 12 de mayo de 1995), 43.

Al respecto, expresa CUERDA ARNAU que la novedad en esta Ley consiste en el hecho de que se utiliza la apología en ámbitos ajenos al terrorismo, o más precisamente, en delitos que no son la expresión violenta de la discrepancia política; y es esa expansión del castigo de la apología a otros sectores lo que provoca mayor sobresalto en la medida en que se trasladan los efectos limitadores de la libertad de expresión a ámbitos del mero disenso frente a las ideas sociales dominantes<sup>571</sup>.

Como se observa se utiliza un concepto de apología, similar pero no coincidente, para el delito de apología del genocidio (art. 137 bis b) y para el delito de provocación (art. 165 ter); esto es así, porque la diferencia radica en que en el delito de apología del genocidio se amplía el ámbito punible y se incluye la exposición de ideas o doctrinas que «nieguen, banalicen o justifiquen hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio (...)»; es precisamente a esta ampliación a lo que BARQUÍN SANZ<sup>572</sup> denomina *apología impropia*, que presenta una relación de menor inmediatez para con la conducta criminal de referencia (el genocidio), en la medida en que no supone una alabanza directa de hechos concretos de genocidio, sino más bien un apoyo de tipo indirecto, general y abstracto, llevado a cabo a través de la defensa de ideologías que *suelen ir aparejadas con dichos actos*.

En igual sentido, CUERDA ARNAU sostiene que más allá de las dos modalidades tradicionales de apología, el art. 137 bis b) conlleva una ampliación intolerable; pues las conductas típicas de *negación, banalización o justificación* no suponen una apología manifiesta, sino, más bien, meros

---

<sup>571</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», en *Boletín de información. Ministerio de Justicia e Interior*, N° 1757, Año XLIX, 5 de octubre de 1995, 91-92.

<sup>572</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J., «Apología del genocidio», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVIII, Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Delito de la apología de la discriminación de las personas y sobre las penas del genocidio, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1997, 376-377.

síntomas de una aprobación encubierta del delito de genocidio. De tal modo, la citada autora llega a considerar inconstitucional este aspecto de la regulación, en la medida en que representaría un límite materialmente injustificado de la libertad expresión que no respeta el contenido esencial de dicho derecho<sup>573</sup>.

Con lo anterior, se manifiesta básicamente –de forma somera– los problemas de legitimidad que presenta la figura punible sobre el derecho a la libertad de expresión respecto a la amplitud del ámbito punible del art. 137 bis b) en comento.

Sobre el artículo 165 ter, LANDA GOROSTIZA<sup>574</sup> sostiene que la peculiaridad de esta disposición consiste en incriminar la apología como forma de provocación referida no a una conducta delictiva, sino a la discriminación misma. La referencia de la apología tradicional a una conducta no delictiva convertía al precepto en dudosamente constitucional, por cuanto que se estaría invadiendo de forma insoportable para un Estado democrático el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Continúa expresando la autora, que el art. 165 ter posee una alta cota de imprecisión y excesiva amplitud que combina, por otro lado, con una redacción críptica y confusa que oscurece aún más si cabe el ámbito punitivo<sup>575</sup>.

En similar sentido, BARQUÍN SANZ sostiene que el tipo en mención utiliza una fórmula tetrapartita: *provocar directamente, provocar mediante apología, incitar*

---

<sup>573</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., Op. Cit., 114-115.

<sup>574</sup> Vid. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada 2001, 84.

<sup>575</sup> El artículo 165 ter, a la postre modalidad concreta de delito de provocación, no hace sino agravar y tensionar al máximo este delicado problema de equilibrio [entre el interés de luchar contra el racismo y no castigar la mera opinión] en la medida en que utiliza una técnica descriptiva del tipo excesivamente difusa. Incorpora como modalidad de provocación la apología de un hecho no delictivo y a ello se añade el uso del impreciso término «discriminación» proyectándose el precepto, además, sobre todo un conjunto de causas que nos reenvían a universos conductuales no sólo xenófobos sino también puramente ideológicos como, por otra parte, se deriva de la orientación genérica del tipo de tutela del principio de igualdad. Vid. *Ibidem.*, 85.

*directamente e incitar mediante la apología, que, sin embargo, son absolutamente equivalentes*<sup>576</sup>.

De lo anterior se puede concluir que ambas disposiciones, tanto el delito de la apología del genocidio (art. 137 bis b) como el delito de provocación (art. 165 ter), por su amplitud y falta de precisión contienen problemas de incriminación de la opinión respecto del derecho a la libertad expresión.

## 5.2.2. Código Penal de 1995

### A. Proyectos de Código Penal de 1995

Previo a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se presentaron al Congreso de Diputados una serie de proyectos de Ley de Código Penal que no prosperaron; no obstante, es interesante hacer alusión a tales propuestas para visualizar la directriz político-criminal que se mantenía en torno a la figura de la apología hasta la que se instauró en la actualidad con el citado Código Penal. Así:

- El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980<sup>577</sup>, en cuyo Capítulo II denominado “Del grado de ejecución”, encontramos:

*Art. 22.- Los actos preparatorios de la infracción penal, así como la conspiración, proposición o provocación para delinquir y la apología del delito, sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley.*

*Art. 23.- inc. 4º. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas tendentes a considerar*

---

<sup>576</sup> Vid. El legislador incurre en una especie de verborrea descriptiva que oculta la verdadera esencia del tipo. BARQUÍN SANZ, J., «Apología de la discriminación», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVIII, Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Delito de la apología de la discriminación de las personas y sobre las penas del genocidio, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1997, 394-395.

<sup>577</sup> PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 17 de enero de 1980, número 106-I, 673.

como encomiables hechos que son constitutivos de delito, a preconizar su ejecución o a enaltecer a sus autores. (Subrayado suplido).

Y además en el Capítulo III, bajo el epígrafe “Disposición común” encontramos:

*Art. 632.- La apología pública de los delitos previstos en el Capítulo I de este Título [Delitos de traición] y en los Capítulos I [Rebelión] y II [Sedición] y Sección 2ª [De los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos] del Capítulo VIII del Título XII será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses.*

- La propuesta de anteproyecto del Código Penal de 1983<sup>578</sup>:

*Art. 19.- núm. 4. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas tendentes a considerar como encomiables hechos que son constitutivos de delito, a fomentar su ejecución o a enaltecer a sus autores. (Subrayado suplido).*

*Art. 495.- núm. 1. La conspiración, la proposición, la provocación, la apología oral o escrita o por medio de algún procedimiento de difusión, así como cualquier acto preparatorio destinado a facilitar la comisión de los delitos previstos en esta Sección [Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos], se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondiere, respectivamente, a los delitos previstos en los artículos anteriores.*

- El proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992<sup>579</sup>, no regula en el artículo 15 de su parte general a la apología delictiva, pero sí regula apologías específicas:

*Art. 562. 1. La conspiración, la proposición o la provocación para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores [Delitos de traición art. 558 al 561], así como su apología, será castigada con la pena de prisión inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.*

---

<sup>578</sup> Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 76; y, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Notas sobre la propuesta...», cit., 191-192.

<sup>579</sup> PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de septiembre de 1992, número 102-I, 105.

2. Hay apología cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas tendentes a considerar como encomiables hechos que son constitutivos de delito, o a enaltecer a sus autores.

De lo anterior se pueden realizar las siguientes observaciones:

En el proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, aparecía la apología al lado de la conspiración, proposición y provocación para delinquir, formando parte del Capítulo II de dicho cuerpo de normativo, bajo el epígrafe “Del grado de ejecución”; es así, como GONZÁLEZ GUITIÁN<sup>580</sup>, afirma que poco a poco y en silencio dicha figura (la apología) ha pasado a ser un grado de ejecución del delito.

En el proyecto del Código Penal de 1980, se sigue -de acuerdo al artículo 22- un criterio limitativo de castigar la apología del delito sólo en los casos previstos en la ley; es decir, en los casos de los delitos de traición, rebelión, sedición y de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos.

La concepción de la apología en este proyecto de Código Penal era distinta a la concepción manejada en el derecho vigente pues lejos de parecer un grado más de ejecución del delito, era considerado como una figura punible que revestía los caracteres de delito según el artículo 268 y de falta conforme al artículo 566.4, ambos del Código Penal.

Se advierte además que en la propuesta de proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1983 se mantiene la misma directriz en orden a establecer la apología como institución jurídica paralela a los grados de ejecución del delito, estableciendo un concepto prácticamente idéntico que al propuesto en 1980, con la diferencia en un término “tendentes a *preconizar* su ejecución” (1980) y “tendentes a *fomentar* su ejecución” (1983). Al respecto, HERNÁNDEZ GIL, afirma que «preconizar su ejecución es indicativa de provocación a delinquir en el futuro, pero no de apología, que en sus justos términos, significa ensalzar o

---

<sup>580</sup> Cfr. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., «Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en el Proyecto de 1980», en *Estudios penales y criminológicos*, IV, Universidad Santiago de Compostela, 1981, 284.

exaltar un hecho ya realizado, no instigar, incitar o preconizar futuros y posibles o eventuales hechos»<sup>581</sup>.

En el proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, no regula la apología en la parte general del Código pero sí –como se observa– de algunas apologías en específico.

## **B. Código Penal de 1995**

- Finalmente, la Ley Orgánica del Código Penal de 1995<sup>582</sup>, vuelve a recoger en su parte general –Libro I– la apología:

*Art. 18.1, párrafo 2º. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.*

Como se advierte, el legislador optó por definir la apología en la parte general del Código Penal de 1995 vigente, considerándola como una forma de provocación del artículo 18.1<sup>583</sup>, desapareciendo *inicialmente*<sup>584</sup> como tipo autónomo, del ámbito de los delitos de terrorismo. Se advierte que esta forma de previsión legislativa se venía planteando desde los proyectos de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 como en la propuesta de anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1983 *supra*. Al parecer, el legislador no

---

<sup>581</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GIL, F., *Op. Cit.*, 906.

<sup>582</sup> LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL («BOE» número 281, de 24 de noviembre de 1995. Corrección de errores: («BOE» número 54, de 2 de marzo de 1996), 108.

<sup>583</sup> Existe pues una supresión general de la punición general de la apología –cuya redacción después de la Ponencia significaba criminalizar cualquier alabanza de un delincuente– sustituyéndola por la apología como forma de provocación, es decir, como incitación directa a cometer el delito. Además, la provocación sólo se puede castigar en los casos concretos previstos en el Código, no con carácter general. Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D. Y GARCÍA ARAN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid 1996, 33.

<sup>584</sup> Pues como se constatará más adelante, la reforma realizada por la Ley Orgánica 7/2000 supuso, de nuevo la creación del tipo específico de apología que se ubica en el artículo 587, es decir, entre los delitos de terrorismo.

menciona la apología expresamente en el Libro II; sin embargo, encontramos formas específicas de dicha figura aunque el legislador no le dé tal denominación, como en los siguientes casos:

➤ En el Libro II: De los delitos y sus penas, encontramos:

*Art. 170. 1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.*

*2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de **bandas armadas**<sup>585</sup>, organizaciones o grupos terroristas<sup>586</sup>.*

En el artículo 170.2 se advierte una figura que no encaja con el delito de amenazas, pues aquí el sujeto activo le solicita a determinados grupos [bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas] que ejecuten los hechos señalados en el 170.1, dicha petición ha de ser pública; así, se advierte una estrecha relación con la apología del art. 18.1 párr. 2º.

Así como muy bien lo señalan BARQUÍN SANZ Y OLMEDO CARDENETE, «se trata de una expresa tipificación de hechos cercanos a la apología», dicha norma –según se expresan– tiene sustantividad pues abarca conductas que no eran punibles antes de su entrada en vigor, consistentes en la reclamación en público de la comisión de actos terroristas, que para ser punibles necesitan cumplir con

---

<sup>585</sup> Esta expresión de *bandas armadas* fue suprimida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE del 23 de junio), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con entrada en vigor a los seis meses de su publicación.

<sup>586</sup> Este segundo apartado del art. 170 fue introducido mediante la LEY ORGÁNICA 2/1998, DE 15 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, cuya Exposición de Motivos exponía: «[con este apartado 2º] se sanciona el reclamo público de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y con el que se pretende cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (que no se aplican a las genéricas o de sujeto pasivo indeterminado) y la apología (que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico), de inexcusable atención». Las penas del segundo apartado fueron modificadas, posteriormente, por LA LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.



determinados requisitos [la finalidad de atemorizar a un grupo o colectivo de personas y de forma lo suficientemente grave como para conseguir este objetivo]. La no exigencia del empleo de medios cualificados de difusión distingue *prima facie* este delito de la provocación propia y de la apología como forma de provocación. Es así, que los autores indican que el tipo del art. 170.2 se separa del art. 18, en que no exige expresamente que las manifestaciones constituyan una incitación directa a cometer delito<sup>587</sup>.

*Art. 510. 1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*<sup>588</sup>

Este artículo es similar al derogado art. 165 ter, ampliando su contenido en la tipificación de comportamientos xenofóbicos que conlleven claramente a conductas discriminatorias; se trata de una provocación con fines determinados.

---

<sup>587</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., Op. Cit., 947-949. No obstante, los autores consideran que este tipo normativo tiene un carácter simbólico sobre todo por la dificultad de prueba de la conexión entre la pública adhesión a la actividad terrorista e incluso la formulación de deseos de que las bandas en cuestión sigan en su empeño, por un lado, y la finalidad, configurada como elemento subjetivo del tipo, de atemorizar a un grupo de personas.

<sup>588</sup> Según TORRES-DULCE LIFANTE: «En cumplimiento de obligaciones internacionales en la materia, se aprobó la LO 15/94, de 1-6, que comporta la adopción de medidas necesarias con arreglo al Derecho interno para cumplir la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se creó un Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia. Con ello no se agota nuestro deber de solidaridad y la necesidad de tratar con firmeza estos actos. Su proliferación nos obliga a dar un paso más allá de la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica, obligaciones que no pueden verse limitadas en nombre de la libertad de expresión, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (STC 214/91, de 11-11)». Cfr. GÓMEZ GUILLAMÓN, R. Y OTROS, *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, 11 edición, Madrid 2007, 1225. No extraña en este contexto la referencia en la Exposición de Motivos de la Ley de 1995 a la STC 214/91, de 11 de noviembre, como elemento legitimador en la medida en que, por una parte, dicho pronunciamiento judicial versa sobre un supuesto de hecho referido a declaraciones antisemitas filonazis negadoras y banalizadoras del holocausto y, por otra parte, aporta un argumento de autoridad en cuanto a la indemnidad de la libertad de expresión a pesar de verse inculpada la apología. Cfr. LANDA GOROSTIZA, J. M., Op. Cit., 60.

El artículo no habla expresamente de la apología, pero ha de reconocerse que su contenido es una reproducción del art. 165 ter que regulaba la apología de tales conductas.

*Art. 607.2 La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.*<sup>589</sup>

Al igual que en el anterior caso, el legislador en el Código Penal de 1995 no tipificó expresamente la apología del genocidio, como sí lo hizo en el derogado art. 137 bis, b), pues sus contenidos son semejantes. Constituyendo un delito autónomo y no un supuesto de provocación del art. 18.1 CP, pues la provocación del genocidio se recoge en el art. 615 CP.<sup>590</sup>

GONZÁLEZ RUS, considera que el precepto es inadmisibles, por ser incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión, porque castiga la simple expresión de ideas o doctrinas en circunstancias que no constituyan una incitación directa a la comisión del delito de genocidio, puesto que de ser así, el hecho debería ser castigado por apología (art. 18), como provocación al genocidio, a través del art. 615. Así, el referido autor cita: «en la medida en que el precepto **anticipa la intervención penal más allá de la frontera que fijan los arts. 17 y 18** (conspiración, proposición y provocación para cometer el delito, cuando estén expresamente castigadas, como ocurre en el art. 615) y entra en inevitable colisión con el ejercicio de la libertad de expresión y con la regulación

---

<sup>589</sup> Una forma específica de apología puede considerarse el art. 607.2 en relación al genocidio, pues así lo sostuvo anteriormente la Sala Segunda en la STS 1365/94, de 4 de julio, que luego es confirmada por la STS 2/97, de 29 de noviembre: «el delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al art. 20 CE, sino la aprobación de comportamientos delictivos». Quedando reducida su posible punición al exigirse que «constituya una incitación directa a cometer delito». Cfr. GÓMEZ GUILLAMÓN, R. Y OTROS, Op. Cit., 1337.

<sup>590</sup> «Se reconoce de forma mayoritaria que esta figura delictiva constituye un verdadero tipo autónomo cuyo ámbito punible es algo diferente y más amplio que una mera forma de provocación». Cfr. LANDA GOROSTIZA, J. M., Op. Cit., 169; «al genocidio y a las conductas del artículo 607.2, parece que no hay más remedio que entender que éstas son una provocación débil o una apología *stricto sensu*, o ni siquiera eso», Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997, 157.

de la apología, este apartado 2 del art. 607 debe considerarse inaplicable, de manera que las conductas a las que el mismo se refiere sólo resultarán punibles si integran, conforme a los conceptos generales, un delito de apología del terrorismo»<sup>591</sup>.

En similar sentido se expresa GÓMEZ NAVAJAS, para quien este artículo es un reflejo de la criminalización de conductas de opinión que son incompatibles con el sistema de libertades, pues en el artículo 20.1 de la CE se reconocen y protegen los derechos: «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». La libertad ideológica se garantiza en el art. 16.1 CE.<sup>592</sup>

COBO DEL ROSAL Y QUINTANAR DÍEZ afirman, que a su juicio, el art. 607.2 CP «incrimina más que la efectiva lesión de ningún bien jurídico, posiciones ideológicas o ideas tipo puramente político»<sup>593</sup>. De tal suerte, que los delitos de mera opinión, no lesiona ningún bien jurídico ni siquiera lo ponen en peligro, salvo que se considere que la libertad de expresión y la libertad de pensamiento sean peligrosas.

*Art. 578. El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.*<sup>594</sup>

---

<sup>591</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J. Y OTROS, «Delitos contra la comunidad internacional», en *Derecho Penal español (parte especial)*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 2004, 1182.

<sup>592</sup> Cfr. GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», en *La Ley*, 1999, 1847-1848.

<sup>593</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho...*, cit., 56.

<sup>594</sup> LEY ORGÁNICA 7/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, Y DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TERRORISMO («BOE» número 307, de 23 de diciembre de 2000), 45505.

La apología del terrorismo estuvo ligada en las últimas décadas a la legislación antiterrorista; a través del Decreto Ley 10/1975, de 26 de agosto, mediante la cual se estableció una definición de apología que, por su amplitud podía afectar a los postulados democráticos; y, la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, que también insiste en una definición de apología de amplio espectro que vuelve a quedar derogada cuatro años más tarde. Con esto se podría decir que el tema de la apología del terrorismo quedaba solventado tras haber desaparecido del ordenamiento jurídico y tras el establecimiento de la previsión del art. 18.1 del CP.

Sin embargo, con la reforma realizada mediante la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, se creó un tipo específico de apología conforme al art. 578, es decir, entre los delitos de terrorismo, ubicado en la sección 2ª, del capítulo V, Título XXII, de los delitos contra el orden público, del Código Penal<sup>595</sup>.

El nuevo precepto sustituye al anterior 578<sup>596</sup> que sancionaba la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de terrorismo [arts. 571 al 577], en relación con los artículos 17 y 18 del CP. La incorporación del nuevo delito del art. 578 conllevó a la reforma de los anteriores arts. 578 y 579, refundidos en un nuevo art. 579 con algunas modificaciones.

Para justificar la introducción de este nuevo precepto, en la Exposición de Motivos de la Ley, apartado III, se cita:

La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

---

<sup>595</sup> Que con la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pasa a formar parte de la sección 2ª, del Capítulo VII «De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», Título XXII, de los delitos contra el orden público, del Código Penal.

<sup>596</sup> La redacción anterior del art. 578 citaba: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos previstos en el artículo 571 a 577, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal.<sup>597</sup>

Con lo anterior se advierte que nuevamente aparece un tipo autónomo de apología, en el que además no se exige expresamente y como se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley, que deba suponer una incitación directa a delinquir, como lo señala el artículo 18.1 del CP.

Por otra parte, en nuevo precepto penal sanciona dos conductas, a saber: a) el enaltecimiento o la justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución; y, b) la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Respecto a este segundo tipo penal, expresa LAMARCA PÉREZ que la «realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares» no hace referencia desde luego a un supuesto de apología sino a una actividad que, de ser delictiva y no sólo moralmente reprochable, está mucho más cercana a los delitos de injurias o a los recientemente creados por el Código Penal de 1995 delitos contra la

---

<sup>597</sup> Vid. LO 7/2000, 45503-45504.

integridad moral por lo que de entrada debe cuestionarse la necesidad de esta nueva figura delictiva<sup>598</sup>.

En cuanto al «*enaltecimiento y justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución*», como se señaló, estamos ante una apología del terrorismo que no exige el requisito de la incitación directa del art. 18.1; entonces, así como lo expresa MANJÓN-CABEZA OLMEDA<sup>599</sup> tratándose de delitos de terrorismo, se pueden castigar conductas apologéticas no provocadoras, con la pena fija de 1 a 2 años de prisión del art. 158 y, se pueden castigar también, conductas apologéticas provocadoras con la pena variable y tributaria (la inferior en uno o dos grados a la que corresponda) del artículo 579. Continúa diciendo la autora, que en materia de terrorismo se tendría una apología, *la provocadora*, cuya naturaleza, estructura y requisitos serían los de un acto preparatorio de provocación y, otra apología, *la no provocadora*, que no tendría nada que ver con los actos preparatorios<sup>600</sup>.

---

<sup>598</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Apología...», cit., 43. Véase además: BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código penal en materia de terrorismo», en *La Ley*, 2001, 1627; y, LAMARCA PÉREZ, C., «Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo», en *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, Madrid 2001, 101.

<sup>599</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, dirigidos por Manuel Octavio de Toledo y Ubieta y otros, Valencia 2004, 554.

<sup>600</sup> Sin embargo, el análisis exhaustivo de dicho precepto penal será objeto de este estudio en capítulos posteriores.



## CAPÍTULO VI

### TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA APOLOGÍA

El estudio de la evolución histórico legislativa de la apología delictiva ha permitido advertir los cambios de criterios con los que se ha tipificado tal figura, de modo que ha recibido un tratamiento punitivo diverso en los distintos textos legales<sup>601</sup>. Además, se ha evidenciado –de cierta manera– que la apología no se ha caracterizado precisamente por aportar un concepto preciso, sino al contrario, ha sido confusa y en algunos casos su amplitud ha generado conflictos, sobre todo, con el ejercicio legítimo de algunos derechos fundamentales como lo son el derecho a la libertad de expresión y el de información. Es por ello, que a continuación se abordará el tratamiento jurídico de la apología para construir un marco teórico conceptual que permita en un futuro el análisis concienzudo de lo que denominamos *apología del terrorismo* regulada en el artículo 578 del Código Penal.

#### 6.1. Antes de la vigencia del Código Penal de 1995

De lo estudiado hasta este punto, se puede señalar que han sido las leyes especiales *Decreto-Ley 10/1975* y *la Ley Orgánica 9/1984*, los que han proporcionado un concepto de lo que se puede entender por apología<sup>602</sup>, pero no debe ignorarse que tales concepciones han causado confusión por su excesiva amplitud.

Por otra parte, los artículos 268, 216 bis a), número 1, 137 bis b) y 165 ter, del Código Penal derogado tampoco definieron claramente lo que debía

---

<sup>601</sup> «Lo que explica que la apología haya sido objeto de dispares elaboraciones legislativas en función del correspondiente régimen político existente en cada momento». Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Op. Cit., 106.

<sup>602</sup> Véanse preceptos citados textualmente, *infra* cap. V de este estudio.



entenderse por apología; no obstante, las últimas dos disposiciones eran apologías específicas que fueron introducidas meses antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, mediante la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, con la idea de no ser indulgente con las crecientes manifestaciones de intolerancia racial o cultural que se daban en Europa, tanto en países en guerra como en otros en los que impera el Estado de derecho. Además, parte del contenido de ambos preceptos se ha salvado mediante la introducción de los artículos 510 (provocación a la discriminación) y 607.2 (propaganda del genocidio) en el actual Código Penal, conservando una gran similitud.

### 6.1.1. Especificaciones fundamentales de la apología

#### A. Núcleo típico de la apología

A falta de una definición expresa del propio Código, se aceptó el significado gramatical de la apología como «*discurso de palabra o escrito en defensa o alabanza de personas o cosas*»<sup>603</sup>. En el lenguaje común, la conducta apologética es una forma de manifestación directa del pensamiento puesto que el término alude a un discurso tendente a defender o exaltar a una persona, una doctrina o un hecho<sup>604</sup>.

---

<sup>603</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Op. Cit., 163-164; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Notas sobre la propuesta...», cit., 187; HERNÁNDEZ GIL, F., Op. Cit., 900. En igual sentido se expresan: REBOLLO VARGAS «Es, precisamente, la falta de una definición expresa de apología lo que motivó que para conceptuarla se atendiera, fundamentalmente, a su sentido gramatical (...), definición a la que se le reprochó, entendemos que acertadamente, que sería más coherente referirla no a “cosas” sino a “hechos”, de los definidos en la ley como “delitos” o a sus culpables», Crf. REBOLLO VARGAS, R., Op. Cit., 113 y en «La apología y el presagio de “un futuro inmediato de gran sufrimiento”», en *Jueces para la democracia*, Nº 28, año 1997, 36; y, Vid. LAMARCA PÉREZ expresa que: «no ha conocido nuestro ordenamiento una definición precisa de la conducta de apología. Por ello, el concepto jurídico ha ido delimitándose a partir de su significado ordinario (...)», LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985, 289. No obstante, es de expresarse que actualmente el Diccionario de la Lengua Española ya no habla de *cosas* sino *algo*, como haciendo referencia ahora hechos, así la apología se entiende como «Discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo», REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Madrid 2001, en <http://www.rae.es/rae.html>

<sup>604</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Op. Cit., 109-110.

Al parecer, ante la ausencia de definición de apología, tanto la doctrina como la jurisprudencia la fueron depurando. Pues desde el punto de vista jurídico, el concepto suponía ser más restringido, ya que esa alabanza o exaltación ha de ir referida, objetiva o subjetivamente, a una conducta delictiva determinada.

Es de añadir, que la simple referencia a delitos ya perpetrados no sería constitutiva de apología, ya fuere por el análisis de los mismos o por la exposición pormenorizada de ellos.

A partir de entonces, la doctrina coincidió en que en los artículos 268, 216 bis a), número 1, párrafo 2, el *núcleo típico* consistente de la apología debía centrarse en «*la alabanza, el elogio o la exaltación de acciones delictivas o, en su caso, también de su culpables*»<sup>605</sup>. Se ha subrayado su carácter de «elogio o aprobación encomiástica»<sup>606</sup>. Para RODRÍGUEZ DEVESA<sup>607</sup> la mera satisfacción que no se oculta o la simple aprobación de un delito, no se castigan como apología en tanto no se mezclen en ellas la alabanza o argumentos defendiendo las razones que el autor tuvo para perpetrarlo.

En este punto, también la jurisprudencia<sup>608</sup> señaló que la simple aprobación, calificar o admitir algo como bueno, mientras no contenga alabanza

---

<sup>605</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 76-77; CARBONELL MATEU, J. C., «Apología de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo II, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y Miguel Bajo Fernández, Madrid 1983, 239.

<sup>606</sup> Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Op. Cit., 164; MOSQUETE, D., Op. Cit., 20.

<sup>607</sup> Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., Op. Cit., 587.

<sup>608</sup> Así lo reconoció el Tribunal Supremo mediante las Sentencias de 17 de enero de 1969 y 26 de abril de 1969. En la primera de ellas, la apología versó sobre un delito de «desórdenes públicos» en cuyos hechos una editorial de un periódico madrileño, analizaba unos determinados incidentes habidos en el Campus Universitario y dijo que aunque era condenable moralmente el recurso a la protesta o a la algarada «*no lo son tanto si no se ofrecen otras vías para efectuar... el necesario diálogo y apertura de varios pareceres*», el TS afirmó que: «En su origen apología significa tanto como... discurso de palabra o por escrito en defensa de una persona, cosa o hecho... y en la escasa jurisprudencia (que, por cierto, resume correctamente) vale tanto como aprobación, calificar o admitir algo como bueno, que mientras no contenga alabanza o argumentos defensores del hecho no es punible...», y además entendió que la expresión de tales opiniones no constituía una apología de desorden público, desde el momento en que «su finalidad no es la alabanza o defensa de desórdenes, sino opinar sobre medios que

o argumentos defensores del hecho, no era punible. Pues no toda defensa y apología de un punto de vista es delictiva, sino aquella que requiere una expresión de aprobación y solidaridad con el delito ya cometido.

En igual sentido se ha expresado GONZÁLEZ GUITIÁN<sup>609</sup>, quien indica que la distinción entre lo que es una alabanza o una argumentación defensiva de un hecho antijurídico y una mera aprobación del mismo es necesario remarcarla, porque marca el límite objetivo –al margen de otros los límites subjetivos más precisos– entre lo que debe ser el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y una posible conducta delictiva.

### ***B. Elemento de la publicidad***

Ahora bien, respecto al elemento de la *publicidad*, se tiene que el artículo 268 anterior a la reforma producida por la Ley Orgánica 4/1980, castigaba «*la apología pública oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión (...)*»; con la nueva redacción el tipo penal se refiere a «*el que hiciere apología oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión*»; se advierte, que la palabra pública fue eliminada y el tenor de la reforma se amplía extraordinariamente. No obstante, la doctrina ha coincidido –entre ellos GONZÁLEZ GUITIÁN<sup>610</sup>– que a pesar de la desaparición expresa de publicidad en algunos tipos, como el mentado, la apología sigue conservando su carácter

---

los impidan». En la sentencia del 26 de abril de 1969, para apreciar la apología se exigía «una abierta y expresa solidaridad con una actuación formal y concretamente declarada delictiva». Cfr. BELLOCH JULBE, J. A., «Contemplación jurisprudencial sobre el binomio de libertad de información-terrorismo: la “apología” del terrorismo», en *Estudios Jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Madrid 1990, 28-29.

<sup>609</sup> Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., Op. Cit., 283.

<sup>610</sup> El autor interpreta que el tipo del artículo 268 poniendo en conexión ese sentido de difusión pública que, aunque borroso, sigue conservando con su consideración como delito autónomo contra la seguridad del Estado y entender que sólo será punible la apología realizada en condiciones adecuadas para crear una perturbación de dicha seguridad, por lo que será impune la realizada ante reducidos círculos de personas en el ámbito de las relaciones privadas. Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., Op. Cit., 390-391.

público. RODRÍGUEZ DEVESA<sup>611</sup> sigue afirmando que la apología en privado sigue siendo atípica; y en el mismo sentido se expresa CARBONELL MATEU<sup>612</sup>, quien entiende que la apología en privado es impune y reclama, por tanto, para su configuración delictiva que sea realizada ante una comunidad numerosa e indiscriminada de personas, en reuniones o manifestaciones públicas o a través de los medios de comunicación social<sup>613</sup>.

La presencia del elemento publicidad es importante, en tanto posibilita –dentro del discurso apologético– la creación del peligro que se teme de esta conducta y en razón del cual se castiga.

Además, en todos aquellos casos en que la publicidad haya sido configurada como elemento constitutivo o cualificativo de una determinada figura legal, no cabe estimar a la vez la utilización del medio publicitario como causa genérica de agravación, por muy lesivo que el mismo haya podido resultar del caso concreto<sup>614</sup>.

### C. Delitos concretos cometidos o remisión abstracta al delito

Otra de las cuestiones que suscitaban controversia era si la apología estaba referida a *hechos concretos* cercanos en el tiempo o a un concreto

---

<sup>611</sup> Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., Op. Cit., 653. Del mismo modo se expresan: CAMPO MORENO, J. C., *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia 1997, 204; CUERDA ARNAU, M. L., «Observaciones en torno...», Cit., 103.

<sup>612</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C., Op. Cit., 245.

<sup>613</sup> SAN 41/83 (secc. 2), la Audiencia Nacional ha absuelto del delito de apología del terrorismo a quien pinta en las paredes y puertas de varios edificios, en una fuente pública y en una señal de carretera inscripciones en alabanza de una organización terrorista, tales como «gora ETA-m.», castigándole, en cambio, como autor de una falta contra los intereses generales y régimen de la población del art. 579 del Código. De la misma manera, en SAN 58/80 (secc. 2), la Audiencia ha absuelto de ese delito de apología al dueño de un bar en una de cuyas paredes existía un poster en el que se contenían tres fotografías de miembros de un grupo terrorista y la inscripción «martes 6 de marzo. Juicio en Madrid a tres gudarís. Cárcel de Soria. Peticiones del Fiscal 20 años, 29 años y 32 años. Euzkadi. Epatua. Amnistia Askatasuna», considerando que ello no supone alabanza de hechos terroristas, sino sólo puesta en conocimiento del público asistente al bar de hecho del juicio y las peticiones del Fiscal. Cfr. MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid 1987, 224.

<sup>614</sup> Vid. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona 1976, 505.

delincuente; o por otra parte, si cabía la apología de *hechos abstractos* de delitos aún no cometidos. En otras palabras, si el delito sobre el que se proyecta la alabanza o la defensa características de la apología ha de haberse cometido realmente o bastaba una remisión abstracta del mismo, como conducta simplemente tipificada en la ley penal.

### *Delitos concretos cometidos*

Una parte de la doctrina se decidió a favor de la primera exégesis –la cual es más restrictiva–, es decir, que la conducta capaz de originar la apología va relacionada con un hecho típico y antijurídico anterior en el tiempo y haya por lo menos empezado a ejecutarse; no era imaginable una apología punible proyectada sobre hechos eventuales y futuros. Inclusive algunos, como QUINTANO RIPOLLÉS, llegaron a suponer la exigencia de que los hechos hubieran sido objeto de un pronunciamiento condenatorio<sup>615</sup>. Este autor basaba esta concepción restrictiva de la apología en la resolución del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 1969, en la que se exigía para apreciar la apología «una abierta y expresa solidaridad con una actuación ya formal y concretamente declarada delictiva».

Los que se decantaban por esta interpretación, sustentaban su opinión sobre la base de la diferencia entre provocación y apología, entendiendo que la apología operaba *ex post facto*, mientras que la provocación se vincularía a un posible delito futuro. De tal forma GONZÁLEZ GUITIÁN<sup>616</sup>, expresaba que la

---

<sup>615</sup> El principal defensor de esta postura, es decir, de la necesidad de exigir sentencia condenatoria fue este autor. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Madrid 1962-1965, 79-80. En contra totalmente de esta postura se encuentra CÓRDOBA quien sostiene que «no se requiere la existencia de un fallo condenatorio en relación con los culpables, visto el empleo de los términos delincuente y culpable de los artículos 12 y siguientes del Código Penal». CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Barcelona 1978, 670.

<sup>616</sup> Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Op. Cit.*, 295-296. Como criterio adicional –en la época– se tenía la circular 3/1975, de 25 de septiembre, dictada por la Fiscalía del Tribunal Supremo, al objeto de interpretar las normas sustantivas, procesales y administrativas, que indicaba «es esencial a la apología una *voluntad post delictum* emitida públicamente y de tal intensidad que sea potencialmente hábil para determinar la comisión de delitos análogos a aquél cuya apología se hace».

apología es una conducta en defensa del hecho punible ejecutado, gravita sobre un hecho que pertenece ya al pasado y que la intención del autor es exclusivamente el elogio o defensa de este hecho.

Así pues, se afirmaba que la apología requería como base un hecho antijurídico tipificado en el ordenamiento penal, porque la apología de meras ideas no eran punibles y ese hecho antijurídico forzosamente debía ser previo al constitutivo de la apología; pero no sólo formalmente sino previa, material y próximamente realizado, rechazando la mera evocación de hechos lejanos en el tiempo. Por tanto, la apología sólo podía hallarse en una fase llamada *postdelictiva*, siendo connatural a una previa consumación delictiva; de ahí que, la ley se refiera a la «apología del delito» como a la «apología de los autores o culpables», porque lo que se valora son los delitos realizados y no los hechos abstractamente punibles. HERNÁNDEZ GIL sustenta esta postura la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1969 que declara «la apología delictual tiene que operar *ex post facto*, como aprobación y solidaridad con el delito ya cometido»<sup>617</sup>.

LAMARCA PÉREZ parte de la consideración de que si la apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado quiere preservar su identidad frente a la provocación, es preciso concebirla como un elogio de delito ya realizado<sup>618</sup>. Por otro lado, la autora reconoce que puede darse la apología de una acción criminal no realizada, en el sentido que es posible alabar delitos aún no iniciados.

No obstante lo anterior, argumenta que existen motivos para *circunscribir el objeto de la apología a los hechos ya ejecutados*, y explica: por un lado, el Código formula una alternativa entre apología del delito y apología del culpable,

---

<sup>617</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GIL, F., Op. Cit. 901.

<sup>618</sup> Añade que la legislación común no se ha pronunciado expresamente sobre esta situación excepto en el artículo 216 bis a) del Código Penal donde se sanciona la apología de la rebelión militar «aunque no llegara a cometerse». De este modo cabía interpretar que en la apología de otros delitos se requería la previa ejecución del mismo. Y señala que a diferencia del ordenamiento penal español vigente –en esa época–, la legislación alemana exige expresamente en el parágrafo 140 del Código Penal alemán, que la aprobación pública de los delitos de enumerados en la misma norma ha de realizarse sobre la acción consumada o, al menos, en grado de tentativa. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento...*, cit., 293.

siendo evidente, que en este último caso el delito debía haberse realizado, opinando que parece razonable mantener cierta coherencia entre las técnicas de ambas formas de apología, es decir, en palabras de la autora que «el artículo 268 parece dar a entender que quien hace el elogio puede dirigirlo bien al delito, bien al culpable, y esta alternativa desaparece si se acepta la apología de conductas que aún no tienen culpables». Por otro lado, la alabanza de crímenes no realizados constituiría normalmente una incitación a cometerlos, y entonces deberá ser castigada como provocación<sup>619</sup>.

### *Remisión abstracta del delito*

Entre los que defendían la tesis de que la apología debía entenderse orientada hacia la figura delictiva en abstracto<sup>620</sup>, encontramos a CÓRDOBA RODA, quien sostenía que bastaba con el elogio de conductas que no se han llevado a cabo en la realidad y que, en caso de ser reales, habrían sido constitutivas del delito que se trate; le apoyaba RODRÍGUEZ MOURULLO, que expresaba que no había base [en el art. 268], para sostener que la apología, que puede ser sin duda subsiguiente a la consumación de un crimen concreto, haya de ser necesariamente una conducta posterior a la comisión del hecho.

De ahí que, el hecho de que en un momento determinado el art. 268 se haya referido a «*los culpables*» como parte del ámbito de la apología, este dato no suponía una vinculación al intérprete en ningún sentido concreto, por lo que el mismo podría seguir optando indiferentemente por el entendimiento del término delito, como conducta abstracta descrita en el tipo penal o como hecho antijurídico concretamente cometido por un sujeto asimismo concreto.

Sobre este punto, ARROYO ZAPATERO sostiene que restringir la apología sobre la base de entender que ésta únicamente se refiere a delitos concretos no tiene excesiva utilidad, ya que el que dicha tesis restrinja el ámbito de

---

<sup>619</sup> Idem.

<sup>620</sup> Vid. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Barcelona 1978, 669; y, RODRÍGUEZ MOURULLO citado por CARBONELL MATEU, J. C., *Op. Cit.*, 243.

aplicación del tipo y provea una mayor seguridad jurídica es más aparente que real; pues su carácter restrictivo no se deriva de consideraciones materiales, sino meramente cuantitativas «menor número de casos posibles que realizarían el tipo del delito»<sup>621</sup>.

### *Punto de coincidencia*

Frente a la discrepancia fundamental que existe entre las posturas *-supra-* mencionadas, se ha logrado advertir un punto de coincidencia entre ambas y es que no cabe duda que lo decisivo sea que la alabanza o la defensa recaigan sobre aquello que el legislador ha *tipificado como delito*. Consecuencia natural si estamos en presencia de un Estado de Derecho, pues no cabe concebir la sanción de elogios o defensas de conductas que el legislador previamente no haya valorado como intolerables, es decir, delictivas.

En ese sentido, MANZANARES SAMANIEGO<sup>622</sup> interpreta que cuando el precepto se refiere a la apología como *acciones calificadas por la Ley como delitos*, será indispensable que nos encontremos ante una efectiva conducta humana; pues el delito es precisamente una conducta humana, una acción, de ahí, que el Código ha de referirse de algún modo a las conductas recogidas en los tipos penales. Cabe entender que de lo que se trata es de la alabanza de aquello que el legislador ha desvalorado y, por consiguiente, eso puede entenderse referido tanto a *una conducta abstracta descrita* por el tipo cuanto a *la acción concreta efectuada* por un sujeto concreto.

Así, de ningún modo constituye apología punible: el simple elogio o defensa de doctrinas o ideologías propugnadas por asociaciones ilícitas, ni el de acontecimientos o cualesquiera actividades que tengan que ver con los culpables de un hecho delictivo pero sin relación alguna con éste en concreto o

---

<sup>621</sup> Además sostiene que tal consideración [de incluir los delitos abstractos] no amplía desmesuradamente el ámbito de lo punible, pues ha de compatibilizarse con la exigencia de un ánimo de incitar a la comisión del futuro delito. Vid. ARROYO ZAPATERO, L., Op. Cit., 393-394.

<sup>622</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Op. Cit., 177 y ss. Apoya tal posición CARBONELL MATEU, J. C., Op. Cit., 243-244.



con su actividad criminal en abstracto, si la hubiere; ni, finalmente, tampoco, la alabanza de cualidades personales, físicas o morales<sup>623</sup>.

### 6.1.2. Naturaleza jurídica de la apología para la fundamentación de su punición

Otro de los aspectos que han causado mayor controversia respecto al tema la apología ha sido precisamente su *naturaleza jurídica*, si nos encontramos ante una figura como delito autónomo o ante un acto preparatorio. En este punto como en el anterior la doctrina se dividió en distintas posturas como se destacarán a continuación:

#### A. Apología como cooperación ideal *ex post facto*

En esta línea QUINTANO RIPOLLÉS<sup>624</sup> afirma que –sin descartar los efectos provocadores del elogio de un delito– en el fondo «la apología, pese a su aparente autonomía típica, viene a ser una forma de **cooperación ideal *ex post facto***», con la importante consecuencia de requerir la previa ejecución de una conducta delictiva sobre la que proyectar el elogio o ensalzamiento. Esta accesoriadad *after the fact*, como denominan los ingleses al encubrimiento, se repite, bien que ideológicamente, en la apología, que crea una especie de solidaridad con el delito previo, sin el cual no es concebible; sin embargo, es evidente que la apología de un hecho pasado puede incitar a favorecer la comisión de nuevas infracciones criminales.

Ahora bien, MAQUEDA ABREU entra al análisis de esta postura y comprueba que en efecto existe una «cierta semejanza» entre ambas figuras, pues en la apología –como en el encubrimiento– existe una relación con el delito previamente ejecutado, dicha cooperación –no supone, como tampoco lo es en

---

<sup>623</sup> Vid. MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología», en *Poder Judicial*, N° 9, marzo, 1988, 18.

<sup>624</sup> Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., Op. Cit. 80.

el encubrimiento- una contribución a la lesión del bien jurídico tutelado por el delito precedente [porque ésta ya se ha producido], sino que se agotaría en una intervención posterior al hecho: [y es precisamente aquí donde radica la diferencia entre ambas] en el encubrimiento -esa intervención posterior- está dirigida a auxiliar al culpable, mediante actos de favorecimiento *material* (art. 17 CP de 1973)<sup>625</sup>; mientras que, en la apología la intervención se orienta a prestarle apoyo y solidaridad [en palabras de MAQUEDA ABREU, diríase *morales*] al culpable o al hecho mismo. Para la citada autora es evidente que el encubrimiento deja ver, la lesión de intereses que son relevantes para el Derecho penal relacionados con la Administración de Justicia o bien con la protección de la propiedad; sin embargo, en la apología no cabe hallar -según esta posición- otro sustento donde fundar la pena, más que en la simple vinculación ideológica del autor con el hecho previo, en una especie de solidaridad moral *ex post*, en opinión de MAQUEDA ABREU, jurídicamente irrelevante<sup>626</sup>.

No obstante, es posible encontrar sustento a esta postura -el de la solidaridad moral de la apología- si se llegase a considerar que los efectos perturbadores de la conducta apologética se extienden más allá de la acción concreta, atacando o poniendo en riesgo valores considerados fundamentales para la organización política; siendo precisamente la prolongación del daño donde la apología encontraría su fundamento legal, ya que tiende a legitimar una actividad que quiere presentarse, no ya justificada desde el punto de vista

---

<sup>625</sup> 17. Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: 1º. Auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta. 2º. Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta, -para impedir su descubrimiento. 3º. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: Primera. La de intervenir abuso de funciones públicas por parte del encubridor. Segunda. La de ser el delincuente reo de traición, homicidio contra el Jefe del Estado o su sucesor, terrorismo, parricidio, asesinato o reo conocidamente habitual de otro delito.

<sup>626</sup> Vid. MAQUEDA ABREU, M. L., Op. Cit., 19. La autora cita que el propio QUINTANO RIPOLLÉS se planteaba la idoneidad de este fundamento para servir de obstáculo al derecho a la libre emisión del pensamiento. QUINTANO RIPOLLÉS, A., Op. Cit. 79 (año 1967, IV).

del ejecutor, sino plenamente legítima a la luz de un sistema de justicia superior imperante<sup>627</sup>.

Por otra parte, partiendo de la sustantividad del delito de la apología y su proyección sobre un hecho pasado, MANZANARES SAMANIEGO coincide con QUINTANO RIPOLLÉS al considerar que la apología «no parece ser incompatible con otros, incluso de estructura ideológica, comprendidos en el propio Título II<sup>628</sup>». Así por ejemplo: la alabanza del hecho pasado puede ir acompañada de unas injurias a la Autoridad o de una provocación para la comisión de un delito futuro. Se tratará entonces de un concurso entre delitos distintos. La práctica simultaneidad de las manifestaciones hará difícil en ocasiones decidirse entre concurso ideal y el real. En otros casos podría usarse la apología para dar mayor fuerza a una provocación, siendo que el supuesto 1º del art. 71 del Código Penal de 1973, se refería a delito medio necesario para cometer otro y en este caso la apología no sería el medio para cometer otro sino para motivar a algún responsable de la segunda infracción<sup>629</sup>.

Por su parte, CUERDA ARNAU<sup>630</sup> rechaza esta posibilidad interpretativa en la medida, que la simple solidaridad con el autor o la conducta realizada carece *por sí misma* de entidad bastante para fundamentar el castigo, se trata de «una mera manifestación de rebeldía contra el ordenamiento, en la que no es posible encontrar un desvalor adicional similar».

---

<sup>627</sup> Vid. Una argumentación que se puede desprender de argumentos expuestos por la autora LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento...*, cit., 291.

<sup>628</sup> Se refiere al Título II, del Libro II del Código Penal: Delitos contra la seguridad interior del Estado, v. gr. Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos Organismos de la Nación y forma de gobierno, delitos contra la libertad de conciencia, rebelión, sedición, atentados contra la autoridad, sus agentes y funcionarios públicos, de la resistencia, la desobediencia, blasfemias, desacatos, insultos, injurias y amenazas a la autoridad, etc.

<sup>629</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Op. Cit., 183. El autor también menciona que la doctrina alemana se inclinó igualmente por el concurso ideal entre el delito del artículo 140 de su Código Penal [citado textualmente *infra* pie de página 101] por un lado, y los tipificados en los arts. 130 a 131.

<sup>630</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., Op. Cit., 102.

## B. Apología como acto preparatorio

Una parte de la doctrina prescinde de la perspectiva *ex post facto* y fija su atención hacia el futuro. Así, CARBONELL MATEU<sup>631</sup> parte de la consideración que la apología puede, desde luego, entenderse, si no es mirando al delito futuro, rechazando la búsqueda de un bien jurídico autónomo para tal figura; y concluyendo que es más acertado entender la apología como un *acto preparatorio*, siendo una especie del género *provocación*. Y argumenta «la razón por la que el Código distingue entre provocación *stricto sensu* y apología es que ésta reviste características especiales; es una modalidad de la anterior y que le interesa resaltar, y a la que puede conceder, aunque no siempre lo haga, un tratamiento punitivo distinto»; finaliza señalando que la apología no cabría castigarla en aquellos casos en que no exista un *ánimo de provocar la comisión de futuros delitos* y si no se da ese elemento subjetivo, la apología quedaría impune.

Como se advierte esta tesis considera la apología como una *forma indirecta de provocación al delito*, cuya diferencia con la *provocación directa* radicaría en la forma más o menos explícita de presentar –cada una– la incitación a la comisión del delito, que habría de ser de la misma o similar naturaleza al que, en concreto o en abstracto, recibiera el elogio del apologeta.

Si esta posición considera la apología como una *forma indirecta de provocación al delito*, en definitiva, está reconociendo que su naturaleza jurídica es de un *acto preparatorio*; desde luego, asumiendo las consecuencias que se derivan de tal afirmación como lo son: por un lado, aceptar su ausencia de autonomía como infracción [por su obligada referencia al bien jurídico que se tutela bajo ese delito que constituye su objeto], y por otro, la presencia de un elemento subjetivo típico de un dolo instigatorio.

---

<sup>631</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C., Op. Cit., 242. Similar criterio apoya RODRÍGUEZ MOURULLO, quien sostiene que «la alabanza del crimen acaba siendo inevitablemente una incitación al mismo», aunque no está de acuerdo en que la apología sea un acto preparatorio porque no será preparatorio cuando la apología consista en enaltecer a los autores de un concreto delito ya consumado. Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «las fases de ejecución del delito», en *El proyecto de Código Penal, Revista jurídica de Cataluña*, Barcelona 1980, 9-10.

Una posición peculiar y al parecer hasta contradictoria<sup>632</sup> sostuvo ARROYO ZAPATERO, quien afirma que la apología no constituye un acto preparatorio, sin embargo, reconoce que es una *incitación indirecta* a la comisión del delito, y además, le exige un *elemento subjetivo*, haciéndolo coincidir prácticamente con la provocación. Así, este autor expresamente señala que «la apología no es un acto preparatorio, no es un grado del *iter criminis* (...), sino que es un delito autónomo»<sup>633</sup>; además, se requiere el elemento subjetivo (voluntad o finalidad) del apologeta de preconizar la ejecución del delito que es objeto la apología, exigencia que es debida al principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución<sup>634</sup>, pues tal elemento no se encuentra expresamente en el tipo legal.

Para fortalecer su fundamentación, ofrece un criterio de distinción entre apología y provocación<sup>635</sup> y sostiene que: en la *provocación* la argumentación del autor representa una *incitación directa* a la comisión del delito; así, la persona provocadora llama directamente a cometer el delito con sus palabras o actos; mientras que en la *apología* el argumento del autor representa una *incitación indirecta* a la comisión del hecho punible, el apologeta realiza una llamada indirecta, encubierta, a la comisión del delito a través de la alabanza o el ensalzamiento de una conducta delictiva ya realizada o de la de sus autores o de una conducta delictiva abstracta. No obstante, este argumento parece que fortalece más aún la posición de que la apología pertenece al campo de los actos preparatorios que como delito autónomo.

---

<sup>632</sup> DEL ROSAL BLASCO crítica la postura de ARROYO ZAPATERO al decir expresamente: «Lo que no parece defendible es mantener que la apología es una incitación indirecta a cometer un delito y, sin embargo, decir que es un delito autónomo». Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 84.

<sup>633</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, L., Op. Cit., 395.

<sup>634</sup> «Las normas penales se deben de interpretar de conformidad, entre otros, con el principio jerárquico; es decir, la interpretación debe ser interpretación según la Constitución», esto en opinión de DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 82.

<sup>635</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, L., Op. Cit., 394.

Ahora bien, en contra del elemento específico de la *provocación*<sup>636</sup> se pronuncia LAMARCA PÉREZ, quien sostiene que el concepto legal de apología no comprende, aunque pudo haberlo hecho, una finalidad específica de provocación, sino que consiste sencillamente en manifestar públicamente, en términos de elogios y exaltación, un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas.

Esta autora explica que la apología nació dentro del ámbito de las infracciones con finalidad política, que es donde el elogio o ensalzamiento adquiere un sentido más propio y diferenciado de la provocación. Y es en esta clase de delitos donde la conducta se extiende más allá de la acción concreta, y es en esta prolongación del daño donde la apología tiene su basamento legal. Finalmente, señala, que independientemente del fundamento último de la apología, lo cierto es que *no existe base textual para concebirla como un acto preparatorio de incitación al delito, ni objetiva, ni subjetivamente*; pues ya el ordenamiento jurídico en el artículo 4 del Código Penal, había previsto la figura de la provocación, que es cuando la conducta consista en incitar a la comisión de nuevos delitos, ya sea a través del elogio de una acción o de cualquier otra forma directa o indirecta. De ahí que la autora considere que «no tendría mucho sentido, que bajo dos denominaciones distintas se castigue el mismo supuesto»<sup>637</sup>.

Con todo esto, LAMARCA PÉREZ no considera que la apología pueda concebirse como una forma de provocación donde se requiera la finalidad de incitación al delito; y por consiguiente, un acto preparatorio de la conducta que se ensalza, sino que constituye en sí misma un delito autónomo.

---

<sup>636</sup> Respecto el hipotético móvil de provocación, LAMARCA PÉREZ, señala que es un problema que debe resolverse «en el estricto marco del Derecho positivo, evitando en la medida de lo posible cualquier interpretación creativa. Porque no cabe duda que en ánimo del legislador que tipifica la apología habrán pesado consideraciones sobre el carácter provocador o de incitación que objetivamente puede presentar esta conducta; y tampoco cabe duda que en una futura reordenación de la disciplina, la apología puede aparecer clara y expresamente como una forma de provocación. Pero ni los propósitos del legislador puede llevarlos a exigir como elemento del tipo una cierta finalidad de provocación, cuando de hecho esos propósitos no se han reflejado en la norma, ni la posible modificación del Código autoriza a interpretar un precepto vigente como si ya se hubiese reformado». Cfr. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento...*, cit., 291.

<sup>637</sup> *Ibidem.*, 291-292.

Respecto a la apología como acto preparatorio, DEL ROSAL BLASCO apoya una interpretación desde la perspectiva constitucional, en la que el castigo de la apología sólo puede justificarse mínimamente por su capacidad de *lesionar o poner en peligro un bien jurídico*. De tal modo que la exigencia del *ánimo incitador* marca el límite entre lo que podría ser un comportamiento fundamentador de un injusto penal y la mera expresión del pensamiento, pues se quiere evitar limitar el espectro de la libertad de expresión, impidiendo el castigo de las meras adhesiones ideológicas.

Con todo el citado autor es de la opinión que la apología no se puede entender como un delito autónomo, atentatorio de un (difuso e inconcreto) bien jurídico, por ejemplo: la paz pública o el orden público. Pues del Código Penal anterior al de 1995 parecía deducirse que la apología era siempre una alabanza, un elogio o una defensa de uno o varios delitos concretos, no una llamada genérica a delinquir. En ese sentido la apología [art. 566 núm. 4 y 268] había que conectarla sistemáticamente con cualquiera de los tipos de la parte especial o, concretamente en el caso del artículo 268, con cualquiera de los tipos del Título II del Libro II o con cualquiera de los delitos incluibles dentro de cualquier tipo de la parte especial que hayan cometido bandas o grupos armados. Igual interpretación cabía para los culpables de esos delitos, se les elogia por haber cometido un determinado delito, lo que sólo debe ser punible, conforme a una interpretación constitucional, cuando tal alabanza tenga la misma eficacia incitadora que la propia alabanza del delito.

Por eso el autor afirma que la *apología es una provocación indirecta* o, más específicamente, *una incitación indirecta o encubierta a la comisión de uno o varios delitos que se verifica a través de la alabanza o el ensalzamiento del delito o de sus culpables*, a diferencia del artículo 4, párrafo tercero que sería una *incitación directa*<sup>638</sup>.

---

<sup>638</sup> Algunos autores criticaron esta postura, pues consideraban que el artículo 4 párrafo 3, permitía incluir tanto las incitaciones directas como las indirectas. Vid. CARBONELL MATEU, J. C., Op. Cit. Nota 10, 242.

Así, DEL ROSAL BLASCO<sup>639</sup> coincide con ARROYO ZAPATERO en que se requiere el elemento subjetivo, es decir, la voluntad o finalidad del autor de preconizar la ejecución del delito; elemento que no se encuentra recogido expresamente en los tipos que regulan la apología pero que se puede deducir de la interpretación jurídico-constitucional. Así, se tienen dos elementos: por un lado, el *elemento subjetivo* que es el ánimo incitador en la apología, que es el que marca el límite con la libertad de expresión; por otro lado, el *elemento objetivo* que es la alabanza, el elogio o la defensa presente en la apología, frente a lo que puede ser una mera aprobación, asentimiento o conformidad que es parte del ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, el aludido autor añade que ese límite objetivo no es, desde el punto de vista constitucional, suficiente para justificar su incriminación, pues necesitaría la presencia del ánimo incitador. En otras palabras, se requiere la conjunción de ambos elementos –objetivo y subjetivo– para estar en presencia de una conducta apologética potencialmente lesiva para un bien jurídico.

Finalmente, DEL ROSAL BLASCO llega a la conclusión que el Código Penal anterior al de 1995, de acuerdo con las exigencias constitucionales, *la apología sólo debería ser punible cuando se alabe, elogie o defienda, con ánimo incitador, un hecho delictivo –como entidad abstracta o ya cometido efectivamente– entendiendo «culpables» no en sentido técnico, sino como sujetos activos*. Este comportamiento del apologeta, que se conecta sistemáticamente con uno o varios tipos específicos de la parte especial, es, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, un *acto preparatorio* del delito que puede encontrar el fundamento de su punición en el peligro que semejante incitación puede suponer para el bien jurídico protegido por el delito objeto de la apología. Sin embargo, no justifica la punición de la apología porque el castigo de una incitación indirecta supone un riesgo para el libre ejercicio de la libertad de expresión.

Dentro de este grupo de autores, que relacionan la apología como un acto preparatorio, se encuentra CUELLO CALÓN quien sostuvo que «la apología

---

<sup>639</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 83-84.



es una forma atenuada de la inducción, equivaliendo a elogio o panegírico»<sup>640</sup>. Pero frente a esta postura HERNÁNDEZ HIL<sup>641</sup> hace referencia a que la apología no tiene paralelismo jurídico con la inducción, constituyendo instituciones heterogéneas y deslindando ambas figuras para ello cita la diferencia que existe entre ambas: por su parte, la **apología** es posterior al hecho punible, representa una defensa de ciertos delitos consumados o una alabanza de las conductas de los culpables, es esencialmente un acto *post delictum*, y es punible por razón de la conducta del autor, independientemente de la eficacia que pueda producir el acto jurídico en la colectividad, no tiene vinculación penal con el presunto delito que pueda seguirla y la razón del castigo de la apología es un peligro abstracto, no un resultado. Por otro lado, la **inducción** es previa al delito, se instiga a una persona para que cometa un delito, es un comportamiento que precede al acto antijurídico, y solo tiene entidad cuando al delito al que precede se perpetra, pues en otro caso originaría la provocación, está mediatizada por el delito que la subsigue y la razón del castigo de la inducción es la producción del delito y la penalidad está condicionada por la entidad del resultado.

Por otra parte, la diferencia entre provocación y apología respecto a una inducción radica –además de la exigencia de que ésta sea eficaz– en la naturaleza de los destinatarios, concreto y determinado en la inducción, y plural en las dos primeras<sup>642</sup>.

Por otra parte, PUIG PEÑA relaciona la apología con la provocación; para él, la idea de una voluntad influyendo en la otra voluntad –para que realice el hecho punible– puede adoptar en el derecho positivo la forma de provocación indirecta, como cuando en algunos supuestos especiales se castiga la apología de ciertos delitos y delincuentes<sup>643</sup>.

---

<sup>640</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, volumen II, Barcelona 1981, 678.

<sup>641</sup> Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., *Op. Cit.*, 902.

<sup>642</sup> Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Notas sobre la propuesta...», *cit.*, 190.

<sup>643</sup> Vid. PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal, parte general*, Madrid 1988, 272.

En contraposición HERNÁNDEZ HIL<sup>644</sup> sostiene que tampoco puede confundirse la apología con la provocación porque lo fundamental en esta figura es que es un acto anterior a la ejecución y dicho carácter de acto previo al comienzo de la ejecución no se compadece con la *voluntas post delictum* ínsita en la apología. En la apología el *animus auctoris* no puede consistir nunca en instigar (inducción), o en incitar o aconsejar (provocación). Sólo puede hallarse una relación entre apología y provocación si se sitúan en momentos distintos; es decir, la apología de un hecho consumado puede configurarse como provocación indirecta y abstracta de eventuales hechos futuros; mas no se castiga por ser una presunta provocación, sino por la alabanza o exaltación del hecho delictivo previo.

### C. Apología como delito autónomo

Un grupo de autores sustentan la apología como una *entidad autónoma*, y hacen depender su ámbito punible de conceptos difusos como: paz social, seguridad colectiva, confianza colectiva, con la idea siempre de preservar el *orden público*<sup>645</sup>.

Entre este grupo de autores se encuentra GONZÁLEZ GUITIÁN quien le resta valor a la apología como un acto preparatorio del delito y recomienda su consideración como un *delito autónomo*, en cuanto que la apología crea un clima favorable en el que es posible una efectiva lesión de un bien jurídico, es decir, *la paz pública*. Para explicar este planteamiento, este autor se refiere a la

---

<sup>644</sup> Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., Op. Cit., 902.

<sup>645</sup> Para MAQUEDA ABREU, la imprecisión de este concepto y por tanto de su alcance, introduce mayores dosis de incertidumbre a la caracterización de la apología punible. Y es que, según ella «a partir de él, la cualidad delictiva de esa figura, concebida como infracción de peligro abstracto, va a estar subordinada no ya sólo al grado de automatismo que quiera otorgarse al juicio sobre su capacidad de hacer peligrar “algo”, sino, además, de lo que deba entenderse por ese “algo”, que es el *orden público*». Vid. MAQUEDA ABREU, M. L., Op. Cit., 24.

doctrina alemana<sup>646</sup> con relación al parágrafo 140 del Código alemán<sup>647</sup>, y sostiene que con la apología no se está creando un riesgo de comisión de un delito concreto, sino, en todo caso, un peligro de ejecución de algún delito más o menos próximo al elogiado, pero no precisado; en otras palabras, *la esencia de la apología radica en crear un clima favorable a una futura pero imprecisa ejecución de delitos*<sup>648</sup>.

El autor en comento a pesar de estar de acuerdo con ARROYO ZAPATERO en que la apología no es una figura constitutiva de un acto preparatorio sino que es de los considerados delitos autónomos, difiere con este último, al afirmar que exigir el elemento subjetivo como parte del concepto de apología significaría desnaturalizar a dicha figura, en tanto, coincidiría con la provocación.

---

<sup>646</sup> Al parecer es a nivel de derecho comparado donde se encuentra un sustento legislativo para sostener que la apología es un delito autónomo, además del alemán, verbigracia, en el ordenamiento jurídico italiano cuyo art. 414 aparece descrito bajo la rúbrica de delitos contra el orden público, el cual textualmente cita: «**TITOLO V - DEI DELITTI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO Art. 414 - Istigazione a delinquere.** Chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati è punito, per il solo fatto dell'istigazione: 1) con la reclusione da uno a cinque anni, se trattasi di istigazione a commettere delitti./ 2) con la reclusione fino a un anno, ovvero con la multa fino a lire quattrocentomila, se trattasi di istigazione a commettere contravvenzioni./Se si tratta di istigazione a commettere uno o più delitti e una o più contravvenzioni, si applica la pena stabilita nel n. 1./ Alla pena stabilita nel n. 1 soggiace anche chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più delitti. (subrayado suplido). Cfr. *Codice Penale*, R. D. n. 1398 del 19 ottobre 1930 - Pubblicato in s. o. Gazzetta Ufficiale, n. 253 del 28-10-1930. Mayo 2008, en <http://www.fiscalia.gov.bo/icmp/corso-inductivo/6.htm>

<sup>647</sup> El parágrafo del artículo 140 del Código Alemán dispone «el que después que se haya cometido o intentado en forma punible un hecho antijurídico de los mencionados en el parágrafo 138 párrafo 1, números 1 a 5; parágrafo 126, párrafo 1, números 1 a 6: 1) lo recompense, o 2) lo apruebe en una asamblea mediante la distribución de escritos **de forma apropiada para perturbar la paz pública** (parágrafo 11, párrafo 3) será castigado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa» (negrita suplido). Cfr. *Código Penal Alemán*, traducido por Claudia López Díaz, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1988, consultado octubre 2009, en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_13.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf)

<sup>648</sup> Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., «La apología en la reforma penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, número monográfico 6, 1983, 384-385, 394-396.

Crítica esta postura, DEL ROSAL BLASCO, para quien no es posible que exista un concepto natural de apología<sup>649</sup>, perfectamente distinguible del concepto legal de provocación; pues desde el momento en que el legislador estableció en el artículo 4, párrafo 3, del Código Penal vigente a esa época<sup>650</sup>, un concepto normativo de provocación, a falta de definición legal de la apología en el Código Penal, había que establecerlo doctrinalmente atendiendo a los criterios interpretativos válidos en Derecho penal; de ahí que la apología pueda coincidir –en todo o en parte– con el de provocación en función de múltiples factores (interpretación de los términos de la definición de la provocación, concepto de apología que se fije, etc.). Es por ello que el autor concluya afirmando que el problema es más bien de fijación de los límites constitucionales –como ya se aludió *supra*– dentro de los cuales es o no aceptable construir un concepto u otro de apología y declararlo punible<sup>651</sup>.

MAQUEDA ABREU muestra su rechazo frente a la interpretación constitucional que muchos autores han respaldado, pues para ella no pasa de ser un hábil argumento mal empleado para decir lo que la ley no dice y, aún más, lo que parece que *no quiere decir*. Para ello advierte, en un breve análisis de la historia legislativa, que el legislador penal en los casos en que ha querido punir la provocación indirecta, lo ha hecho con independencia de las reglas generales, y sin afectar en nada al régimen de punición de la apología<sup>652</sup>. Así, la autora expresa:

---

<sup>649</sup> GONZÁLEZ GUTIÁN habla de un concepto natural de apología, en contra del elemento subjetivo que le atribuye ARROYO ZAPATERO, para construir un concepto jurídico-penal de la apología que se aleja del concepto natural atribuido por el legislador. Vid. GONZÁLEZ GUTIÁN, L., «La apología en...», cit., 396.

<sup>650</sup> Art. 4, párr. 3.- La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

<sup>651</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 80-81.

<sup>652</sup> Por ejemplo: el caso del artículo 561 del CP de 1928 que citaba: 1. El que sin inducir directamente a otros a ejecutar cualesquiera de los delitos enumerados en los artículos anteriores provocase de palabra, por escrito o por cualquier medio de difusión a la perpetración de dichos delitos, incurrirá en la pena señalada a los autores respectivos, si a la provocación hubiera seguido la perpetración, y en la inferior inmediata, cuando no se realizare el delito/ 2.

La provocación y la apología son dos realidades distintas *para la ley*, pretender una asimilación de la primera al régimen de esta última como pretexto supuestamente autorizado por la Constitución, para poder así justificar su existencia como delito y someter su aplicación a márgenes razonables, supone, de una parte, empeñarse en asegurarse que la labor futura del legislador, como la actual de nuestros juzgadores, siga su propio curso sin someterse, desde luego, a esos márgenes y distanciándose de las elaboraciones que calificaríamos de teóricas; pero sobre todo, garantizar el fundamento jurídico constitucional y, con él, la subsistencia –como realidad siquiera aceptable, sin serlo– de una institución cuya más grave carencia es probablemente la de lesividad.

Sin embargo, la citada autora reconoce que la tesis de la incitación indirecta ha evolucionado y la apología pierde el motivo de su existencia punible en lo que supuestamente era (y no podía ser), algo subjetivamente dirigido a provocar la comisión de delitos; para pasar a encontrarlo en lo que ciertamente puede llegar a ser, algo objetivamente capaz de provocar la comisión de delitos, por eso, se sigue que la apología no constituye una simple expresión de un juicio positivo sobre un delito, sino en la fuerza penetrativa en la conciencia del público, en el mensaje de ejemplaridad del delito exaltado o aprobado a través del cual los destinatarios resulten o puedan resultar, siquiera indirectamente, condicionados y sean empujados o puedan serlo a su imitación.

De ahí que, MAQUEDA ABREU sostenga que esa referencia a delitos futuros, es un argumento muy flojo para permitir que en el peligro de su posible realización –y, por tanto, en el peligro de lesión, a través de ellos, de bienes jurídicos– se pueda justificar la imposición de una pena. Castigar en

---

La apología de estos delitos y de los responsables de ellos será castigada con la pena de seis meses a seis años de reclusión; y el artículo 19 del Proyecto de CP de 1983, que acogía como modalidad de apología, lo que pudiera considerarse como una forma de incitación indirecta al delito. Además, la autora hace referencia a los debates parlamentarios que se suscitaron a la aprobación de la Ley Antiterrorista de 1984 en la que un diputado expresaba: «La provocación al delito es cuando ya se incita a cometer nuevos delitos, y estamos hablando de apología de delitos ya cometidos, de actuaciones ya realizadas hacia las cuales se pide un grado de solidaridad moral o ideológica que justifique esas actitudes. Por tanto, añade, son dos supuestos distintos, la provocación al delito precede al delito y la apología al delito es posterior. Por eso queremos que tenga sustantividad lógica esta clase de tipificación para sancionarlos (sic) en la Ley». Vid. MAQUEDA ABREU, M. L., Op. Cit., 21-22.

razón de una amenaza tan débil, supondría, «adelantar las barreras para perseguir poco más que (un) *quizá* (o un) *podría ser*»<sup>653</sup>.

Por otra parte, HERNÁNDEZ HIL afirma que la apología existe *autónoma*, aunque no medie incitación directa (provocación) ni instigación (inducción) a cometer un delito; es suficiente la alabanza, aprobación o defensa para que se configure la apología, si por otro lado, se da la incitación expresa lo que existiría sería otra conducta punible, es decir, la provocación del delito al que se incitara. De ahí que el autor concluya, que la apología, por naturaleza, subsigue a conductas delictivas típicas, y en cuanto implica alabanza o exaltación de ellas, es punible; pero «los conceptos o expresiones contenidos en esa *voluntas post delictum* originadora, por sí, de apología, pueden a su vez servir para conformar la figura de la provocación delictiva; luego la mera apología del hecho antecedente está desligada de la presunta provocación a un delito subsiguiente»<sup>654</sup>.

JIMÉNEZ DE ASÚA, teniendo presente la doctrina italiana, considera que la apología es una forma de instigación indirecta, y llega a decir que la apología «acaso pudiera considerarse como una forma pública e indirecta de proponer o instigar a un delito, que asume en algunos Códigos iberoamericanos el rango de infracción *per se*»<sup>655</sup>.

Frente a esta postura en que se considera la apología como delito autónomo, y en el que se le relacionan bienes jurídicos como la paz pública o el orden público, como elementos del tipo, no puede obviarse que con ello se corre el riesgo de ampliar el significado preventivo que se le asigna a la punición de

---

<sup>653</sup> *Ibidem.*, 22-23. Por su parte CAMPO MORENO sostiene que «no puede seguir preconizándose, desde ningún esquema defensivo, la punición de la apología, siendo preferible la existencia de ciertas lagunas a convertir el sistema de libertades fundamentales en un régimen encorsetado y precario, desbordando los propios límites previstos en el art. 20.4 de nuestra Carta Magna», *Vid. CAMPO MORENO, J. C., Op. Cit., 223.*

<sup>654</sup> *Vid. HERNÁNDEZ GIL, F., Op. Cit., 902.*

<sup>655</sup> *Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Tratado de Derecho Penal, tomo VII, Buenos Aires 1977, 291.*

la apología más allá de la evitación de delitos, y se comienza a criminalizar la simple disposición favorable al delito, bajo la supuesta creencia de preservar la tranquilidad ciudadana llegando inclusive a cuestionarse si no es que se está invadiendo la esfera moral de los ciudadanos frente a la tendencia del Estado de autoprotegerse.

## 6.2. Conforme a la previsión del Código Penal de 1995

### 6.2.1. A propósito del concepto de apología

Uno de los mayores problemas con los que se ha enfrentado esta figura y que ha dificultado aún más si cabe su posible aplicación, es la ausencia en toda su trayectoria legislativa de una definición de apología<sup>656</sup>. Conforme a lo observado hasta este punto se puede afirmar que no existía durante la vigencia del Código derogado una figura genérica de apología<sup>657</sup>, se «prescindía de la incriminación de la apología de delito como genérico título de incriminación»<sup>658</sup>.

Como se advierte la apología ha sido siempre una figura polémica, en los distintos estratos históricos<sup>659</sup>; su falta de precisión o desorganizada regulación en los distintos textos punitivos, al parecer llevó al legislador, a través del Código Penal de 1995, a ofrecer un concepto general de lo que debía entenderse por apología, mediante la inclusión de la misma en la parte general, obligándose con ello a definir sus elementos, de forma más precisa y optando por atribuirle una naturaleza jurídica de *acto preparatorio*. Es así que el Código

---

<sup>656</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Op. Cit., 107.

<sup>657</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., Op. Cit., 926.

<sup>658</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., «Apología y encubrimiento del terrorismo», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirigidos por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Sevilla 1996, 40.

<sup>659</sup> El origen del precepto enseña que la apología ha venido asociada a la prevención, es decir, a la evitación de lo que se puede evitar, conductas futuras, sobre todo las constitutivas de delitos más graves. Vid. SÁNCHEZ OSTIZ, P., «La tipificación de conductas...», cit., 907.

Penal de 1995<sup>660</sup> se decanta por las reflexiones expuestas por la doctrina penal dominante, y establece como apología:

*Art. 18.1, párrafo 2º. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.*

Tal definición es muy semejante a la introducida por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, en los artículos 137 bis b) y 165 ter. 2 del Código Penal anterior, mediante la que se tipificó la apología de los delitos de genocidio.

Ahora bien, se observa del artículo 18 número 1, párrafo 2º del CP, que la apología para configurarse no basta la simple exposición de ideas o doctrinas en términos de mera aprobación o de justificación del acto delictivo o de sus culpables, sino que debe de haber existido un *ensalzamiento* del acto delictivo o un *enaltecimiento* de sus culpables<sup>661</sup>, siendo estos elementos rasgos característicos de la figura en estudio.

Al respecto, y como lo afirma REBOLLO VARGAS, la referencia a *enaltecer* al autor ha sido una constante en los distintos textos punitivos, pero el *ensalzamiento* del crimen se ha incluido por primera vez con un propósito distinto a los de *preconizar* o el de *fomentar*<sup>662</sup>, en tanto que el significado

---

<sup>660</sup> «El legislador actual influenciado en cierta forma por los acontecimientos que se viven por algunos sectores en la sociedad vasca, ha situado en parte su respuesta mediante la tipificación de determinados comportamientos que aparecen regulados en el actual código penal, entre ellos, el art. 18.1 párrafo 2º, donde aparece la figura de la apología, precepto predicable de todos los tipos recogidos en la parte especial del código penal, si bien su aplicación queda limitada a aquellos supuestos a los que expresamente se refiera la ley». Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Op. Cit., 105.

<sup>661</sup> CUELLO CONTRERAS sostiene que el prototipo de apología, viene dado en la práctica, frecuente, de ETA, de elogiar a quienes acaban de cometer un asesinato. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español, Parte General: teoría del delito (2)*, Volumen II, Madrid 2009, 345.

<sup>662</sup> Vocablos respectivamente utilizados en los proyectos de Código Penal de 1980 y 1983, citados en el capítulo anterior de este estudio. Y que según la Real Academia Española: *preconizar* significa encomiar pero también proponer o recomendar algo por considerarlo bueno



semántico de los términos «*ensalzar*» o «*enaltecer*» son equiparables con los de *alabar, exaltar o elogiar*<sup>663</sup>. Por otra parte, es de resaltar que el objeto sobre el que recaen es distinto, ya que el ensalzamiento está referido al crimen y el enaltecimiento al autor<sup>664</sup>.

Ahora bien, POLAINO NAVARRETE<sup>665</sup> señala que como argumentos legitimadores en el orden sancionador y preventivo, se ha esgrimido la presunta necesidad de configurar un tipo delictivo de apología, consistente en la conducta (preparatoria o difusora, en todo caso no de ejecución delictiva) de la exposición (ante concurrencia de personas o por medio de publicidad) de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan al autor.

En tales términos, la apología presupone la comisión de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, cuyo autor o realización se ensalce o enaltezca; es decir, que no existe conducta apologética cuando se ensalce o enaltezca una acción jurídicamente no reprobada, por muy éticamente despreciable que fuera la misma.

Así, el autor aludido evidencia la confusión que existe en el orden penal respecto del *desvalor ético-social* de una conducta, con el *desvalor jurídico-penal*<sup>666</sup> de lesión o puesta en peligro de un bien o valor protegido por el ordenamiento jurídico, siendo este último el que debe imperar en la apología<sup>667</sup>.

---

o adecuado para un fin; y, *fomentar*: promover e impulsar algo. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op. Cit., <http://www.rae.es/rae.html>

<sup>663</sup> Idem., <http://www.rae.es/rae.html>; y MOLINER, M., *Diccionario del uso del español*, Madrid 2008.

<sup>664</sup> Vid. REBOLLO VARGAS, R., *La provocación...*, cit., 116.

<sup>665</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, M., «artículos 17 y 18», en *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Artículos 1 a 18, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1999, 970.

<sup>666</sup> El desvalor jurídico-penal de una conducta comienza con la desvaloración de un acto que ciertamente lesiona o compromete la incolumidad jurídica de un objeto de protección de la norma penal. *Ibidem.*, 971.

<sup>667</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, diferencia ambos criterios y dice que «desde el punto de vista de la *ética social* un hecho es socialmente dañoso cuando entra en contradicción con las normas ético-sociales fundamentales de la comunidad, conculcando las convicciones culturales y el orden impuesto por el grupo social. Mientras que el criterio del *bien jurídico*, la dañosidad social de un hecho depende de que lesione o ponga en peligro intereses fundamentales que afectan a las condiciones materiales de la vida del hombre que constituyen los presupuestos indispensables

Y es que así lo determinó el Tribunal Supremo, mediante la sentencia 2/1997, de 29 de noviembre de 1997, que cita: «la concreta manifestación apologética no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y a sus autores, sino que, además, ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que pueda determinar a otros a la perpetración del delito»; esto quiere decir, que una conducta revestirá los caracteres apologéticos cuando se ponga en peligro un bien jurídico, es decir, «cuando tenga un efecto social y jurídicamente desvalioso de incitación», cuando el destinatario del alegato apologético se sienta impulsado, e incitado eficazmente hacia la ejecución de una conducta tipificada en la norma penal.

En caso contrario, si la apología no contiene ese efecto social y jurídicamente desvalioso de incitación, por muy reprochable ético-social que sea la conducta queda fuera del ámbito de valoración penal y no puede constituir materia de punición: no todo lo éticamente reprochable ha de ser necesariamente delictivo<sup>668</sup>.

---

para la vida en sociedad». Sin embargo, suele discutirse qué criterio es preferible para seleccionar los hechos socialmente dañosos. Este autor expone que dominan los puntos de vista vinculados al criterio del bien jurídico, pero que a la vez deben de emanar de la realidad social, es decir, que no puede ser ajena a las convicciones culturales del grupo –y, en definitiva, de la ética social. Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «límites al poder punitivo del Estado (I)» en *Derecho Penal, Parte General*, dirigido por el mismo autor, Valencia 2004, 195-196. Para MORILLAS CUEVA no cabe ninguna duda de que el contenido y los criterios de selección de los bienes jurídicos que protege el Derecho penal hay que buscarlos en la *realidad social*. Realidad social que como concepto no deja de ser ambiguo, y en el que actúan intereses económicos, sociales, personales, mediáticos, etc., muy diversos y, a veces, enfrentados. Siendo el Texto constitucional el que engloba las determinaciones esenciales para la elaboración del concepto de bien jurídico que, por tanto, y desde esta perspectiva será previo a la legislación penal y concluyente para ella. Para profundizar más véase: MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid 2004, 14398-100.

<sup>668</sup> Como afirma CUELLO CONTRERAS, sólo merecen protección penal aquellos bienes que *realmente cumplen una función social imprescindible para la convivencia pacífica* de todos (...); no bastando, a tales efectos, con que se trate de un bien sólo relevante a la luz de una determinada concepción ética, religiosa, ideológica o de cualquier otra índole, aunque sea la dominante en la sociedad. Puesto que los bienes jurídicos a proteger penalmente se extraen de la realidad social, en la que están enraizados, serán las Ciencias sociales las llamadas a proporcionar al Derecho penal el conocimiento de la realidad social del delito e, incluso, a aconsejar qué medidas con las más eficaces para atajarlo. Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español, Parte General: nociones introductorias, teoría del delito*, Madrid 2002, 54-55. Sin embargo, agrega el mismo autor,

Constituiría un absurdo jurídico que el sistema punitivo alcanzase la esfera del desvalor moral y castigara como conducta apologética el ensalzamiento o enaltecimiento del autor o de un crimen despreciable desde el punto de vista ético, pero que carece de fuerza persuasiva, porque entonces nos encontraríamos dentro del establecimiento de un Estado que castiga a la persona por sus características o de la voluntad, careciéndose de la puesta en peligro de un bien jurídico, al tratar de castigarse una ideología.

Ahora bien, POLAINO NAVARRETE<sup>669</sup> sostiene que la incriminación puramente formal, exenta de la correspondiente fundamentación material, implica una desviación de los postulados requeridos por el Derecho penal de acto, contrariando principios de legalidad penal, protección de bienes jurídicos, entre otros. El autor es un fuerte crítico frente a los que pretenden bajo el concepto del *orden público*, tergiversar –vía legislativa– los propios fines de la Ley penal y cita:

Esta actitud intransigente y sectaria denota una programación de reforma penal que no es político-criminal sobre los problemas penales y sociales, sino que es de índole política partidista, y cristaliza en una mera proposición egoísta de autoafirmación del poder, que en esta ocasión se aparta del sentido de la Ley penal legitimada por la general voluntad popular, por la vía sutil del control de la ideología y de la sanción de la voluntad de autor, como emanación del espíritu de censura (al igual que en los proyectados *tipos-mordaza* contra la libertad de expresión).

Fuerte rechazo sobre este punto muestra también COBO DEL ROSAL, quien alude a que el Código Penal español, al punir la apología en los términos en los que lo establece lleva inevitablemente a un punto muerto y es a la *impunidad de la apología criminal*, por la sencilla razón «de que no sería ésta más que una aberrante singularidad de la provocación, con una específica exigencia de un

---

«no se puede olvidar tampoco que la última decisión sobre qué debe castigarse y cómo, es una decisión política». Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español, Curso de iniciación, Parte General: nociones introductorias, teoría del delito*, Madrid 1996, 50.

<sup>669</sup> *Ibidem.*, 972.

concreto ánimo de incitar a la comisión del delito, lo que difícilmente podrá ser probado»<sup>670</sup>. Y es que, alude, desde el punto de vista político-criminal, creer que mediante la tipificación criminal de la apología se va a resolver algo, no deja de ser también una auténtica y entusiástica ingenuidad y de ahí quizá el carácter simplemente declamatorio, cuando no simbólico, de tan desafortunado precepto.

En este punto se puede adelantar que, sin duda el concepto de apología regulado en el Código Penal adolece de serias deficiencias que prácticamente la anulan en sí misma como figura jurídico penal –como se determinará *infra*–; de ahí que, la parte en que se cita «*La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito*», debería de ser reevaluada por el legislador si es que mantiene la convicción de querer sancionar de manera eficaz las conductas apologéticas.

### 6.2.2. Ubicación jurídico-sistemática del concepto de apología

Los actos preparatorios constituyen un momento intermedio entre la fase interna<sup>671</sup> y la fase de ejecución del delito<sup>672</sup>. El Código Penal parte del principio

---

<sup>670</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M., «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en *Cuadernos de política criminal*, Nº 76, 2002, 110, 112-113.

<sup>671</sup> La *fase interna* que transcurriría en el seno del *ánimo del autor*; se halla constituida por todos los momentos del ánimo a través de los cuales se formaría la *voluntad criminal* y que preceden a su manifestación. En particular, se distingue la *ideación* del delito, la *deliberación* que precede o puede preceder a la decisión de cometerlo y la *resolución* criminal, en la que la voluntad toma el partido de la realización del delito. La fase interna es, por sí sola, penalmente irrelevante. El mero pensamiento sin trascendencia externa resulta, de hecho, *incoercible*. El Derecho penal no puede intervenir sino a partir de la manifestación de la voluntad, todo ello de acuerdo con el brocardo latino *cogitationes poenam nemo patitur*, esto es que los pensamientos no pueden ser castigados. Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., Op. Cit., 220-221. Para las etapas de la realización del hecho punible puede verse también: BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1998, 334-335; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., Y OTROS, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, coordinado por Eduardo Demetrio Crespo y Cristina Rodríguez Yagüe, Barcelona 2010, 367 y ss.

<sup>672</sup> La *fase externa* o de *resolución manifestada* comienza a partir de la *exteriorización de la voluntad*, desde que el proceso de realización del delito puede proseguir, a través de la *preparación* y la *ejecución*, hasta la *consumación*. Parece evidente que el Derecho penal se reduce a *hechos humanos exteriorizados*, y cabría adelantar que ni siquiera todos ellos se dirigen, como los *actos*

general de impunidad de los actos preparatorios, pues no siempre proporcionan una prueba clara de una incipiente decisión criminal, o que, incluso respondiendo a una resolución criminal firme, no necesariamente implican que dicha decisión vaya a mantenerse y a manifestarse a través de acciones que resulten peligrosas para los bienes jurídicos protegidos. Solamente cuando los actos preparatorios se consideran lo suficientemente expresivos de una resolución criminal firme, y, además, peligrosos, está legitimado el Derecho penal para adelantar hasta ese punto las barreras de protección de los bienes jurídicos<sup>673</sup>.

Un importante cambio que se advierte en el Libro I del Código Penal es que el legislador penal ha establecido un régimen cerrado de incriminación de determinados actos preparatorios<sup>674</sup>, conforme a los artículos 17 y 18 del CP<sup>675</sup>,

---

*preparatorios* a la realización del delito. Sin ninguna duda el legislador puede conminar con pena el propósito criminal, simplemente desde su manifestación exterior plasmada en *actos preparatorios*, pero ello lo deberá hacer con fundamento en (...), el *principio de ofensión*. Y ello comportará que dicha conminación lo sea sobre la base, al menos de la abstracta puesta en peligro de uno de algún bien jurídico protegido. Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., Op. Cit., 221-222. puede verse también: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., Y OTROS, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, coordinado por Eduardo Demetrio Crespo y Cristina Rodríguez Yagüe, Barcelona 2010, 367 y ss; ORTIS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición actualizada conforme a la LO 5/2010, Valencia 2010, 211 y ss.

<sup>673</sup> Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M. R., «El *iter criminis* (I)», en *Derecho Penal, Parte General*, dirigido por José Miguel Zugaldía Espinar, Valencia 2004, 677-678.

<sup>674</sup> Que conforme estaban regulados en el Código Penal anterior, fueron duramente criticados por la doctrina, fundamentalmente por su aplicación general a toda clase de delitos. Dicha aplicación general provocaba una aplicación exagerada del Derecho Penal, y por ello fue entendida como un síntoma de carácter autoritario del Código Penal. Vid. BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, I., Y OTROS, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 2004, 387; y también del mismo autor en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona-Bilbao 1999, 297.

<sup>675</sup> **Art. 17.- 1.** La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. / **2.** La proposición existe cuando el que ha resultado cometer un delito invita a otra persona u otras personas a ejecutarlo. / **3.** La conspiración y proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley. **Art. 18.- 1.** La provocación existe cuando directamente se incita a por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. / Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. / **2.** La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. / Si la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

es decir, la *conspiración*, *proposición* y *provocación*, adicionando –como se ha señalado– la *apología* en el párrafo 2º del art. 18.1 del texto penal<sup>676</sup>, que puede verse como una especie «de ampliación del concepto de provocación»<sup>677</sup> o «a modo de innovación legislativa»<sup>678</sup>.

La punición de los actos anteriores al comienzo de la propia ejecución de los hechos penados en la parte especial del Código Penal responde a la aplicación de determinada técnica legislativa que ondula entre una *concepción amplia* y una *de carácter restrictivo*.

Ahora bien, el sistema de punición de los actos preparatorios adoptado por cada código es indicativo tanto de la situación social y de la opción político-criminal de cada momento histórico; así lo ha señalado JIMÉNEZ DE ASÚA quien expresaba que «la excepcional punibilidad de las conductas conspiradoras era el termómetro que medía el calor de las convicciones liberales»<sup>679</sup>.

En efecto, así lo señalaba POLAINO NAVARRETE<sup>680</sup>, que en un *criterio general* resultan penalmente conminados de forma indiscriminada y en todos los casos los actos preparatorios de cualquier comportamiento delictivo. «Ciertamente esta fórmula amplia respecto de los actos preparatorios afectaba al principio de lesividad y, por tanto, resultaba contraria a la Constitución»<sup>681</sup>.

Y en un *criterio restrictivo* únicamente por vía de excepción cabe admitir la incriminación con riguroso carácter excepcional de determinados actos

---

<sup>676</sup> Para algunos autores como LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARAN, la punición de la apología fue una de las más beneficiadas por el desarrollo parlamentario, puesto que, definiéndolo en la Parte General (art. 18), no sólo se limita en su punición a los casos especialmente previstos en la Parte Especial, sino que, como reclamaba un importante sector doctrinal, se circunscribe a supuestos en los que resulte equiparable a la provocación al delito. Si tal contenido de incitación a delinquir (y con ello a la posibilidad de afectación al bien jurídico) no se encuentra presente, la punición de la mera alabanza del delito o los delincuentes podría alcanzar al castigo de manifestaciones amparadas por la libertad de expresión. Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D. Y GARCÍA ARAN, M., Op. Cit., 51.

<sup>677</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Barcelona 2010, 342.

<sup>678</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., «artículos 17 y 18», cit., 959.

<sup>679</sup> Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La Ley y el delito: principios de derecho penal*, Buenos Aires 1973, 502.

<sup>680</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, M., «artículos 17 y 18», cit., 960.

<sup>681</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y OTRO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Madrid 2006, 377; COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 1999, 552.

preparatorios y para singulares hipótesis delictivas, en las que se estima necesaria la intervención del sistema penal, con ineludible imposición de una pena, por la extrema inminencia de peligro de afectación de bienes jurídicos inherente a actos que directamente predisponen a la ulterior ejecución de un comportamiento típico<sup>682</sup>.

Es así como el Código Penal de 1995 se decanta por establecer un *sistema de numerus clausus en la punición de los actos preparatorios*, en otras palabras, no se puede castigar con carácter general todos aquellos actos anteriores al comienzo de la propia ejecución de los hechos penados en la parte especial del Código Penal, sino sólo aquellos que el legislador ha determinado expresamente en la Ley. «Esto quiere decir que no puede haber acto preparatorio en relación a delito indeterminado o, dicho de otra forma, una conspiración, proposición o provocación para delinquir en abstracto»<sup>683</sup>.

Para algunos otros autores, como BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, en virtud de la regulación prevista en los artículos 17 y 18 del Código Penal, la conspiración, proposición y provocación *dejan de ser actos preparatorios* y se convierten en tres *especiales supuestos de coautoría o participación intentadas*<sup>684</sup>.

---

<sup>682</sup> Así los Códigos de corte más autoritario castigaban de modo general, para todo delito, la conspiración, la proposición (1850) y además, la provocación para delinquir (1928, 1944 y el texto refundido de 1973); mientras que los más liberales, adoptaban un sistema cerrado de punición en los actos preparatorios, como los Códigos de los años 1822, 1848, 1870, 1932 y 1995. Puede verse también: COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., Op. Cit., 222.

<sup>683</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y OTRO, Op. Cit., 377.

<sup>684</sup> Así, para este autor, el art. 17.1 CP -la conspiración- se trata de un supuesto de coautoría intentada, y no de participación. Los conspiradores deben concretar el reparto del dominio del hecho que proyectan realizar. El art. 17.2 CP -la proposición- se trata de un supuesto de coautoría intentada, en tanto y en cuanto el que invita proyecta compartir el dominio del hecho con los invitados, o de autoría y participación intentadas si él pretende reservarse el dominio del hecho, otorgando el papel de partícipes a los demás. A diferencia, del art. 18.1 CP -la provocación- que es un supuesto de participación intentada, muy próximo a la inducción; este mismo artículo regula la apología, como forma de provocación, importante novedad en el Código Penal y sirve de complemento a los escasos preceptos de la parte especial que contemplan esta forma de provocación. Cfr. BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, I., Y OTROS, *Curso de Derecho Penal...* cit., 388. Por su parte, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN sostienen que «Los artículos 17 y 18 contemplan unas formas de tipicidades autónomas para castigar, en algunos tipos delictivos graves (en los casos especialmente previstos en la ley, cfr. arts. 141, 151, 477, etc.), formas de participación intentada como son la conspiración, proposición y provocación para delinquir». Vid. MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 2007, 446.

Para CUELLO CONTRERAS<sup>685</sup>, la provocación y la apología no constituyen formas preparatorias de la participación de un delito, sino actos que puede propiciar que otros adopten la *resolución* de cometerlo. En tal sentido, la provocación y la apología no son fases previas a la comisión de un delito, sino actos constitutivos de un delito específico de expresión, cuyo fundamento de punición estriba en un nuevo bien jurídico constituido por la perturbación de la paz social a través del vertido público de expresiones cuya *única* lectura posible pasa por la comisión de delitos.

Ahora bien, el fundamento de la punición de los actos anteriores a la ejecución del delito radica, según MIR PUIG<sup>686</sup>, en la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal, pues la resolución criminal trasciende del sujeto aislado para comunicarse a otros; de ahí, que sólo se castiguen los actos preparatorios de algunos delitos de cierta naturaleza y gravedad. Y es que, como afirma COBO DEL ROSAL Y QUINTANAR DÍEZ<sup>687</sup>, el sistema previsto de punición de los *actos preparatorios* deja fuera del interés y relevancia del Derecho penal, todos aquellos *actos preparatorios* en los que no se den las notas de concierto, invitación o incitación *con otros* o *a otros* del que los ejecuta y, por tanto, su impunidad.

Sin embargo, el sistema de *numerus clausus* en el actual ordenamiento jurídico recoge algunas deficiencias, pues el legislador no ha sido cuidadoso a la hora de seleccionar los delitos cuyos actos preparatorios deben de ser punibles, así lo evidencia OLMEDO CARDENETE quien hace referencia a dos casos específicos: *a)* el delito de lesiones (art. 147. 2º CP) el cual para imponer el castigo por actos preparatorios debe atenuar la pena (arresto de 7 a 24 fines de semana o multa de 3 a 12 meses) en uno o en dos grados, cuyo resultado sería una pena tan ínfima, lo cual permite reflexionar sobre la necesidad de que la Ley penal recogiera exclusivamente aquellos supuestos que presentaran

---

<sup>685</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español, Parte General: teoría del delito (2)*, Volumen II, Madrid 2009, 340-341.

<sup>686</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Op. Cit.*, 342.

<sup>687</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Op. Cit.*, 222.



afecciones esenciales a bienes jurídicos trascendentales; y, b) en el caso de los delitos de estafa, apropiación indebida o el robo con fuerza en las cosas (art. 269 CP) pues no discrimina clase de robo alguno; mientras que en las agresiones sexuales donde el hecho se ejecuta con violencia o intimidación sobre las personas, con grave riesgo para la seguridad, la salud o, incluso, la propia vida de la víctima<sup>688</sup>.

Para el caso que nos ocupa, la apología regulada en el párrafo 2º del artículo 18.1 del Código Penal, al entenderse como una modalidad de la provocación, implica que será punible en relación a todas las infracciones que así lo regulen –respecto a la provocación– en la parte especial del texto punitivo<sup>689</sup>.

Es así que la apología sería punible en los siguientes casos: homicidio y asesinato (art. 141), tipos agravados de lesiones (art. 151), detención ilegal y secuestro (art. 168), robo, extorsión, estafa y apropiación indebida (art. 269), blanqueo de bienes y capitales (art. 304), tráfico de drogas (art. 373), rebelión (art. 477), homicidio, lesiones o detención ilegal de miembros de la Casa Real, exceptuando a una eventual Reina de España (art. 488), asociación ilícita (art. 519), sedición (art. 548), atentados contra funcionarios o agentes de la autoridad (art. 553), terrorismo (art. 579), traición (art. 585), delitos contra el Derecho de gentes, genocidio y Derecho internacional humanitario (art. 615)<sup>690</sup>.

Por otra parte, la relación que pueda tener un Código Penal de corte liberal o autoritario respecto de la impunidad o punición general de los actos preparatorios, no es una correlación de carácter absoluto, pues pueden tipificarse supuestos de circunstancias particulares, ejemplo claro de ello sería el

---

<sup>688</sup> Vid. OLMEDO CARDENETE, M., «artículo 17», en *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Artículos 1 a 18, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1999, 867. Véase también: REBOLLO VARGAS, R., *La provocación...*, cit., 66-67; y, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Op. Cit.*, 149-150.

<sup>689</sup> Cfr. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., *Op. Cit.*, 926. Estos autores adelantan que «esta generalización en su castigo a numerosas infracciones, no quedando limitada a ciertos delitos como ocurría en el recién derogado Código Penal, no es más que una apariencia carente de significado positivo, pues su completa asimilación al concepto y requisitos de la provocación le han hecho perder en el vigente texto punitivo la más mínima autonomía».

<sup>690</sup> *Ibidem.*, 934; COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Op. Cit.*, 223.

artículo 578 del CP que reconoce la apología construyéndose como delito autónomo que no está sujeta a la citada en el artículo 18.1 párr. 2º del CP; y además, deben tenerse en cuenta aquellos delitos que por sus especiales circunstancias guardan cercanía sustantiva a la apología, como las siguientes previsiones:

- Pública petición a bandas armadas o terroristas para que cometan hechos violentos (art. 170.2).
- Provocación a la discriminación (art. 510).
- El enaltecimiento o justificación de los actos terroristas (art. 578).
- Propaganda del terrorismo (art. 579.1 párr. 2º)
- Propaganda del genocidio (art. 607.2).

Es así que conforme a lo examinado se deduce que la apología, está ubicada formalmente entre los actos preparatorios punibles, sometida a un régimen de punición excepcional –al igual que el resto de los actos preparatorios–, y por ende, habrá que conectarla sistemáticamente con los respectivos tipos de la parte especial del CP en los casos que esté expresamente prevista la punición; sin embargo, materialmente hablando carece de contenido o así como lo expresa BARQUÍN SANZ Y OLMEDO CARDENETE, «el artículo 18.1.2 no regula lo que parece que regula y la *realidad de su contenido normativo* difiere no poco de su apariencia»<sup>691</sup> (cursiva suplido).

### 6.2.3. Sobre el elemento de la publicidad

Del estudio histórico-legislativo de la apología, se puede desprender que el elemento de la publicidad ha sido persistente en los distintos textos punitivos; en algunos casos, se decía expresamente que la apología era pública y en otros se hacía referencia a que debía ser en presencia de una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión. Sin embargo, se observa que la

---

<sup>691</sup> *Ibidem.*, 925.

previsión del artículo 18.1, párrafo 2º del CP, se ha eliminado la denominación expresa del adjetivo público pero la doctrina es unánime en sostener que uno de los elementos caracterizadores de la apología es precisamente su *publicidad*.

En efecto, así lo señala el artículo en estudio, en el que la apología, para ser típica, debe revestir un carácter público, sea porque se vierte ante una concurrencia de personas, o porque se hace a través de cualquier medio de difusión.

Al respecto, REBOLLO VARGAS<sup>692</sup> supone que el elemento de la publicidad que es inherente a la apología, conlleva una gran amplitud, y determina que aquella apología que es de índole privada o individual es atípica, o incluso cuando las personas receptoras de las ideas o doctrinas forman parte del núcleo personal de quien la realiza. Agrega que, en el párrafo segundo del 18.1 del CP, la referencia es a *medio de difusión*, y no a *medio de comunicación*, que suelen ser términos que se utilizan indistintamente pero que son distintos, así el aludido autor explica la diferencia entre ambos:

En el *medio de comunicación*, la comunicación se establece entre dos actores (un emisor y un receptor) que emiten y que reciben indistintamente información, pero, y ahí reside su particularidad, en ese canal comunicativo se establece un intercambio de información. Se trata de un flujo recíproco en el que ambas partes pueden emitir y a la vez recibir. Es el caso del teléfono o de la comunicación mediante transmisores, etc.

El *medio de difusión* reúne una característica diferente en tanto que en él no existe el flujo comunicativo anterior, sino que únicamente es útil para emitir o transmitir información pero no para intercambiarla. Es decir, existe un emisor y, desde luego, un receptor, pero entre ellos no es posible establecer ninguna clase de flujo comunicativo recíproco. Mediante él se informa o se transmiten informaciones, pero, no es posible el intercambio informativo entre el emisor y el receptor, quien, en este caso, se convierte en un puro sujeto pasivo de la información que recibe. Se trata, en definitiva, de un proceso unilateral en el que no existe un intercambio de respuestas entre los que emiten y los que reciben los mensajes. Ejemplo: la televisión, la radio o la prensa.

---

<sup>692</sup> Vid. REBOLLO VARGAS, R., *La provocación...*, cit., 118-120.

Para este autor, la diferencia entre ambos términos sobrepasa lo meramente semántico, pues en casos como el Internet<sup>693</sup>, la apología del delito utilizando este medio de comunicación no tiene cabida porque sería necesario constatar que con ello se incita directamente a cometer un delito; si no fuera así, por muy reprobable que sea el elogio, se estaría frente al ejercicio de los derechos fundamentales [libertad de expresión, información o, incluso, la ideológica]. Además, porque se entendería que el soporte técnico utilizado para ello es un medio de comunicación, no de difusión. Con esto evidencia una laguna de punibilidad, pues no se puede obligar decir al Código lo que no dice expresamente, y el texto punitivo habla de medio de *difusión*, no de *comunicación*, esto con independencia de que se interpretara que las referidas ideas o doctrinas constituyan una auténtica incitación directa a cometer el delito.

Por otra parte, REBOLLO VARGAS, reconoce que si el medio se utilizará como vehículo para incitar a la comisión de un delito y por sus particularidades se constatará que Internet es un medio de difusión y no de comunicación, entonces sí podría tener cabida la apología.

Como señala SÁNCHEZ DOMINGO, la identificación medio de comunicación, medio de difusión no se convierte especialmente problemática, pues no existen dificultades en admitir que la exposición de ideas o doctrinas, ya sea por medio de difusión o de comunicación, conduce a la realización de la conducta apologética<sup>694</sup>. Así, es perfectamente posible que a través de Internet, en el supuesto concreto de que se proceda a difundir ideas de contenido apologético, es indiferente, a efectos penales, conceptuarlo como un medio de difusión o de comunicación porque lo destacable es que las ideas o doctrinas lleguen a persuadir a un número de personas a la comisión de una conducta delictiva<sup>695</sup>.

---

<sup>693</sup> Entendiendo que la utilización de redes informáticas, verbigracia el Internet, a través de las que se puede acceder a un caudal de información ilimitado, son el soporte de un medio de comunicación entre usuarios que emiten y reciben libremente información. *Ibidem.*, 120.

<sup>694</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., *Op. Cit.*, 124.

<sup>695</sup> *Ibidem.*, 125.

LAMARCA PÉREZ<sup>696</sup> también señala que para que la apología sea un hecho público, normalmente, requerirá su difusión a través de determinados medios como la televisión, prensa o radio; no resultando punible la opinión emitida en privado, ante un grupo de amigos o por teléfono, e incluso a través del correo electrónico, el cual debe ser considerado como correspondencia privada, dado que se trata, en definitiva, de un buzón particular al que sólo el titular con sus claves puede tener acceso.

La autora agrega que el término empleado en el artículo 18.1.2 del CP referido a una «concurencia de personas», resulta bastante impreciso y no resalta el carácter público del acto o del lugar donde debe realizarse la conducta.

Sobre este punto sólo quiero destacar que no cabe duda que el segundo párrafo del artículo 18.1 del Código Penal al hacer referencia a expresiones como «ante una concurrencia de personas» o «por cualquier medio de difusión», sin duda resalta el *carácter público* que debe de revestir una figura jurídico-penal como la apología. Conteniendo el primero de los términos un significado bastante impreciso y la segunda de las expresiones un alcance sumamente amplio.

#### **6.2.4. ¿Conflicto respecto a la naturaleza jurídica de la apología?**

Parece ser que previo a que el legislador de 1995 se decidiera a definir la apología en la parte general del Código Penal, existían posturas disidentes respecto a la naturaleza jurídica que debía de atribuírsele a la apología, pues era evidente la desorganizada e implícita inexactitud con que se regulaba en los distintos textos punitivos, que conllevaba a tener serias dudas acerca de su naturaleza como figura jurídico-penal dentro del amplio espectro del ordenamiento punitivo. Ahora bien, con la previsión en el Código Penal vigente, la naturaleza jurídica de la misma no es motivo de disputa pero sí, su

---

<sup>696</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Apología...», cit., 44.

contenido normativo<sup>697</sup> porque puede cuestionarse su sustantividad en cuanto a si existe jurídicamente hablando, si cumple su función punitiva o si tiene aplicación práctica. Razón por la cual resulta conveniente examinar las posturas que se han desarrollado entre los distintos doctrinarios penales. Así se puede decir que existen dos posturas: por un lado, un autor que defiende la fortaleza de la apología como figura punitiva; y por otro, los que desconfían del contenido normativo y además de su función político-criminal.

#### *A. Tesis que defiende la validez del contenido normativo de la apología*

En este apartado, encontramos a un solo autor que aboga por la salvaguarda de la apología como figura jurídico penal, en los términos y condiciones en que se regula actualmente en el Código Penal. Así, REBOLLO VARGAS<sup>698</sup> señala que el legislador resuelve la polémica al vincular la apología con la provocación y considerarla una «forma» de ésta; pues con ello aclara las dudas sobre la exigencia o no del ánimo incitador para la comisión de nuevos delitos en la apología.

Este autor al aprobar la relación establecida por el legislador entre la apología y la provocación, destaca que el requisito de «*incitación directa para la comisión de nuevos delitos*», –en contraposición a la «*incitación indirecta*» a la que aludía la doctrina mayoritaria antes de la entrada en vigor de esta disposición–, dicha particularidad introduce un importante criterio o un límite objetivo para deslindar el conflicto entre el ejercicio de los derechos fundamentales a la

---

<sup>697</sup> La doctrina resalta algunas cuestiones que esta regulación suscita: i) la apología adelanta las barreras de punición (de la tipicidad) a un momento en el que resulta menos dudoso que se legitimo intervenir penalmente; ii) además, no es evidente que la tipificación de la apología venga a incrementar los márgenes de libertad de forma «inversamente proporcional» a la libertad de expresión y acción, restringidas por medio de la tipificación; iii) y, por tanto, participa de la lógica del Derecho penal de autor por cuanto determinados sujetos se ven etiquetados como criminales cuando lo que han hecho es ejercer el derecho a la libertad de expresión, sin lesionar a nadie directamente, ni hacer surgir la decisión de cometer un delito. Por eso, iv) la apología cumpliría funciones instrumentales orientadas a la eficaz prevención del delito (de delitos graves, sobre todo) en políticas criminales de corte intervencionista. Cfr. SÁNCHEZ OSTIZ, P., Op. Cit, 896-897.

<sup>698</sup> Vid. REBOLLO VARGAS, R., *La provocación...*, cit., 129 y ss.

libertad de expresión, información (que puede constituir una simple adhesión ideológica o intelectual) y la apología del delito. De ahí que, si la apología no incita directamente a cometer un delito será penalmente irrelevante, porque el castigo de la apología no se puede legitimar por la disidencia intelectual.

Para fortalecer su postura, destaca que la diferencia que existe entre ambas figuras –provocación y apología– es lo que justifica y confirma la tesis que él defiende, ya que el *componente personal* presente en cada figura es el elemento diferenciador de una respecto a la otra. El autor sostiene que al interpretar la cláusula «*u otro medio de posible eficacia*», utilizada en la provocación, le permite entender que los destinatarios pueden ser tanto individuales como colectivos; por el contrario, la apología está referida únicamente a destinatarios de índole colectivo, porque el elemento inherente a este es precisamente su carácter público.

En definitiva lo que legitima el tratamiento diferenciado en el NCP de la apología y su consideración como “forma” de provocación son los *destinatarios* de la misma. Mientras la apología, necesariamente, está caracterizada por la publicidad; los destinatarios de la provocación pueden ser tantos sujetos individuales o colectivos<sup>699</sup>. (Subrayado y cursiva suplido)

Al parecer REBOLLO VARGAS ha querido sustentar su tesis, conforme a lo que se decía a grandes rasgos de la provocación, según sus raíces históricas, esto es, que en el Código Penal derogado algunas posturas doctrinales sostenían que el ámbito de aplicación de la provocación abarcaba aquellas incitaciones verificadas por medios públicos o que facilitaran su publicidad, como aquellas incitaciones llevadas a cabo particular o privadamente. Así, DEL ROSAL BLASCO sostenía respecto al artículo 4.3º del Código Penal derogado que cuando el precepto aludía a «*u otro medio de posible eficacia*», se podía interpretar que la provocación no sólo se podía concebir como una incitación a través de los medios públicos, sino que además abarque a las hipótesis de incitación

---

<sup>699</sup> *Ibidem.*, 132.

interpersonal o privada<sup>700</sup>. Sin embargo, cabe destacar, que ésta era una postura y que no era absoluta, pues había quienes<sup>701</sup> sostenían que tampoco era decisivo que con la cláusula «*u otro medio de posible eficacia*» se estuviera dando cabida a las incitaciones interpersonales, pues con ello no se estaba haciendo referencia a la efectividad para determinar la voluntad de los provocados, sino que apuntaba a la *eficacia difusora del medio* y, por ende, a la virtualidad para dar lugar a la realización del hecho antijurídico.

En todo caso, se reitera que estas posturas aludían a la provocación tal y como se encontraba regulada en el Código Penal derogado, pues como se determinará *infra*, la tendencia actual de la disposición en comento excluye la provocación que no sea pública.

Ahora bien, siguiendo con la tesis de REBOLLO VARGAS, éste no comparte algunas cuestiones en la regulación actual de la apología y señala que si la apología es una forma de provocación, pues entonces ésta será punible en todos los casos en que lo sea la provocación<sup>702</sup>, de acuerdo al artículo 18.2 del CP «*La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea*»; por lo tanto, indica, «podíamos hablar de una apología a los delitos de lesiones (art. 151 NCP) o de una apología a la receptación o a conductas afines (art. 304 NCP), situación que, todo sea dicho, nos parece un auténtico dislate pero que es perfectamente deducible del NCP»<sup>703</sup>; ello es así, porque el castigo de las figuras aludidas debería limitarse a aquellos supuestos en que el bien jurídico protegido susceptible de ser afectado presente una especial relevancia y no ser desmesuradas.

---

<sup>700</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación...*, cit., 120 y ss.

<sup>701</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T. S., *Op. Cit.*, 554.

<sup>702</sup> DEL ROSAL BLASCO pone de manifiesto que el legislador no vuelve a mencionar la apología en los preceptos de la Parte Especial, dado que la considera «perfectamente incluíble dentro del concepto de provocación». Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 88.

<sup>703</sup> Vid. REBOLLO VARGAS, R., *La provocación...*, cit., 130.



Una vez expuesta la tesis sostenida por REBOLLO VARGAS, es de señalar, que en contra de esta postura se han mostrado BARQUÍN SANZ Y OLMEDO CARDENETE, quienes han sido claros en manifestar que «una construcción de la provocación que admita la incitación privada resulta incompatible con la regulación positiva vigente»<sup>704</sup>, pues entienden que en el Código Penal de 1995, se ha excluido toda provocación que no sea pública. Para comprender lo dicho debe citarse el artículo como está inmerso en el Código Penal vigente, el cual cita:

Art. 18.- 1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

En efecto, así lo señalaba GÓMEZ RIVERO quien evidenciaba que de la lectura del último párrafo del artículo 4 del Código Penal derogado, se permitía una interpretación que daba lugar a formas de incitación formuladas *interpersonalmente a un sujeto determinado, como a las vertidas públicamente*. No obstante, con el art. 18.1 del CP, ahora se requiere que la incitación a la perpetración del delito tenga lugar por un medio de alcance masivo, enumerando entre ellos «la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas»; es así que, la definición de provocación del Código vigente se decanta inequívocamente por limitar su ámbito típico a las incitaciones realizadas frente a un colectivo de personas. Y determina, muy acertadamente, que:

«El genuino signo distintivo que individualiza a la provocación en el nuevo Código Penal es la expresa limitación de su ámbito típico a las incitaciones de carácter colectivo, hasta el punto de que su tipicidad se desgaja formalmente de la del resto de las formas de participación intentada

---

<sup>704</sup> Cfr. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., «artículo 18», cit., 938.

-la proposición y conspiración-, dejando así claro que, frente a éstas, la provocación se singulariza por su dimensión eminentemente pública»<sup>705</sup>.

Al respecto, esta postura viene a resolver otro de los puntos discutibles de esta disposición, -que no es materia de análisis en este estudio- pero que excluye la posibilidad de interpretar que se puede castigar la inducción malograda por la vía de la provocación como acto preparatorio, reconociendo que el párrafo 2º del art. 18.2 CP, constituye una regla de determinación de la pena; ya que, «la incitación a destinatarios completamente indeterminados no pertenece al ámbito de la inducción, ya que ésta se realiza en un contexto interpersonal y con un destinatario del influjo psíquico individualizable»<sup>706</sup> y la provocación como quedó expresado representa una incitación de difusión masiva «a una masa indeterminada de sujetos»<sup>707</sup>.

Por último, hacer mención que BARQUÍN SANZ Y OLMEDO CARDENETE demuestran que la tesis sostenida por REBOLLO VARGAS es inconsistente incluso en sus mismos argumentos, porque si lo único que logra evidenciar con su postura es que la apología es parte de la provocación, entonces se entendería incluida en el párrafo primero del artículo 18.1 del Código Penal, con independencia de la existencia del párrafo segundo de la citada disposición legal; en consecuencia, la apología en el esquema de REBOLLO VARGAS es una figura completamente superflua<sup>708</sup>.

---

<sup>705</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, M. DEL C., «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1996, Tomo I, Ref. D-21, 1625.

<sup>706</sup> Idem.

<sup>707</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Op. Cit.*, 344.

<sup>708</sup> Para dejar claro lo que los autores quieren decir, aportan un símil de lo que podría constituir la existencia de la apología consagrada en el párrafo 2º del art. 18.1 del CP, así citan apócrifamente: «si el artículo 138 del Código penal incluyera un segundo párrafo en el que se dijera “el que matare a otro con arma blanca será castigado, como reo de homicidio navajero, con la pena de prisión de diez a quince años”, ¿deberíamos pensar que se trata de una norma superflua o habría que salvar su vigencia aduciendo que se distingue del homicidio común en que el primero admite la muerte con arma blanca o bien por cualquier otro medio, mientras que el segundo se limita a las armas blancas? En nuestra opinión no hay duda de que esta norma, de

## ***B. Tesis que ponen en duda la validez y eficacia del contenido normativo de la apología***

Sobre este punto, cabe decir, que la doctrina ha sido casi unánime en sostener que la apología tal y como se encuentra regulada en el Código Penal, carece de sustancia normativa, no cumple ninguna función político-criminal<sup>709</sup> y no tiene ningún efecto en la práctica judicial<sup>710</sup>; básicamente ha constituido una polémica más entre los estudiosos del derecho, quienes razonada y fundadamente han decidido rechazarla, pues en los términos en los que se encuentra redactada en el CP se invalida a sí misma como figura jurídico penal<sup>711</sup>.

Entre uno de los tantos autores que rechazan esta figura encontramos a POLAINO NAVARRETE, para quien *la apología como tal categoría jurídico-penal se desvirtúa hasta el punto de anularse en su autónoma significación*, y subsumirse en la figura del acto preparatorio de la provocación, a cuyo título se

---

existir, sería insignificante»; de ahí, que opinen lo mismo respecto a la apología del párrafo 2º del art. 18.1 CP. Cfr. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., «artículo 18», cit., 939.

<sup>709</sup> DEL ROSAL BLASCO, señala que se siguen sin comprender bien los motivos de este nuevo empeño en regular una figura que, prácticamente, no ha desempeñado ninguna función político-criminal en el ámbito de la aplicación real de nuestra legislación penal. Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte General*, 2, Madrid 1996, 210 y ss. Asimismo, «No tendría sentido preguntarse por el fundamento de la punición de un instituto jurídico que nada castiga», Cfr. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., Op. Cit., 942.

<sup>710</sup> «En siglo y medio de existencia legal [de la apología delictiva] apenas si ha logrado provocar una docena de resoluciones de nuestro Tribunal Supremo». Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 87-88. En términos similares, BELLOCH JULVE tras hacer un exhaustivo repaso a la jurisprudencia sostiene: «que ciento cuarenta años de historia, una veintena de textos legales, una docena escasa de sentencias del TS referidas al delito de “apología del terrorismo”, y dos sentencias del TC ...(son un) balance pobre, ciertamente». Cfr. BELLOCH JULBE, J. A., Op. Cit., 36.

<sup>711</sup> SÁNCHEZ DOMINGO, señala los requisitos del comportamiento apologético, según el art. 18.2.1 CP, que son: a) debe constituir una incitación directa a cometer un delito concreto; b) debe ser idónea para hacer surgir la resolución delictiva lo cual se realizará a través de la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor por cualquier medio de difusión; y, c) su carácter público, al proyectarse sobre una generalidad de personas. Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Op. Cit., 111.

ha de llevar a efecto la directa incitación a la perpetración del delito; pasándose de la maximización incriminadora de la apología al extremo opuesto: el de la minimización de la provocación<sup>712</sup>.

Para este autor no sólo la apología pasa a ser un “*nullum*” jurídico-penal, sino que también la provocación, porque éste requiere que se realice a través de «algunas de las formas ortopédicas en las que el art. 18.1º, párrafo primero, encorseta al propio concepto de provocación». Para llegar a esta conclusión, parte de un concepto de provocación<sup>713</sup>, cuya incitación a delinquir manifiesta una fuerza motivacional de comportamiento delictivo de *carácter intrapersonal*, así el valor dinámico de la fuerza sugestiva y motivadora es de índole personal, subjetiva, intrínseca, pues con ello alcanzará mayor eficacia psicológica en la persona del incitado a delinquir.

Con esto se evidencia que POLAINO NAVARRETE maneja un concepto de provocación que coincide con la teoría de REBOLLO VARGAS, en tanto que para aquél entre más personal, intrínseca y subjetiva sea la incitación, se propiciará más la adopción de la resolución a perpetrarlo, de ahí que la noción legal que instaura el art. 18.1 del CP le resulta paradójico y contradictorio, porque requiere que la incitación a delinquir se realice por algún “medio de publicidad” o ante “una concurrencia personal” y una provocación efectuada sin esos requisitos, por muy eficaz, determinante y concluyente que sea para la perpetración de un delito permanecería atípica.

El tema de la provocación no es objeto de estudio de este trabajo; sin embargo, se requería hacer mención de la teorización que le atribuye dicho autor para comprender de mejor manera por qué llega a la conclusión de que la apología se anula a sí misma en su significación pero a la vez también considera

---

<sup>712</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, M., «Apología...», cit., 43-45; y véase también del mismo autor, «artículos 17 y 18», cit., 974-975.

<sup>713</sup> Para este autor, *la provocación* es entendida en el Derecho comparado como instigación a delinquir, como incitación de un sujeto a otro a que éste adopte la resolución de cometer el delito objeto de la instigación de aquél. La provocación ha de ser directa, inmanente, eficiente, en el plano de la motivación subjetiva, en el marco personal de la adopción de una decisión de conducta ajena cual es la resolución voluntaria de ejecutar un comportamiento descrito en la ley penal. Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., «Apología...», cit., 44.

un “*nullum*” jurídico-penal a la provocación. Finalmente, cita: «El Código Penal, que pretendía incriminar generalizadamente la apología delictiva o delincuencial, ha terminado plegando el concepto de apología al de provocación, y restringiendo a su vez éste a una suerte de provocación poco menos que publicitaria y tumultuaria, en una impropia determinación de la provocación, formalista y alarmista, ajena a la valoración de los criterios subjetivos del injusto típico»<sup>714</sup>.

En la doctrina, algunos autores como SILVA SÁNCHEZ ha puesto de manifiesto que la apología sólo puede fundamentarse de tres maneras: *retrospectiva*, como comportamiento postdelictivo en conexión con el delito cometido; *actual*, como comportamiento que reafirma el delito, y *prospectiva*, como acto preparatorio de futuros delitos. El aludido autor es de la opinión que la punición de la apología tiene su fundamentación conforme al último modelo, es decir como un acto preparatorio de futuros delitos. Sin embargo, alude a que *si la apología es una modalidad de la provocación, el legislador no tenía por qué definirla* salvo si se quisiese establecer que la provocación también puede cometerse en forma de apología<sup>715</sup>.

RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>716</sup>, señala que si bien el Código Penal define la apología en el inciso primero del párrafo segundo del artículo 18.1 del CP, que establece: «*Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor*», el autor considera que reglón seguido priva a la misma de sustantividad propia al establecer que «sólo será delictiva como *forma de provocación*».

En idéntico sentido se decanta BLANCO LOZANO, pues para éste la tarea emprendida por el legislador de 1995 resultó finalmente vana y torpe, ya que, tras ofrecer una definición general de lo que es la apología, pasa a negar toda

---

<sup>714</sup> *Ibidem.*, 45.

<sup>715</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Op. Cit.*, 154-155. Véase también del mismo autor: «Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte General*, 2, Madrid 1996, 181-182.

<sup>716</sup> Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «artículo 18», en *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1997, 83.

validez jurídica a tal concepto, al establecer que lo definitivo es que la misma sea constitutiva de provocación. Y cita: «No estuvo pues certero nuestro legislador cuando se tomó la molestia de definir lo que debe de entenderse por apología, para después negar toda sustantividad y efectos a tal definición, de manera que lo único determinante al respecto es que el acto preparatorio integre una provocación»<sup>717</sup>.

Por su lado BARQUÍN SANZ Y OLMEDO CARDENETE, también defienden la existencia del concepto de apología que se encuentra en la primera parte del artículo 18.1.2 CP, «con la añadidura de que sólo se debe castigar en tanto que signifique una incitación a cometer delito, pero no necesariamente directa»<sup>718</sup>.

En el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO<sup>719</sup> respalda la existencia del concepto de apología recogido en el inciso primero del párrafo segundo del art. 18.1 CP; sin embargo, expone la necesidad de un fundamento jurídico-constitucional que justifique su imputación, que marque convenientemente el límite frente al derecho constitucional de la libertad de expresión, es decir, a todo aquello que pueda constituir una mera aprobación, asentimiento o conformidad con un hecho delictivo.

Así este autor habla de la necesidad de que concurren dos elementos, además del *objetivo* –la alabanza, elogio o defensa del delito–, precisa la presencia del elemento *subjetivo*, es decir, del *ánimo incitador*; y sólo bajo la concurrencia de ambos elementos, se puede determinar cuándo una conducta es constitutiva de apología y por tanto es potencialmente lesiva para un bien jurídico, limitando el cauce constitucional de la libertad de expresión.

Por su parte BARQUÍN SANZ Y OLMEDO CARDENETE<sup>720</sup>, respecto a este último requisito se decantan más por exigir el *dolo del apologeta*, en lugar del elemento subjetivo correspondiente al ánimo de incitar, pues aquél conocería la

---

<sup>717</sup> Vid. BLANCO LOZANO, C., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 2003, 1253-1254.

<sup>718</sup> Cfr. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., Op. Cit., 945.

<sup>719</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva...», cit., 87-88.

<sup>720</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., Op. Cit., 945.

virtualidad al menos indirecta de sus manifestaciones para incitar a la comisión de delito y, puesto que las expresa, quiere producir ese efecto en la audiencia indiscriminada a la que sus palabras van dirigidas. En el mismo sentido, SÁNCHEZ DOMINGO refiere que «de la caracterización legal de la conducta apologética no se desprende en absoluto la exigencia de ese ánimo de incitar al no incorporar el legislador una intencionalidad específica, por lo que no es necesario ese elemento subjetivo, bastando con el dolo del apologeta que deberá abarcar el conocimiento de sus manifestaciones para incitar a la comisión de un delito así como frente a quienes van a producir ese efecto incitador»<sup>721</sup>.

Con todo, volviendo a la postura de DEL ROSAL BLASCO, este autor diferencia *la provocación* [incitación directa], de *la apología* pudiendo constituirse ésta como una provocación indirecta o, «dicho más concretamente, una incitación indirecta o encubierta a la comisión de uno de varios delitos, que se verifica a través de la alabanza o ensalzamiento del delito o de sus culpables, la provocación sería, sin embargo, una incitación directa a la perpetración de dichos delitos»<sup>722</sup>. En otras palabras, para dicho autor se estaría en presencia de cauces conceptuales normales al hablarse de la provocación como incitación directa y de la apología como incitación indirecta; sin embargo, reconoce que el legislador incorpora un requisito absurdo en el inciso segundo del párrafo segundo del artículo 18.1 CP cuando cita: «*la apología sólo se castigará, como forma de provocación, cuando constituya, por su naturaleza y circunstancias, una incitación directa a cometer delito*». Esto quiere decir, en palabras del citado autor que:

*«La apología, que no es igual que la provocación porque no es una incitación directa, sólo se castigará cuando, por su naturaleza y circunstancias, se convierta en una incitación directa, es decir, cuando se convierta en una provocación»*

Es así que DEL ROSAL BLASCO concluye que la apología no cumple ninguna función punitiva, ni tiene ámbito jurídico propio, pues ya existe como

---

<sup>721</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Op. Cit., 117-118.

<sup>722</sup> Ídem.

acto preparatorio punible la provocación, y la apología en el Código Penal no constituye un delito autónomo tutelador de bienes jurídicos sino que también está configurada como acto preparatorio punible, que finalmente no viene a modificar, ni ampliar el concepto dado de provocación, pues es perfectamente incluíble dentro del mismo<sup>723</sup>; de ahí que, aconseja –por economía legislativa– simplemente suprimir la apología del Código Penal.

Así también en palabras de COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, la apología «no merece una consideración independiente, pues pese a su aparente sustantividad desde el punto de vista punitivo se trata de una modalidad de la provocación»<sup>724</sup>. Aquí se advierte, al igual que el anterior autor, que básicamente se propugna por la desaparición de la apología, por ser parte de la misma provocación. Destacando que su definición constituye una novedad por cuanto el Código derogado no la contenía, pues como se sabe tan sólo contenía referencias a la apología en la parte especial [arts. 216 bis a), 221, 268 y 566].

Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS afirma «como modalidad de provocación no parece que resulte necesaria ni eficaz, pues castigado el género no precisaría en este lugar referencia alguna»<sup>725</sup>.

---

<sup>723</sup> En igual sentido DÍAZ ROCA, avala la opinión de que la apología debe considerarse como una variante de la provocación. De tal manera es patente este acercamiento o identificación que el Código no considera apología a efectos penales aquella que no equivale a una incitación directa y pública que es precisamente lo que constituye una provocación. Por ello, al contemplar la punición concreta de las formas de resolución en la Parte especial nunca hace mención separada de la apología. Vid. DÍAZ ROCA, R., *Derecho Penal General, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Madrid 1996*, 233. Asimismo se ha indicado como ejemplo de apología punible a través del art. 18 CP el siguiente: «Ignacio, al concluir una manifestación autorizada (legal), toma la palabra y públicamente elogia y defiende a varios condenados por asesinato de policías, considerando la necesidad de seguir actuando de este modo, y de hacerlo inmediatamente con los policías que vigilan el desarrollo de la manifestación», Vid. ORTOS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General, 2ª edición actualizada conforme a la LO 5/2010, Valencia 2010*, 215; «Se puede observar que en la segunda parte de la manifestación reflejada (texto señalado en cursiva) se ha dejado atrás el ensalzamiento del delito o de sus autores (es decir, la apología, según la caracteriza el art. 18) para entrar –en principio y siempre que se verificaran los correspondientes requisitos típicos (dolo y aptitud suasoria) en el caso concreto– en el terreno de la provocación directa», Vid. ALONSO RIMO, A., «apología, enaltecimiento y principios penales», en *Revista De Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, número 4, 2010*, 23.

<sup>724</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T. S., *Op. Cit.*, 653.

<sup>725</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid 2007, 70.



En el mismo sentido, LANCHEDO VELASCO Y MOLINA BLÁZQUEZ<sup>726</sup> aseveran que al parecer lo único que perseguía el legislador al introducir una pretendida regulación de la apología, era el deseo de que el término apología apareciera regulado de manera expresa en el Código Penal; y confirman que – sin duda– el núm. 2 del art. 18 CP es totalmente prescindible. En palabras de CEREZO MIR, «la inclusión de la apología resulta superflua y, en realidad, como tal es impune»<sup>727</sup>.

Por otro lado, existen autores que a pesar de reconocer la inutilidad jurídico-penal de la figura de la apología en el Código Penal, exponen argumentos que tratan de defender la punición de la misma; sin embargo, terminan desvirtuando la existencia de la apología en el ordenamiento jurídico actual.

MUÑOZ CONDE<sup>728</sup> Y GÓMEZ RIVERO<sup>729</sup>, coinciden en que el posible acierto de la fórmula empleada podría residir, en garantizar la eliminación del ámbito típico de la simple exteriorización de opiniones o las peticiones de adhesión ideológica que, si bien social, política o institucionalmente pudieran considerarse dignas de reproche, no se hacen merecedoras de sanción penal por no suponer una forma de incitación directa al delito.

QUINTERO OLIVARES, sostiene que «su condición de tal [la apología como acto preparatorio] surge cuando se aprecia que con esa definición de la apología, la Ley no persigue otra cosa que *ampliar el concepto de provocación*

---

<sup>726</sup> Vid. LANDECHO VELASCO C. M. Y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid 1996, 435.

<sup>727</sup> Cfr. CEREZO MIR, J., «Actos preparatorios y tentativa», en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, dirigido por Adela Asúa Batarrita, Universidad del País Vasco, Bilbao 1998, 44.

<sup>728</sup> Vid. «Lógicamente, el acierto de la incorporación de esta cláusula no consiste en declarar que las conductas de apología que consistan en una incitación directa al delito son punibles. Esta conclusión podría extraerse ya de la definición de la provocación, en cuanto que ensalzar públicamente el crimen o enaltecer a su autor incitando a la perpetración del delito no es ya conceptualmente otra cosa que provocación». MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 2002, 471. [Cabe aclarar que en la versión actualizada de esta obra del año 2007, los autores omiten expresarse sobre el posible acierto de la incorporación de la apología en el Código Penal; vid. MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 2007, 446-447].

<sup>729</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, M. DEL C., *Op. Cit.*, 1626.

*extendiéndolo a la provocación indirecta, entendiendo por tal la alabanza del delito o del delincuente realizada en circunstancias en que pueda resultar fecunda y generar deseos de emular a los ensalzados»<sup>730</sup>; de ahí que, afirme que con una adecuada interpretación de la provocación se hubiese podido alcanzar los fines que el legislador buscaba al tipificar la apología pues ésta constituye una extensión de la provocación. No obstante, a criterio del autor el «efecto simbólico» que se buscaba con esta figura no es suficiente para justificar su regulación actual, sobre todo si se sabe que la apología es una figura que, «inevitablemente guarda resabios de intervencionismo en la libertad de expresión y opinión, por lo que es una norma que vive expuesta a que en cualquiera merezca la censura del Tribunal Constitucional»<sup>731</sup>.*

Por su parte BARQUÍN SANZ Y OLMEDO CARDENETE<sup>732</sup>, consideran que se vislumbra un ánimo del legislador de querer completar en el Código Penal el perfil normativo de la provocación adicionando la apología y tratan de interpretar lo que quiere expresar la norma y sostienen que: *«allí donde no haya una directa incitación a la perpetración de un delito, pero públicamente se ensalce y alabe el delito de tal forma que la concurrencia se sienta motivada a cometer nuevas infracciones, entonces no habrá provocación propia, sino apología como modalidad fronteriza de la provocación en sentido estricto y castigada en los mismo términos que ésta»*; no obstante, reconocen que la mala técnica legislativa descarta el objetivo que se podía rescatar a través de la interpretación. Es así, que pese a la labor interpretativa, tachan de demagógica la disposición pues reconocen que la eliminación formal del inciso segundo del párrafo segundo del artículo 18.1 CP, no significaría nada desde el momento que su presencia en el articulado del Código, tampoco aporta nada al contenido material del mismo.

---

<sup>730</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Arazandi 2009, 593; y del mismo autor véase también: «Comentario Art. 18», en *Comentarios al Código Penal, Tomo I, Parte General (Artículos 1 a 137)*, dirigido por el mismo autor y coordinado por Fermín Morales Prats, Navarra 2008, 170-171. Conforme a esta opinión también se encuentra Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., Y OTROS, *Manual de Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, Navarra 2008, 337.

<sup>731</sup> Ídem.

<sup>732</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., *Op. Cit.*, 939-940.

Respecto a la semejanza entre apología y la provocación, SÁNCHEZ DOMINGO señala que conforme al art. 18.1 CP la provocación existe cuando «*directamente de incita*» a la «*perpetración de un delito*». El significado del adverbio *directamente* limita el castigo de la provocación a aquellos supuestos en que la provocación se realiza de forma clara e inequívoca, eso es como lo afirma BARQUÍN SANZ y OLMEDO CARDENETE «que no puede realizarse de modo encubierto, por medio de alegorías o circunloquios, ni tampoco de forma implícita», por lo cual debe ir dirigida a un delito concreto, no admitiendo duda del contenido provocador del mensaje<sup>733</sup>. La introducción de la misma exigencia en la apología, acentúa las afinidades con la provocación y, además, introduce un límite objetivo al castigo por la simple adhesión ideológica o intelectual a una forma de actuar. Esto es lo que dicha autora considera que ha conducido a la doctrina a calificar la apología como superflua e innecesaria, puesto que en su actual regulación el castigo de la apología como forma de provocación debe reunir los mismos requisitos de ésta.

Otros autores por su parte hacen hincapié en el conflicto que mantiene la apología frente a los límites constitucionales del derecho a la libertad de expresión. Algunos consideran que a pesar de que la apología se desnaturaliza en su propio concepto, ello probablemente sea así, por la necesidad de ser extraordinariamente rigurosos en la defensa de la libertad en las manifestaciones ideológicas, que son objeto del más alto rango de protección entre los derechos fundamentales y en concreto en el artículo 20 de la CE<sup>734</sup>.

MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN sostienen «a pesar de los esfuerzos del legislador por delimitar la apología de lo que no es sino manifestación de la libertad de expresión, el problema se seguirá planteando en la práctica como

---

<sup>733</sup> «En efecto, en la provocación el provocador no está resuelto a ser ejecutor del delito ni aspira a que dicha perpetración sea conjunta. Lo único que pretende es determinar a otros a la ejecución del hecho punible pero sin que él mismo tome parte directa y materialmente en la misma». Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Op. Cit., 113.

<sup>734</sup> Vid. SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J., «De la infracción penal (*«iter criminis»*)», en *Código Penal comentado*, Tomo I, dirigido por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Barcelona 2004, 86.

una cuestión valorativa en torno a qué conductas, por el contexto en que se realizan, puedan contemplarse como una forma de provocación»<sup>735</sup>.

Para SILVA SÁNCHEZ, *con la regulación de la apología se ha salvado la objeción de que con ella se está sancionando el ejercicio de la libertad de expresión* [la exposición de ideas], pues con el art. 18.1, párrafo segundo, inciso segundo, se ha pasado de una concepción de la apología punible como pura modalidad de provocación, a la provocación en sentido estricto. Y si es así, «para abarcar la apología punible basta con la definición de la provocación»<sup>736</sup>.

La explicación del modelo expuesto puede hallarse, pues, en razones de orden declarativo o de actuar a modo de recordatorio para las instancias competentes para la aplicación del Código. La idea que se pretende transmitir es que «también se puede provocar a la comisión de delitos mediante el enaltecimiento del delincuente o el ensalzamiento del delito».

No obstante, SILVA SÁNCHEZ sostiene que desde el punto de vista lógico como de técnica legislativa el procedimiento no resulta correcto, además, señala la dificultad –sino la imposibilidad– de poder probar la idoneidad para hacer surgir la decisión delictiva, y no meramente para reforzarla; y es que, la plena asociación de la apología a la provocación obliga a probar, para sancionar por tal figura, que se ha realizado algo idóneo para hacer surgir una resolución delictiva en quien no la tenía ya<sup>737</sup>.

---

<sup>735</sup> Citan los autores por ejemplo: la STS que condena por colaboración con banda armada, art. 576, la decisión de los Miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna de exhibir en mítines electorales un vídeo propagandístico de ETA, que luego anuló la STS de 20 de julio de 1999 por considerar que el marco penal de este delito contiene penas desproporcionadas cuando, en realidad, debería haberla anulado por tratarse más que de un acto de colaboración de uno de apología que, en principio, estaría amparado por la libertad de expresión; cfr. STC de 16 de diciembre de 1987; cfr. también art. 607,2. En: MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., Op. Cit., Valencia 2002, 471.

<sup>736</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código penal...*, Cit., 155.

<sup>737</sup> *Ibidem.*, 155-156.

SÁNCHEZ DOMINGO advierte que es la *idoneidad*<sup>738</sup> el dato clave en torno al cual se reconstruye el contenido material del hecho típico, pero ello plantea un problema práctico en lo que respecta a la relación existente entre ambas figuras; así, la sola provocación directa a cometer un delito concreto, aunque no vaya acompañada de manifestaciones de ensalzamiento o justificación del delito o de sus autores es ya de por sí delictiva como forma de provocación, mientras que la sola declaración apologética de ensalzamiento o justificación, no acompañada de incitación directa, no es delictiva al no ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza. Motivo más que justificativo y suficiente para considerar la apología del art. 18.1.2. CP disuelta dentro de la provocación haciéndola desaparecer como título autónomo de imputación<sup>739</sup>.

BACIGALUPO ZAPATER, señalaba que, en el art. 18.1 párrafo segundo, *la apología ha sido limitada de tal forma que ha quedado prácticamente despenalizada, y con ello se han resuelto los problemas que dicha figura ha generado en relación al derecho a la libertad de expresión* (artículo 20 CE); no obstante, es de la opinión, que debería haberse mantenido un tipo penal consistente en la simple apología de los delitos violentos que puedan tener como víctimas a las personas. Pues en tales casos, la libertad de expresión puede ser limitada sin riesgo de vulnerar el artículo 20 de la CE, dado que, considerando la importancia de los bienes jurídicos en juego no se afectaría el

---

<sup>738</sup> En torno a este elemento la doctrina italiana, insiste que el recurso de la idoneidad en lo referente a la conducta apologética viene a determinar que dicha conducta debe asumir una señal de peligrosidad en relación a su específica y concreta modalidad, esto es, que se trate de una conducta realmente peligrosa para el bien jurídico protegido, peligrosidad que debe manifestarse en el comportamiento apologético consistente en el ensalzamiento o justificación del delito o sus autores. En efecto, puesto que el hecho delictivo conlleva un contenido intrínseco e indiscutiblemente perceptible, este recurso a la nota de idoneidad garantiza que los límites de anticipación de la tutela, justificada por la calidad del sujeto pasivo o por la finalidad perseguida, ya sea terrorismo o alteración del orden constitucional u orden público, no retrocedan indefinidamente en el iter criminis y estén limitados a una conducta realmente peligrosa para la integridad del bien jurídico protegido. Vid. PADOVANI, Stato (Reati contra la personalità dello), en *Enc. Diritto*, XLIII, 822; citado por: SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Op. Cit., 119.

<sup>739</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Op. Cit., 119-120.

contenido esencial del derecho fundamental, en consonancia con el artículo 53.1 de la CE<sup>740</sup>.

Coinciden con el autor antes mencionado BARQUÍN SANZ Y OLMEDO CARDENETE<sup>741</sup>, quienes también opinan que *castigar algunas modalidades de apología no afecta al núcleo esencial del derecho de libertad de expresión*, para ellos los delitos de apología que deben ser punibles deben ser en menor número –en atención al contenido del injusto– que el conjunto de actos preparatorios que admiten punición y mencionan: atentados contra la vida humana independiente, terrorismo, genocidio, quizás rebelión y sedición.

DÍAZ ROCA no duda que la configuración de la apología –tras los vaivenes sufridos en la doctrina y a lo largo de su tramitación parlamentaria–, «*es plenamente constitucional y compatible con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 CE*, por cuanto que únicamente será punible cuando se dirija a provocar un mal sustantivo, cierto y posible, de tal modo que cree un peligro claro y actual para el bien jurídico protegido y sea apta para provocar tal acción»<sup>742</sup>. No obstante, el autor reconoce que su utilidad práctica es exigua.

Por su lado, MANZANARES SAMANIEGO en contra de lo que señala GÓMEZ RIVERO –quien valora positivamente la cláusula de la apología precisamente por su falta de contenido–<sup>743</sup>, es contundente en su opinión y afirma «mal cabe sostener que la prohibición de la apología es una de las cuestiones más beneficiadas por el desarrollo del debate parlamentario cuando el producto se

---

<sup>740</sup> De tal forma se advierte que este autor es de los pocos que se manifiestan a favor de la punición de determinados supuestos de apología. Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., «Comentario Arts. 17 y 18», en *Comentarios al Código Penal, Arts. 1 al 108*, dirigidos por Cándido Conde-Pumpido Tourón y coordinado por Jacobo López Barja de Quiroga, Barcelona 2007, 125-126. En igual sentido: BACIGALUPO ZAPATER, E., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, dirigido por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Madrid 1997, 560.

<sup>741</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., Op. Cit., 945.

<sup>742</sup> Cfr. DÍAZ ROCA, R., *Derecho Penal General, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Madrid 1996, 233-234.

<sup>743</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, M. DEL C., Op. Cit., 1626.

revela como perfectamente inútil»<sup>744</sup> y observa que *el rechazo a todo delito de opinión hubiera quedado más claro en un Código Penal sin previsión alguna*. En idéntico sentido, se pronuncia GONZÁLEZ GUTIÁN que señala «la apología del delito no debe figurar en el Código Penal, toda vez que significa el castigo de una mera opinión»<sup>745</sup>.

Finalmente, tenemos la postura de CARBONELL MATEU<sup>746</sup>, de quien pareciera que el legislador imitó la propuesta planteada por él, así se pueden advertir diferentes elementos que éste destaca: a) proponía una definición genérica de la apología en sede de actos preparatorios que se completaba con la selección en la parte especial cuya apología hubiera de pensarse, además, b) defendía que sólo se castigara la apología llevada a cabo a través de los medios de comunicación social o la dirigida a un auditorio indiscriminado; c) exponía la configuración de la apología «como una especie de la provocación, exigiéndose explícitamente la presencia de un ánimo de incitar a la comisión del delito»; y d) exigía que la manifestación apologética requiriera un elemento por la vía subjetiva, que era el *ánimo de incitación* [frente a la incitación directa que es lo que como característica objetiva exige el art. 18.1.2 CP], que es lo que hubiese dado lugar a que la conducta apologética constituyera una incitación indirecta a la comisión de delitos.

Se advierte que los elementos citados por el autor *-supra-* constituyen una contribución bastante razonable de un concepto jurídico penal atinado de la figura de la apología delictiva que podría haber sido asimilado por el legislador penal de 1995; no obstante, la regulación actual del artículo 18.1 párrafo 2 del CP, muestra cierto grado de impericia o precipitación, en regular una figura jurídica carente de contenido, sin aplicación práctica y sin ninguna función político-criminal, en tanto no resuelve ninguna problemática. Por todo ello, un precepto de carácter declamatorio o simbólico.

---

<sup>744</sup> Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La apología delictiva», en *Actualidad Penal*, N° 34, 1997, 760.

<sup>745</sup> Cfr. GONZÁLEZ GUTIÁN, L., «Algunas consideraciones...», cit., 286.

<sup>746</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C., «Apología de los delitos...», cit., 245.

Y es que con lo expresado hasta este punto, sólo basta con confirmar y adherirme a lo ya destacado por la doctrina mayoritaria –casi en unanimidad– en torno a las críticas que se formulan a la figura de la apología, la cual básicamente lleva a un punto muerto de su punición, en tanto es asimilada o subsumida totalmente en contenido a la provocación como acto preparatorio, dejando a aquélla sin ámbito material de aplicación. En este sentido, la autora SÁNCHEZ DOMINGO<sup>747</sup>, se llega a cuestionar la presencia de la apología en el Código Penal actual al no estar la misma dotada de un ámbito específico de aplicación distinto de la provocación<sup>748</sup>.

En consecuencia, se aboga por la eliminación de la figura de la apología del art. 18.1 párr. 2 del CP, pues no tiene ni ha tenido –hasta la fecha– ningún impacto jurídico-penal que merezca la pena salvaguardar, así lo demuestra la nula referencia jurisprudencial en torno a la figura actual ya que no existe pronunciamiento jurisdiccional al respecto.

---

<sup>747</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., «Rasgos característicos de la regulación de la apología en la legislación española y en el ámbito europeo», en *Cuadernos de Política Criminal*, No 101, Segunda Época, 2010, 103.

<sup>748</sup> QUINTERO OLIVARES es de la opinión que «es correcto, desde el punto de vista técnico, incluir la misma en el Libro I. Lo que ya no es tan seguro es su utilidad y conveniencia en el plano político-criminal, razón que explica la actitud crítica que hacia su incriminación mantiene una buena parte de la doctrina penal española (la figura es desconocida en otros sistema europeos)», Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Navarra 2010.





## CAPÍTULO VII

### TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO

A nivel internacional, luego de los ataques terroristas surgieron reacciones preventivas contundentes que fueron unidas a propuestas de adelantar la intervención punitiva v. gr., con la tipificación de conductas alejadas de una lesión efectiva o de la creación del riesgo de un bien jurídico, separadas de lo que cabría exigir desde planteamientos garantistas, como es el caso de la tipificación de conductas de mera expresión, el endurecimiento de instituciones garantistas clásicas, así como sancionar más estrictamente o tipificar, si no lo estaba ya, la conducta de la apología del delito.

En España, con la LO 7/2000, de 22 de diciembre, se introdujo en el Código Penal, el delito de la *apología del terrorismo*, que penaliza el enaltecimiento de las infracciones de terrorismo o de sus autores; y que, además, supone la anticipación de las barreras de protección penal criminalizando conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo<sup>749</sup>. Este ilícito penal es polémico<sup>750</sup>, y lo que en el art. 578 CP se sanciona no son conductas de provocación al delito, sino otro tipo de comportamiento sobre cuyo contenido y alcance discrepan tanto doctrina y jurisprudencia, de ahí la importancia de entrar al análisis del mismo.

Es así que, en el presente capítulo, se examinará el tipo penal de la *apología del terrorismo* –como ya se dijo– regulado en el artículo 578 del Código Penal español; para ello, se elaborará un estudio respecto de la técnica legal

---

<sup>749</sup> Vid. ASÚA BATARRITA, A., «Apología del Terrorismo y colaboración con banda armada: Delimitación de los respectivos ámbitos típicos» en *La Ley*, 1998, D-158, Tomo III, 1638-1646.

<sup>750</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007, 95; CANCIO MELIÁ, J. M., «"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000», en *Jueces para la democracia*, número 44, 2002, 26; MORAL DE LA ROSA, J., *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid 2005, 258-259.

empleada, la política criminal vislumbrada, el bien jurídico protegido, su estructura, elementos, los problemas de interpretación; todo esto desde el punto de vista de la doctrina científica, la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y en lo que corresponde del la del Tribunal Constitucional, a través de la sistematización y análisis de las sentencias pronunciadas. En otras palabras, se tratará de un estudio desde el punto de vista teórico y práctico.

## 7.1. Consideraciones previas

Sin lugar a dudas el terrorismo ha constituido uno de los problemas más graves en España, pues ha afectado la paz y la estabilidad del Estado constitucional y democrático de Derecho; creciendo, paralelamente, el malestar social frente a dicho fenómeno. En este contexto, como CUERDA ARNAU<sup>751</sup> expresa, el Estado se coloca en un estado de necesidad que legitima la adopción de medidas extraordinarias en el ámbito político, social y jurídico, como estrategia en la lucha contra el crimen.

La política penal de la España democrática en contra del terrorismo se ha caracterizado por su falta de permanencia<sup>752</sup>, encontrándose sometida a un constante cambio de orientación, el cual, más que a una línea político criminal clara, ha obedecido al peso de las circunstancias cambiantes de la propia actividad terrorista más o menos intensa<sup>753</sup>.

---

<sup>751</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 95.

<sup>752</sup> La política criminal de España responde a la estrecha conexión que hay entre política y Derecho penal; a cada cambio político de carácter liberal ha seguido una política criminal liberal y las involuciones autoritarias se han visto acompañadas por una producción legislativa del mismo carácter. Vid. ARROYO ZAPATERO, L., «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», en *Cuadernos de política criminal*, N<sup>o</sup> 15, 1981, 379. No obstante, dicha regla general tiene una excepción y es el **castigo de la apología** que, ciertamente con diferente amplitud, tiene una presencia constante en la legislación penal de la democracia española, como se puede constatar en el presente trabajo en el capítulo III (vid. *supra.*).

<sup>753</sup> Vid. PRATS CANUT, J. M., «Sección 2<sup>a</sup>. De los delitos de Terrorismo», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, 2134. No obstante, en la actualidad, los delitos de terrorismo tienen una vocación de permanencia al encontrarse regulados dentro del Código Penal vigente, por lo que no pueden considerarse como normas de carácter excepcional o de emergencia.

Como muestra de ello se encuentran las distintas leyes antiterroristas que se han dado en la España democrática, comenzando por la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, y la posterior LO 2/1981, de 4 de mayo; a la cual le siguieron la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, que, además de contener normas procesales y de Parte general, tipificaba varios grupos de actuaciones delictivas. Finalmente, declarada parcialmente inconstitucional (STC 199/1987, de 16 de diciembre), dicha LO fue derogada por la LO 3/1988, de 25 de mayo, que introdujo en el Código, aparte de algunas normas en la Parte general, en la Sección de los «Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes», dentro de la regulación de las asociaciones ilícitas, la punición de los promotores, directivos e integrantes de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes, así como de los actos de colaboración y de determinados hechos delictivos realizados por sus integrantes<sup>754</sup>.

Finalmente, en el Código Penal vigente se recogen los *delitos contra el terrorismo*, enmarcados en la Sección Segunda del Capítulo VII, del Título XXII «De los delitos contra el orden público», dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, de forma que se viene a regular esta materia autónomamente con la pretensión legislativa de dar respuesta política-criminal a un fenómeno tan grave que ataca a los derechos y libertades fundamentales.

En los últimos años, se ha observado la existencia de una política-criminal expansiva a través de las reformas legislativas de tipo penal<sup>755</sup>, mediante la ampliación de las conductas típicas para abarcar todas aquellas que –a criterio del legislador– han de prevenirse; incrementando la intervención

---

<sup>754</sup> Vid. LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2008, 394-395; PRATS CANUT, J. M., «Sección 2ª...», cit., 2134.

<sup>755</sup> «Comúnmente es aceptado que el Derecho penal desempeña un papel muy importante en la lucha contra el terrorismo, llegando a convertirse en un instrumento esencial de la misma. Aunque ello no significa que deba ser el único instrumento para hacer frente a dicho fenómeno». Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., *Op. Cit.*, 105.

penal al proliferarse tipos de peligro, no sólo en materia de apología, sino también en el tráfico rodado, la salud pública, el medio ambiente, etc.<sup>756</sup>

En efecto, como señala SÁNCHEZ OSTIZ<sup>757</sup>, se está prestando especial interés a conductas de adhesión, aunque sea inmaterial o difícilmente explicable desde los parámetros de la provocación o de la creación de un clímax delictivo. Así, por ejemplo, la creación de los delitos de colaboración con banda armada (art. 576 CP), actos de terrorismo urbano (art. 577 CP), el enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo (art. 578 CP) o el reclamo de actos terroristas (art. 170.2 CP). Estas últimas conductas podrían calificarse, no como terrorismo basado en actos previos (según el modelo clásico de causación de efectos dañosos), sino como terrorismo de «contexto» o «situación»; mediante tales figuras parece perseguirse fines instrumentales de aislación de los eventuales autores.

Ahora bien, en lo que se refiere a la apología del delito, históricamente ha sido objeto de controversia, pues –por lo general– se utilizaba para poner fin a la expresión política discrepante<sup>758</sup>, y muy, especialmente, al discurso subversivo. Así, a lo largo del tiempo, la incriminación de la apología muestra cómo ha tenido siempre una vinculación con delitos considerados

---

<sup>756</sup> QUINTERO OLIVARES ha señalado que la pauta común, en la legislación vigente, será siempre la invocación de la necesidad de anticipar, extender y ampliar la intervención protectora del Derecho penal; y uno de los ejemplos más patentes es el enaltecimiento o la justificación de los delitos de terrorismo. Vid. QUINTERO OLIVARES, G. «Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007, 213-220.

<sup>757</sup> Vid. SÁNCHEZ OSTIZ, P., «La tipificación de conductas de apología del delito y el derecho penal del enemigo», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 905.

<sup>758</sup> La doctrina científica coincide en establecer que se ha tipificado la apología del delito como instrumento para controlar la disidencia. Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid 2008, 180. BAILONE considera nefasto el art. 578 de «exaltación» del terrorismo (reformado por la LO 7/2000) que criminaliza la disidencia política y la crítica institucional (vulneración a la libertad ideológica art. 16.1 CE) al punir la apología de la apología del terrorismo. Vid. BAILONE, M., «Sistemas penales comparados: el tratamiento jurídico del terrorismo», en *Revista Penal*, número 24, julio 2009, 198.

especialmente graves, particularmente delitos políticos<sup>759</sup>, pero no sólo con ellos<sup>760</sup>; v. gr.: delitos contra la seguridad interior, el derecho de gentes, el terrorismo. Por lo que no puede afirmarse que la previsión de la apología sea un combate contra el delito en general, sino contra ciertos delitos.

La doctrina<sup>761</sup> ha expresado que, desde la aprobación del Código Penal de 1995, parecía difícil que se reabriera la problemática de la apología; pues como se advirtió, dicho Código supuso una restricción substancial a la hora de castigar las posibles conductas de apología del delito, de modo que el artículo 18 la concibe dentro de unos límites tan estrictos, que implicaba que la mera expresión de ideas favorables al delito cometido o a su autor no podía constituir infracción criminal, salvo que constituyeran una forma directa de provocación a un delito.

En consecuencia, su aplicabilidad en la Parte Especial quedaba reducida a casos excepcionales, lo que causaba inseguridad en el ámbito jurídico e insatisfacción en la opinión pública, *al quedar fuera del marco penal conductas enaltecedoras del terrorismo alejadas del ámbito de la provocación directa*<sup>762</sup>.

Si la apología en los términos planteados en el artículo 18.1 párrafo 2 CP, parece ineficaz frente a determinados hechos, podría creerse que existía una especie de *laguna legal de efectos insatisfactorios* para la opinión pública; de ahí, la relevancia de que el legislador a través de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de

---

<sup>759</sup> MORAL DE LA ROSA señala que «la apología ha sido siempre una figura polémica que ha respondido a necesidades coyunturales, en el marco de los que se podría denominar delitos políticos, y en los que el interés político perseguido era o ha sido al menos discutible». Cfr. MORAL DE LA ROSA, J., Op. Cit., 253.

<sup>760</sup> Vid. SÁNCHEZ OSTIZ, P., «La tipificación de conductas...», cit., 899-900.

<sup>761</sup> Cfr. LAMARCA PÉREZ, C., «Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo», en *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, coordinado por Zuñiga Rodríguez, Méndez Rodríguez y Diego Díaz-Santos, Madrid 2001, 104; CANCIO MELIÁ, J. M., «"Derecho penal" del enemigo...», cit., 26.

<sup>762</sup> COBO DEL ROSAL Y QUINTANAR DÍEZ señalan que la definición de apología del art. 18.1 párr. 2 CP, al ser novedosa ha impedido el castigo de determinados comportamientos genéricamente apologéticos del terrorismo, que no integraban el concepto técnico penal de apología consagrado en la Parte General del Código Penal; lo que motivó la reforma del mismo con la introducción del art. 578 CP. Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho penal español*, Madrid 2004, 225.

diciembre, (BOE número 307 de 23 de diciembre) introdujera un nuevo tipo penal en el artículo 578, en el que se tipifica, por un lado, una peculiar forma de apología o conductas de enaltecimiento del terrorismo<sup>763</sup>; pero también, por otra parte, se sanciona una conducta de distinta naturaleza como son los actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares de los delitos terroristas. El tenor literal de la disposición, cita:

*Art. 578.- El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 1 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.*

La presente excepción introducida por la vía de la reforma en el Código penal, puede justificarse, sin duda, en la medida en que la incriminación de este tipo de comportamientos *resulta de una clamorosa demanda social*, sobre todo cuando de terrorismo se trata<sup>764</sup>.

En la exposición de motivos de la LO 7/2000, se evidencia que lo que se perseguía era castigar precisamente los supuestos de apología que no estaban en el Código<sup>765</sup> (art. 18), pero que tanto malestar habían creado; así, el considerando tercero de dicha reforma exponía:

### III

---

<sup>763</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra el orden público. Delitos de Terrorismo», en *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid 2005, 1141.

<sup>764</sup> A criterio de COBO DEL ROSAL Y QUINTANAR DÍEZ, «la vigente definición de apología contenida en el artículo 18, les merece un juicio general positivo en la medida en que restringe el ámbito de lo punible a aquellas incitaciones directas a cometer un delito con lo que viene a garantizar el derecho fundamental a la libertad de expresión». Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho...*, cit., 225.

<sup>765</sup> En el considerando primero de la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 se advierte que los poderes públicos buscan afrontar la evolución de los comportamientos terroristas que «buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas». Pues entre más avanza la sociedad, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de atemorizar al ciudadano en su conjunto.

*La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.*

*Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de como por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.*

*No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aun, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnias o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal.*

Nótese que desde el preámbulo se trata de dejar claro que lo que se tipifica en este precepto es independiente de lo previsto en el artículo 18 del Código, y no se trata de limitar la libertad de expresión, sino que persigue la exaltación de los métodos terroristas que vayan contra las perspectivas constitucionales, las conductas que calumnien o humillen a las víctimas o sus familiares, etc.<sup>766</sup>

Frente a la introducción del art. 578 CP, una parte de la doctrina se muestra conforme. Así, MORAL DE LA ROSA coincide con FUSTER FABRA, ambos<sup>767</sup> consideran que con las novedades dadas por la LO 7/2000, se acaba con un largo período de impunidad y carencias en la regulación que hacían difícil la punición de las conductas enaltecedoras del terrorismo y del mismo modo se castiga por primera vez el menosprecio a las víctimas del terrorismo y/o a sus familias, que muchas veces suponía un trato agravado a la propia acción

---

<sup>766</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2008, 1084.

<sup>767</sup> Vid. MORAL DE LA ROSA, J., *Op. Cit.*, 253; FUSTER-FABRA TORRELLAS, J. M., *Responsabilidad civil derivada de los actos de terrorismo*, Barcelona 2001, 53.



criminal sufrida, cuando había que soportar la burla o insultos de los responsables de las bandas organizadas.

Para SORIANO SORIANO<sup>768</sup>, antes de la introducción del precepto del art. 578 CP, el panorama legal era absolutamente inconcebible, en cuanto que las declaraciones de apoyo general a ETA o de glorificación de sus miembros, a través de los homenajes públicos a asesinos de la banda terrorista quedaban impunes<sup>769</sup>, ya que la apología únicamente era castigada como forma de provocación para la comisión de un delito concreto.

MANZANARES SAMANIEGO<sup>770</sup> afirma que resultaba incongruente que en el Código se castigara la justificación de los delitos de genocidio pero no los de terrorismo. Por eso dice: «puesto que nada obsta a la clara tipificación de la apología del terrorismo y de los terroristas en el Código Penal, el nuevo art. 578 viene a llenar un lamentable vacío».

Mientras tanto, otro sector doctrinal muestra su rechazo frente a la tipificación de conductas como la apología del terrorismo. Al respecto, a CARBONELL MATEU y ORTS BERENGUER les parece grave la inclusión del art. 578 CP, pues a su criterio, esta figura no es otra cosa que la vieja apología, que el art. 18 había reconducido, muy correctamente, a lo que debe de ser: una forma

---

<sup>768</sup> Vid. SORIANO SORIANO, J. R., «El terrorismo y el Tribunal Supremo», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 195.

<sup>769</sup> En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ señalan que la lamentable redacción del artículo 18.2 que configura la apología como forma de provocación que requiere la *incitación directa* a la comisión de un delito y que convierte el precepto en inservible a los efectos de persecución de actos que entrañan la justificación del terrorismo o el propio enaltecimiento de sus autores, condujo a la introducción de este precepto *para evitar la impunidad del entorno de ETA*. Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra el orden público...», cit., 1152.; igual crítica se puede observar en *La Razón*, de 20 de agosto de 2000, por COBO DEL ROSAL. Lo que verdaderamente perseguía la LO 7/2000 con la introducción del art. 578 era, en consecuencia, combatir lo que se ha dado en denominar «terrorismo contextual», es decir, el apoyo ideológico por parte del llamado «entorno de ETA» («entorno» al que, por cierto, cada vez más se le dan contornos más amplios) a dicha organización terrorista. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Sobre la particular lógica de los procesos por delitos de terrorismo (las paradojas de la absolución de Arnaldo Otegi)», en *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, dirigidos por Carlos María Romeo Casanoba, Granada 2008, 386-388.

<sup>770</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Reformas penales en materia de terrorismo», en *Actualidad Penal*, número 48, 2000, 1014.

de provocación al delito que, como es obvio, requiere de todos los elementos de ésta para ser punible; llegan a la conclusión de que «con la fórmula del art. 578 estamos, otra vez, ante una institución de indefendible constitucionalidad»<sup>771</sup>, que no es sino una forma encubierta de extender la apología para castigar expresiones que no lleguen a ser idóneas para provocar delitos<sup>772</sup>.

Por su parte, MUÑOZ CONDE<sup>773</sup> considera que el art. 578 CP es una manifestación del Derecho penal del enemigo, que se le opone frente a quien ha abandonado el estatus de persona para engrosar el grupo de enemigos; y, además, tipifica una conducta que no afecta a bienes jurídicos penales, sino que su finalidad consiste únicamente en calmar las reacciones emocionales que las mismas producen.

A CANCIO MELIÁ «le parece claro que la vertiente "simbólica" consiste aquí en proclamar un mero *tabú* a la expresión de determinadas opiniones, como si de este modo desaparecieran de las cabezas de quienes piensan de ese modo»<sup>774</sup>.

---

<sup>771</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C. Y ORTOS BERENGUER E., «Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad», en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, coordinado por Juan Carlos Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Lorenzo Morillas Cueva y otros, Madrid 2005, 188-189; y en similares términos en: CARBONELL MATEU, J. C., «Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 51-52. También MUÑOZ CONDE duda sobre la constitucionalidad de la disposición. Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, decimoctava edición, revisada y puesta al día, Valencia 2010, 931-932.

<sup>772</sup> Vid. GARRO GARRERA, E., «La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo», en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, dirigidos por José Luis de la Cuesta e Ignacio Muñagorri, Instituto Vasco de Criminología, País Vasco 2008, 366.

<sup>773</sup> Autor citado por CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 96; pero también puede verse: MUÑOZ CONDE, F., «La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007, 45-46 y 49. Otros autores que consideran que la apología es manifestación del Derecho penal del enemigo: CANCIO MELIÁ, J. M., «"Derecho penal" del enemigo...», cit., 26; y, SÁNCHEZ OSTIZ, P., «La tipificación de conductas...», cit., 894; CARBONELL MATEU, J. C. Y ORTOS BERENGUER E., «Un derecho penal contra...», cit., 188.

<sup>774</sup> «Diga lo que diga la Exposición de Motivos, que niega expresamente que esto sea así: "no se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad". Leído el texto del artículo 578 CP, ¿de qué se trata entonces?». Cfr. CANCIO MELIÁ, J. M., «"Derecho penal" del enemigo...», cit., 26.

En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ<sup>775</sup> sostiene que en un Estado de Derecho, los llamados *delitos políticos de opinión*, esto es, la difusión o el elogio de ideas o doctrinas, debiera ser penalmente irrelevante por muy radical o heterodoxo que pueda ser su contenido, pues junto al derecho antes mencionado el principio del pluralismo supone no sólo que han de tolerarse las distintas opiniones y tendencias ideológicas sino también que la discrepancia debe ser considerada como un valor.

Y es que, de la *relación entre el terrorismo y apología* surge una figura que, como bien ha dicho RAWLS<sup>776</sup>, es el paradigma del instrumento utilizado por todos los gobiernos para suprimir la crítica y el disenso político<sup>777</sup>, lo que, por otra parte, demuestra la especial significación que debe ocupar la libertad de expresión en cualquier esquema que pretenda reflejar cuales son las libertades básicas. Pues se sabe que el castigo de la mera apología, sin más, puede constituir –y constituye– una injerencia ilegítima en el derecho a expresar libremente las ideas y opiniones que se profesen. Y es que para algunos<sup>778</sup>, el art. 578 CP se trata de una limitación a la libertad de expresión que va mucho más allá de lo que es lícito reprimir, precisamente por su conexión con el acto principal y por el riesgo que implica la permisividad en la provocación a determinados delitos.

En ese sentido, SÁNCHEZ DOMINGO señala que la mayoría de la doctrina penal crítica lo referente a la conducta de enaltecimiento del terrorismo, por

---

<sup>775</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Apología: un residuo de incriminación de la disidencia», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 28, 2006, 41-51; BENLLOCH PETIT, G., «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo LIV, 2001, 175 y ss.

<sup>776</sup> Autor citado por CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 95.

<sup>777</sup> Aunque algunos como SÁNCHEZ OSTIZ sostienen que la apología no es exponente sólo de sistemas penales de corte autoritario, sino un medio al que se ha recurrido en la legislación española desde que se identifican fenómenos que podían mermar los fundamentos del Estado. Vid. SÁNCHEZ OSTIZ, P., «La tipificación de conductas... », cit., 902.

<sup>778</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C., «Terrorismo: Algunas reflexiones sobre...», cit., 51-52.

haber criminalizado el legislador aptitudes ideológicas que se encuentran amparadas por la libertad de expresión<sup>779</sup>.

Esta modificación del radio de acción del delito de apología suscita la duda acerca de si se puede mantener el criterio de que la apología es una ampliación del concepto de provocación extendiéndolo a la provocación indirecta, con la exigencia del último inciso del artículo 18.1, segundo párrafo, de que en cualquier caso debe constituir una «incitación directa a cometer delito», con la única diferencia de que en este caso junto a las modalidades de ensalzar el crimen o enaltecer a su autor se añade una modalidad más, la justificación del crimen; o por el contrario se persigue crear un tipo penal al margen de la definición legal de apología<sup>780</sup>. En otras palabras, a pesar de que el legislador se haya rehusado a utilizar la expresión «apología» en el artículo 578 CP, quizá para tratar de evidenciar una naturaleza distinta con la del art. 18 CP, como afirma CARBONELL MATEU<sup>781</sup>, se trata de un concepto extensivo de apología que contradice abiertamente la regulación de la Parte General, constituyendo, por tanto, una excepción a lo allí dispuesto.

Si bien hay reacciones positivas con la introducción del art. 578 CP, éstas no van más allá de consideraciones de naturaleza político-criminal. No cabe duda, que dicha disposición presentará dudas respecto al alcance de su contenido, a la idoneidad en términos de garantías de la apología, ya que la mera sanción de opiniones, por reprochables que puedan ser consideradas, aparta a cualquier tipo penal de la senda de la tutela de bienes jurídicos y niega el principio de ofensividad, al margen de entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los de expresión y opinión.

De ahí que resulta pertinente el análisis crítico del precepto aludido, pues su estudio desde un punto de vista dogmático y técnico jurídico puede dar

---

<sup>779</sup> Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., Op. Cit., 108.

<sup>780</sup> Vid. RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Artículo 578», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 2009, 2160-2161.

<sup>781</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C., «Terrorismo: Algunas reflexiones sobre...», cit., 51-52.

lugar a conclusiones diferentes; y desde ahí, plantearse la posibilidad de que exista una necesidad de reforma o la adopción de nuevas estrategias.

## 7.2. Bien jurídico protegido

Ciertamente, hoy en día, existe un amplio consenso en estimar el sometimiento del ejercicio del *ius puniendi* o poder penal del Estado a la Constitución y a los principios que se derivan de ella, así como la tutela de los derechos fundamentales de las personas; en ese sentido, la Carta Magna fundamenta todo ese conjunto de disposiciones del régimen jurídico penal<sup>782</sup>, estableciendo el marco sobre el que debe ceñirse la ley penal y sus materias afines. Y es que, históricamente el Derecho penal, se ha visto como puro poder material, represivo, expansivo e insaciable, por lo que era preciso establecer sus fines y ponerle límites, para determinar el qué y cómo castigar, a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado hace la Constitución para garantizar así los derechos individuales.

Por ello, los principios rectores del sistema penal no deben considerarse hoy como meros «límites» del *ius puniendi*, sino como principios constituyentes

---

<sup>782</sup> Ciertamente, existe una estrecha relación entre el Derecho penal y la Constitución, por ejemplo: desde la perspectiva constitucional se puede partir de una definición de *delito* como «un hecho capaz de dañar u ofender un valor constitucionalmente relevante de forma inmediata o mediata, descrito en la ley penal de un modo taxativo, perpetrado por alguien dolosa o imprudentemente, atribuible a una persona por medio del juicio de culpabilidad, y conminado con una pena proporcionada a la significación de ese valor». Así QUINTANAR OLIVARES comprueba que de la Constitución española se pueden extraer principios suficientes como para inferir de la misma todos los elementos que componen el concepto de delito, dejando claro que la Constitución no lo va a definir, pero sí establecerá las bases, que son: a) el catálogo de *bienes y derechos* que se reconocen con valor constitucional sea objetivamente o sea por vinculación a derechos subjetivos: derechos fundamentales, como la libertad, derechos sociales constitucionales, como el medio ambiente. De ese modo en la Constitución encontramos una fuente concreta de lo que acabará nutriendo la antijuridicidad y el contenido de los bienes jurídicos; b) La fuerza del principio de legalidad proporciona base suficiente al elemento tipicidad. Si a él se le une la *seguridad jurídica* puede además sostenerse que no todo cabe en la manera de construir las descripciones legales de las conductas delictivas; c) La proclamación del valor superior de los derechos humanos, obliga a descartar los castigos que sean *desproporcionados* o inútiles. Vid. QUINTERO OLIVARES, G. «Los subsistemas penales...», cit., 206-208.

del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho penal no puede seguir siendo considerado sino como *Derecho penal constitucional*<sup>783</sup>.

Y es que, sin duda, la promulgación de la Constitución española ha fortalecido entre los penalistas el criterio de que la antijuridicidad de un delito ha de consistir en *la lesión o el peligro de lesión para un bien jurídico* establecido o reconocido en la norma fundamental, trátase de bienes o valores de naturaleza individual o colectiva<sup>784</sup>.

Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social.

En la misma línea, ROXIN<sup>785</sup> considera que el Derecho penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social, a través de la tutela de «los presupuestos imprescindibles para una existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos»<sup>786</sup>. En otras palabras, la norma penal tiene una función, principalmente, protectora pero solo de aquellos bienes que *realmente cumplen una función social imprescindible para la convivencia pacífica de todos*<sup>787</sup>. Y son precisamente los

---

<sup>783</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y ARROYO ZAPATERO, hablan de un Derecho penal constitucional para referirse a la protección penal de los derechos fundamentales, en el doble aspecto de lo protegido y de las restricciones operadas en su nombre, de manera que un Derecho penal que no garantice eso no sería constitucional. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español, Parte General: nociones introductorias, teoría del delito*, Madrid 2002, 59; Vid. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid 2008, 60.

<sup>784</sup> Vid. SALA SÁNCHEZ, P., «Rasgos generales del nuevo Código penal», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte General*, 2, Madrid 1996, 23. «La antijuridicidad material de un hecho se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico». Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Barcelona 2010, 150.

<sup>785</sup> Vid. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, cit., 65 y ss. También consideran que el Derecho penal tiene como función la tutela y protección de intereses esenciales para la sociedad: COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho...*, cit., 51-52.

<sup>786</sup> Para JAKOBS el Derecho penal no tiene como fin la protección de bienes jurídicos, sino impedir la pérdida de vigencia de la norma, ROXIN no comparte este enfoque porque el sistema social no debe ser conservado por su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en tal sociedad. Vid. ROXIN, C., «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Roland Hefendehl (ed.), Madrid 2007, 456-457

<sup>787</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español...*, cit., 54.

bienes jurídicos lo que la norma penal pretende proteger<sup>788</sup>. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental.

En contra de esta postura se muestra JAKOBS<sup>789</sup> para quien el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino que antes que nada *garantiza la vigencia de la norma* y las normas garantizan a su vez la expectativa de que las personas actúen conforme a su papel.

Ahora bien, el concepto de *bien jurídico* es uno de los más problemáticos<sup>790</sup> entre la doctrina<sup>791</sup>; a menudo se refiere a él en términos de objeto –como el objeto de protección–, al que se le trata de definir determinadas características; pero, finalmente se terminan adoptando, como indica VIVES ANTÓN<sup>792</sup>, definiciones vacías, como las que lo califican de interés o valor, o como estado valioso, tutelable o lesionable.

Siguiendo a MIR PUIG<sup>793</sup>, el concepto de bien jurídico es utilizado en dos sentidos:

---

<sup>788</sup> No obstante, la protección de bienes jurídicos no sólo se realiza mediante el Derecho penal, sino también ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, sólo puede intervenir cuando fallen otros medios de solución al problema. Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, cit., 65 y ss.

<sup>789</sup> JAKOBS critica la teoría de bienes jurídicos porque según entiende caracteriza a las personas por la posesión de un bien y porque la sociedad no puede ser representada por la suma de bienes jurídicos. No obstante, la teoría de los bienes jurídicos no pretende ser una teoría de la sociedad, por tanto resulta falso sostener que la sociedad es la sumatoria de los bienes jurídicos. Autor citado por: BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Madrid 2006, 75-76.

<sup>790</sup> Sin embargo, el concepto de bien jurídico es un concepto útil porque es un concepto formal y porque expresa, no la finalidad de protección última de la norma, sino el objeto inmediato de protección. Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Bien jurídico y objeto protegible», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volumen LX, 2007, 134.

<sup>791</sup> No se pretende desarrollar en este apartado un estudio pormenorizado sobre la teoría del bien jurídico pero sí esbozar someramente algunas posiciones doctrinarias sobre lo que es el bien jurídico protegido.

<sup>792</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: El problema de la apología del terrorismo», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 43.

<sup>793</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 161.

a) *Sentido político-criminal (de lege ferenda)* de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales);

b) *Sentido dogmático (de lege lata)* de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate; por ejemplo: la vida, la propiedad, la libertad, el honor, la Administración de Justicia, la seguridad interior del Estado, etc.

Ambos conceptos pueden estar vinculados o, como afirma el citado autor, «hallarse más o menos próximos». El concepto político-criminal de bien jurídico tenderá a tener un contenido muy cercano al del concepto dogmático para quien sustente la misma concepción político-criminal que inspira al Derecho penal vigente. BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE<sup>794</sup> hablan de la función político-criminal de los bienes jurídicos, en el sentido crítico del sistema penal, como consecuencia de su carácter dinámico que conlleva a la aparición de nuevos bienes jurídicos o los de desincriminación de conductas que en relación a lo protegido no merecen protección. Por dicha razón es que pueden advertirse algunas novedades en la Parte Especial del Código Penal, que ponen de manifiesto la intención del legislador de acomodar las leyes penales a las exigencias constitucionales y sociales del tiempo, lo que en algunos casos supone, como se ha indicado anteriormente, la poda de algunos tipos delictivos, inactuales o defectuosamente redactados, pero, en otros, lleva consigo la necesidad de completar el Código introduciendo en él ámbitos de regulación tradicionalmente descuidados cuya necesidad resulta evidente en el tiempo actual.

La determinación de los bienes a proteger penalmente depende de los intereses y valores del grupo social que en cada momento histórico detenta el poder político<sup>795</sup>.

---

<sup>794</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., 75.

<sup>795</sup> Los Códigos penales no protegen intereses ahistóricos ni valores eternos desvinculados de la estructura social de un lugar y de un tiempo concretos. Cfr. MIR PUIG, S., *Op. Cit.*, 161.



ROXIN<sup>796</sup> plantea que su concepto de bien jurídico debe partir desde la noción del Estado de derecho, específicamente desde los principios contenidos en la Constitución, dado que éstos son límites impuestos previamente al legislador. Así, un concepto de bien jurídico vinculante desde un punto de vista político-criminal debe derivar de la Constitución. Para ROXIN, los bienes jurídicos se definen como «*realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin*»<sup>797</sup>. Si bien este autor, reconoce que su concepto no aporta

nada nuevo que no pueda derivarse de la Constitución, específicamente de los derechos fundamentales contenidos en ella, pero ayuda a estructurar el concepto y a eliminar confusiones y a someter todo precepto penal a las limitaciones constitucionales.

VIVES ANTÓN<sup>798</sup> ha propuesto una *concepción procedimental del bien jurídico*. Lo característico de esa concepción no es que acepte, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección los que el legislador, por el procedimiento democrático, tenga a bien escoger; sino que concibe el bien jurídico, no en términos de *objeto*, sino en términos de *justificación*.

Por su parte, WELZEL<sup>799</sup> entiende bien jurídico como la protección de los valores elementales de la vida comunitaria, pues el cumplimiento de los preceptos jurídicos es el mínimo ético-social necesario para la convivencia, esos *valores o intereses* que reciben protección mediante la amenaza de la ley punitiva, que castiga a los que se atrevan a transgredirlos, es lo que llama *bienes jurídicos*.

---

<sup>796</sup> Vid. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, cit., 55 y ss.

<sup>797</sup> Cfr. ROXIN, C., «¿Es la protección de bienes jurídicos...?», cit., 448.

<sup>798</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 45. Algo semejante señala HASSEMER cuando analiza el valor de la teoría del bien jurídico y lo cifra «en la posibilidad de ofrecer argumentos a la hora de aplicar el Derecho penal».

<sup>799</sup> Autor citado por: MORAL DE LA ROSA, J., Op. Cit., 162; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, cit., 68.

Para ROCCO<sup>800</sup> el concepto de bien jurídico, ha de apoyarse en la idea de valor, definiéndolo como «todo lo que es apto para satisfacer una necesidad humana».

La satisfacción de una necesidad humana asociada a la protección de bienes jurídicos coloca a la persona en el centro de la protección penal; no se trata de proteger sistemas sociales u organizaciones sino las necesidades de la persona. Así, el Derecho penal cumpliría esta tarea en un doble sentido: *positivo*, protegiendo mediante prohibiciones y mandatos aquellos bienes jurídicos que inciden directamente en la satisfacción de necesidades; y, *negativo*, no prohibiendo conductas cuyo objetivo sea la satisfacción de necesidades en el marco legal de un Estado democrático de derecho<sup>801</sup>.

Ahora bien, no deben confundirse los intereses o valores dignos de protección penal de los derechos fundamentales que se verán protegidos por la propia Constitución y por leyes no penales. Sólo una parte de ellos y frente a determinados ataques serán objeto de protección penal, transformándose en bienes jurídicos. En ese sentido, me adhiero al criterio de COBO DEL ROSAL Y QUINTANAR DÍEZ<sup>802</sup>, en el sentido de que *el catálogo de bienes jurídicos dignos y merecedores de protección penal, debe encontrarse necesariamente, directa o indirectamente, en la Constitución*. Esta idea no es incompatible con idea que los bienes jurídicos tutelados tengan una proyección colectiva y no sólo personal; pues los derechos sociales y colectivos pueden ser objeto de la tutela penal<sup>803</sup>.

---

<sup>800</sup> Autor citado por: COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho...*, cit., 51.

<sup>801</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., 74.

<sup>802</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho...*, cit., 51; BRICOLA, F., *Teoria generale del reato*, Torino 1973, 92, define el delito como un hecho previsto de forma taxativa por la Ley, idóneo para ofender un valor constitucionalmente significativo.

<sup>803</sup> ROXIN señala que no es posible limitar el concepto de bien jurídico a los bienes individuales, ya que protege muchos bienes jurídicos de la comunidad como del Estado, v. gr., la administración de justicia, el medio ambiente. Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, cit., 54.

PRIETO SANCHÍS<sup>804</sup> señala que al parecer la teoría del bien jurídico se ha constitucionalizado pues los bienes jurídicos penales no pueden ser otros que los que se deducen de la Constitución, por cuanto en su nombre se dispone el sacrificio de otros bienes constitucionales como son los derechos fundamentales; sin embargo, esto plantea algunos problemas:

- 1) Suponer que todos los bienes jurídicos que encuentran un respaldo próximo o remoto en la Constitución reclaman de tutela penal, pues ello podría llevarnos a un Derecho penal de máximos. Es decir, sigue teniendo sentido discriminar entre el conjunto de los bienes jurídicos (constitucionales) aquellos que deben ser jurídico-*penales*.<sup>805</sup>
- 2) El hecho que la Constitución aluda a una protección penal del medio ambiente y del patrimonio histórico artístico (y no de la vida, por ejemplo) es una muestra de la indefinición constitucional.<sup>806</sup>
- 3) Dada la frondosidad axiológica de la Constitución, casi cualquier bien seleccionado por el legislador penal puede sin dificultad hallar conexión con algún valor o principio constitucional.

De ahí es que, PRIETO SANCHÍS sostiene que la teoría del bien jurídico desempeña una función negativa: pues *la ausencia de todo bien determina la*

---

<sup>804</sup> Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Observaciones sobre la ponderación y su rendimiento como límite constitucional a la ley penal», *ponencia dictada en el IX seminario de Filosofía del derecho y derecho penal: "principio de proporcionalidad y derecho penal"*, León 2010, 16-17.

<sup>805</sup> Que el Derecho penal sólo deba proteger «bienes jurídicos» no significa que *todo* «bien jurídico» haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de «bien jurídico» es, pues, más amplio que el de «**bien jurídico-penal**». Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 120.

<sup>806</sup> Como señala SILVA SÁNCHEZ, la doctrina no ha debatido a fondo la cuestión de si la Constitución española impone al legislador la obligación de proteger penalmente determinados bienes jurídicos. Vid. SILVA SANCHEZ, J. M., «Les principes du Droit Penal et la Jurisprudence Constitutionnelle. Le point de vue spagnol», en *Droit Constitutionnel et Droit Penal*, París 2000, 83; citado por MUÑOZ LORENTE, J., «obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 6, 2001, 103. CUELLO CONTRERAS sostiene que -frente a la política criminal del bien jurídico- no puede objetarse de que la Constitución obligue a perseguir determinados comportamientos con penas, pues la Constitución no dice en ningún lugar (ni siquiera en los casos en los que alude expresamente a la protección penal de un concreto bien jurídico, arts. 45 y 46, referidos al medio ambiente y al patrimonio artístico) que el legislador ordinario deba, necesariamente, proteger con penas determinado bien jurídico. Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español...*, cit., 72.

*inconstitucionalidad, pero su presencia no es la razón suficiente para la incriminación*<sup>807</sup>.

Y es que, la ausencia de bien jurídico conduce a la idea de no saber por qué se castiga y, por consiguiente, a no poder determinar el sentido del castigo. Es, pues, absolutamente necesario para JÄGER<sup>808</sup> un bien jurídico objetivo, previo a la norma, que concrete la realidad que ésta pretende tutelar y que no puede consistir en la moral pues ésta es un puro orden de valores y normas que, como tal, no tienen otra objetividad que la que, formalmente, le proporciona la ley. Y es que en todo sistema democrático es indispensable que exista separación entre Derecho y la moral<sup>809</sup>. El Derecho penal no puede proteger una moral o religión determinadas, porque se estaría imponiendo una creencia que pueden ser muy respetables, pero que no pueden ser impuestas al resto de los ciudadanos, pues significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad y el Derecho penal se constituiría en factor de discriminación.

Ahora bien, ciertamente, se puede derivar los bienes jurídicos desde la Constitución, pero también es cierto que dichos bienes jurídicos se pueden extraer de la *realidad social*, como señala CUELLO CONTRERAS<sup>810</sup> «serán las ciencias sociales las llamadas a proporcionar al Derecho penal el conocimiento de la realidad social del delito e, incluso, aconsejar qué medidas son más eficaces para enfrentarlo».

---

<sup>807</sup> A la misma conclusión llega el Tribunal Constitucional, cuando establece que si la norma tutela bienes o intereses socialmente irrelevantes o constitucionalmente proscritos habrá que ser declarada, sin duda, inconstitucional. Sentencia 60/2010, de 7 de octubre de 2010, FJ 10; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3 y 161/1997, FJ 8.

<sup>808</sup> Autor citado por: VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 31.

<sup>809</sup> Vid. MIR PUIG, S., Op. Cit., 120; «existe amplio acuerdo en la doctrina que cuando hay remisión normativa a la moral debe entenderse a la *moral pública*, como al *conjunto de pautas morales aceptadas y observadas mayoritariamente en la comunidad*, pues entender hecha la remisión a un determinado credo religioso o filosófico sería discriminatorio y atentaría contra una serie de libertades básicas en un sistema democrático», VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 22.

<sup>810</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español...*, cit., 55.

En tales términos, AMELUNG y HASSEMER<sup>811</sup> coinciden en reconocer la necesidad de buscar en las ciencias sociales el concepto de «*dañosidad social*» que permita definir qué deba ser objeto de protección penal. Siendo así, la *dañosidad social* sería el filtro por el que necesariamente han de pasar todas las normas penales, aunque no pueda formularse tampoco un concepto objetivo de lo que socialmente dañoso, con lo cual su determinación queda librada a las diferentes concepciones de lo bueno.

De las concepciones expuestas, es puede concluir que es sin duda la realidad social de donde se derivarán determinados bienes jurídicos que requieren la tutela de la norma penal, pero será el legislador ordinario que los seleccione, con criterios que partan de esa realidad pero que encuentren su fundamento en la norma constitucional, específicamente, del contenido de los derechos fundamentales, desde los que se decide hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima.

Como dice ROXIN<sup>812</sup>, los bienes jurídicos preexisten al Derecho penal, pero no se elaboran sin tener en cuenta a la Constitución.

Ciertamente, como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ el bien jurídico transmite cierta información fundamental sobre la norma pero no constituye toda la norma<sup>813</sup>; ni su protección agota toda la finalidad de la norma<sup>814</sup>. Por tanto, el bien jurídico no sirve *per se* para evaluar la norma, aunque sí instrumenta tal evaluación a través de la expresión que procura de la misma<sup>815</sup>.

---

<sup>811</sup> Autores citados por: CUELLO CONTRERAS, J., Ídem.

<sup>812</sup> Autor citado por: CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español...*, cit., 60. En similares términos puede verse: VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 46.

<sup>813</sup> Que un bien sea un bien jurídico-penal no significa que todo proceso de deterioro o menoscabo del mismo sea un delito.

<sup>814</sup> La norma penal no se crea sólo para proteger un bien a través de la evitación futura de ciertos comportamientos humanos que atentan contra dicho bien.

<sup>815</sup> Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Bien jurídico...», cit., 132 y 162.

### 7.2.1. Bien jurídico en los delitos de terrorismo

Ciertamente, la tipificación de los delitos exige claridad en torno al bien jurídico protegido, para entrar al estudio del delito de la apología del terrorismo, debemos abordar someramente lo que constituye el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo, ya que el precepto en estudio se encuentra sistemáticamente ubicado entre los llamados «Delitos de terrorismo», encabezamiento de la Sección 2ª del Capítulo VII del Título XXII «De los delitos contra el orden público». No obstante, esta categoría no resuelve la dificultad del bien jurídico protegido en el delito de la apología del terrorismo, pues aunque se encuentre ubicado formalmente entre aquéllos, se constituye como un *delito de opinión* que versa sobre otro delito distinto, o el llamado *delito-objeto* que sería el *terrorismo*<sup>816</sup>; y precisamente, por hacer referencia a esta clase de criminalidad es que se reseñará sobre el bien jurídico protegido en estos delitos.

Primeramente, hay que señalar que el terrorismo no existe como una categoría jurídica precisa, no hay un delito de terrorismo diferenciable de los demás tipos de delitos en razón del bien jurídico protegido<sup>817</sup>. Así, una parte de la doctrina científica<sup>818</sup>, sostiene que *los delitos de terrorismo no son tipos penales autónomos*, ya que sancionan una serie de acciones que perfectamente son subsumibles en los tipos comunes con distintos bienes jurídicos protegidos. Los hechos cometidos por los terroristas son constitutivos de delitos contra la seguridad del Estado, contra el orden público, contra las personas o contra la propiedad, por lo cual aquéllos bien podrían ser penalmente calificados como rebeldes, sediciosos, autores de desórdenes públicos, asesinos, secuestradores, autores de amenazas, bandidos, atracadores, etc.<sup>819</sup>

---

<sup>816</sup> Auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002.

<sup>817</sup> Vid. BUENO ARUS, F., «Medidas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1990, Tomo I, 960.

<sup>818</sup> Vid. CALDERÓN CEREZO, A. Y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Barcelona 1999, 1232.

<sup>819</sup> Vid. BUENO ARUS, F., «Medidas eficaces para reprimir...», cit., 960.

En ese sentido, MANJÓN-CABEZA OLMEDA<sup>820</sup> afirma que dentro de los «Delitos de terrorismo» nos encontramos con más agravaciones de pena o *tipos agravados que con delitos en sentido estricto*. Cada uno de los tipos agravados tiene su propio bien jurídico.

Otro sector doctrinal, consideran que los *delitos de terrorismo sí son tipos penales en sí mismos*.

POLAINO NAVARRETE<sup>821</sup> destaca que los delitos de terrorismo representan un *tipo cualificado* de cualquier comportamiento delictivo, por virtud de un doble fundamento de agravación: a) ante todo, la cualidad de intervención en organización o grupo terrorista o en banda armada (extensivamente equiparada a la asociación terrorista); y, b) la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública.

Por su parte, MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ<sup>822</sup> expresa que «el terrorismo no es una circunstancia cualificativa del delito común sino un tipo penal en sí mismo, pues, la finalidad, “provocar terror”, se eleva a la condición sustantiva de infracción penal. Como circunstancia cualificativa de los delitos comunes, el terrorismo no es un delito material o sustantivo. Su noción está desvinculada a la de “delincuencia terrorista”, esto es, una especial forma de comisión de los delitos comunes». Este autor llega a diferenciar tres grupos de conductas delictivas:

1) *las materialmente terroristas*, que son aquellas que están directamente encaminadas a lesionar los bienes jurídicos fundamentales, tales como la vida, la libertad personal y la integridad personal;

2) *las estructuralmente terroristas*, cuya peligrosidad consiste en la existencia y el fortalecimiento de la organización interna del grupo terrorista, tal como es la pertenencia a la banda; y,

---

<sup>820</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, dirigidos por Manuel Octavio de Toledo y Ubieta y otros, Valencia 2004, 575.

<sup>821</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, M., «Apología y encubrimiento del terrorismo», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirigidos por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Sevilla 1996, 49-50.

<sup>822</sup> Vid. MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, J. L., «El terrorismo: aproximación al concepto», en *Actualidad Penal, La Ley*, número 26, 1998, 485-486.

3) *las funcionalmente terroristas*, que son aquellas que consisten en la colaboración material o anímica (apología) con la banda terrorista.

Ahora bien, independientemente de su consideración autónoma, los delitos de terrorismo son tipos penales *pluriofensivos*<sup>823</sup>; porque mediante las diferentes actividades terroristas se lesionan bienes jurídicos de carácter *individual* como la vida, la integridad o libertad, pero también se afectan bienes jurídicos *supraindividuales o colectivos*, que son comunes a toda la sociedad como el *orden constitucional y la paz pública*.

En el mismo sentido, MESTRE DELGADO<sup>824</sup> señala que cada acto concreto de terrorismo no lesiona un único bien jurídico protegido, y que desde una perspectiva que justifica la mayor peligrosidad de la delincuencia terrorista, él llega a distinguir hasta tres bienes jurídicos atacados:

- 1) El bien jurídico personal (vida, integridad corporal, libertad personal) lesionando o puesto en peligro directamente por el acto delictivo individualizado.
- 2) La seguridad interior del Estado, amenazada o dañada, en cada caso, por la utilización de medios catastróficos, la significación de las víctimas y/o la generalidad o reiteración de los actos delictivos, sostenidos por una organización estable y organizada que les fomenta.
- 3) La exclusividad del método democrático como instrumento de lucha política.

En relación con los delitos de terrorismo, si bien se encuadran dentro de los delitos contra el orden público; no puede ser el orden público el bien jurídico penalmente protegido en el delito de terrorismo, ya que este concepto está referido mayormente a conductas que lesionan y ponen en peligro la seguridad colectiva y tranquilidad pública.

---

<sup>823</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra el orden público...», cit., 1125.

<sup>824</sup> Vid. MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid 1987, 46-47.



El concepto de *orden público* hace referencia al orden externo y material necesario para la convivencia<sup>825</sup>, siendo un concepto amplísimo e indeterminado. A su vez, «orden público» no es un concepto equivalente a «paz pública», que no exige un funcionamiento ordenado de la vida pública, ni se opone a la noción de desórdenes públicos, sino que hace referencia a las ideas de tranquilidad y quietud. Así, mientras la «*paz pública*»<sup>826</sup> equivale a las condiciones básicas generales para la convivencia ciudadana y a la seguridad en el ejercicio espontáneo de derechos y libertades, el concepto de «*orden público*» se refiere a la tranquilidad en el desenvolvimiento de las actividades ordinarias en los espacios públicos. En consecuencia se trata de dos conceptos de muy diverso contenido y extensión<sup>827</sup>.

POLAINO NAVARRETE<sup>828</sup> sostiene que el ámbito normativo que abarca la descripción de los diversos tipos del terrorismo que asume como rúbrica «Delitos contra el orden público», pone de relieve que el concepto de *orden público* ha de ser entendido (y debiera ser correctamente denominado) como *el orden constitucional*, inherente al Estado de Derecho.

Y es que del tipo base, del delito de terrorismo, se aprecia en el artículo 571 CP de cuyo contenido se puede advertir que la norma penal protege al *orden constitucional y la paz pública* como bienes que se pueden subvertir y alterar gravemente<sup>829</sup>. En donde «orden constitucional» puede entenderse como

---

<sup>825</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas» en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 69-70.

<sup>826</sup> La paz pública [resultante del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos] es así un aspecto de la paz social, que se funda –según el art. 10.1 de la Constitución– en el «respeto a la ley y a los derechos de los demás», en el Estado Social y Democrático de Derecho en que España está constituido, y se atenta contra ella cuando se utilizan medios violentos que por su trascendencia producen su quiebra. STS de 28 de octubre de 1987.

<sup>827</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El derecho penal frente al terrorismo...», cit., 69-70.

<sup>828</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, M., «Apología y encubrimiento...», cit., 49-50.

<sup>829</sup> Esto está en consonancia con la jurisprudencia constitucional, que mediante la STC 199/1987, se definen los delitos de terrorismo como «alteración grave de la paz pública», mediante el empleo de los medios destructivos idóneos para atemorizar a la población «con tal intensidad, que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos del orden político y de la paz social».

la concreta conformación política de un Estado, o como la «exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participación del poder»<sup>830</sup>.

Si el orden constitucional es el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo, tenemos que los derechos fundamentales se encuentran garantizados a través de la Constitución que es donde encuentran las garantías de los cauces o vías legales de participación democrática, que a su vez están materialmente abiertos; que es lo que precisamente el terrorismo no respeta, en lugar de acudir a esas vías, opta por la violencia como método de acción, para imponer a la sociedad, a través del miedo, el sometimiento a los propósitos utilitarios de sus autores. Así, la única forma de afectar el ordenamiento constitucional democrático, es a través de una estrategia que tienda a socavar los cimientos del Estado democrático.

En conclusión, los delitos de terrorismo son delitos pluriofensivos que tienen un carácter dual pues lesionan bienes jurídicos individuales como colectivos; advirtiéndose del tipo básico, artículo 571 CP, que el bien jurídico protegido es, por tanto, el orden constitucional y la paz pública<sup>831</sup>.

Finalmente, señalar que muy atinadamente la doctrina científica ha destacado la desacertada sistemática empleada por el legislador a la hora de ubicar los delitos de terrorismo dentro del Código Penal, pues los ha ubicado formalmente dentro de la rúbrica de los «Delitos contra el orden público», cuando desde la perspectiva del bien jurídico protegido, resulta factible y lógico, que se incluyeran en el Título XXI, del Libro II, «Delitos contra la Constitución», porque cuando se realizan estas acciones se hace con el objetivo de intentar subvertir el orden constitucional o de lesionar la paz pública,

---

<sup>830</sup> Vid. ASUA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terrorista”, y conductas periféricas», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 1, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 274.

<sup>831</sup> Cfr. PRATS CANUT, J. M., «Sección 2ª. De los delitos de Terrorismo», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2009, 2134-2135

auténtico resultado, éste último, de la actividad terrorista, por lo que el bien jurídico protegido es la propia Constitución española<sup>832</sup>.

### **7.2.2. Bien jurídico protegido de la apología del terrorismo del art. 578 CP**

Con la reforma del Código Penal mediante la LO 7/2000, por medio de la cual se introdujo el art. 578 que castiga la apología del terrorismo<sup>833</sup>, se puede advertir una clara tendencia hacia la idea de una política-criminal basada en la «tolerancia cero» que responde a lo JAKOBS<sup>834</sup>, denomina «Derecho penal del enemigo», pues tal precepto representa la posibilidad de sancionar una conducta muy alejada de la lesión del bien jurídico.

No obstante, dicha reacción ha sido una respuesta frente al crimen terrorista, aunado a la realidad social de proliferación de actividades de apoyo de violencia callejera, de amenazas a víctimas del terrorismo, etc., que exigían un nuevo trato jurídico penal que se adaptara a las «nuevas situaciones»; considerándose, por ende, conveniente regular este tipo de delitos como defensa preventiva de bienes jurídicos esenciales que, como señala QUINTERO OLIVARES<sup>835</sup>, en puridad de términos, no revestirían un contenido de antijuridicidad tal que justificase su punición por la lejanía a la efectiva lesión del bien jurídico de que se trate.

---

<sup>832</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal...*, cit., 81; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El derecho penal frente al terrorismo...», cit., 69-70.

<sup>833</sup> Situado lejos de la sistemática del terrorismo, pero relacionado de forma directa y expresa con él, es el de enaltecimiento del mismo y humillación de las víctimas. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «La legislación antiterrorista española», Conferencia impartida el 13 de julio de 2010 en el Curso «La Policía Científica y su aportación al proceso penal», celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, en *La Ley Penal*, número 74, Sección Legislación aplicada a la práctica, Septiembre 2010.

<sup>834</sup> Vid. JAKOBS, G., «La ciencia penal ante los retos del futuro», traducido por Teresa Manso, en *La ciencia del Derecho penal ante el cambio del milenio*, ESER/HASSEMER/BURKHARDT, coordinado por Francisco Muñoz Conde, Valencia 2004, 53 y ss.

<sup>835</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, Pamplona 2005, 319.

Este alejamiento de las fronteras de lo punible en relación con actos que no suponen una lesión efectiva del bien jurídico es calificada por la doctrina<sup>836</sup> como «peligrosa», en la medida en que supone a su vez un cierto desenfoque del *principio de ofensividad o lesividad*, que algunos autores denominan *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*<sup>837</sup>, que podría determinar la inconveniencia del recurso del Derecho penal y, derivado de ello, incluso la inconstitucionalidad<sup>838</sup>.

Aunque el Tribunal Constitucional habla reiteradamente de un principio más amplio, como un criterio de interpretación para poder enjuiciar posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales, y es el *principio de proporcionalidad*, que cabe inferir de diversos preceptos constitucionales<sup>839</sup>. Este principio se proyecta sobre los derechos de libertad y las normas que las limitan, especialmente las penales. Así el bien o interés jurídicamente protegido, [o lo que el TC considera equivalente a los fines inmediatos o mediatos] constituye el *prius* lógico para determinar si se ha incurrido o no en la vulneración del referido principio, en relación con el derecho de libertad de que se trate. De modo que, si la norma tutela bienes o intereses socialmente irrelevantes o constitucionalmente proscritos habrá de ser declarada, sin duda, inconstitucional<sup>840</sup>.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos significa, pues, que las incriminaciones penales no pueden pretender la protección de meros valores éticos-sociales, ni la sanción de conductas socialmente inocuas<sup>841</sup>, que no representen un daño o un peligro para la sociedad<sup>842</sup>.

---

<sup>836</sup> Ídem.

<sup>837</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, Madrid 2006, 538.

<sup>838</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho Penal*, cit., 319.

<sup>839</sup> STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3, y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 8.

<sup>840</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 38.

<sup>841</sup> Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, Madrid 2006, 540; VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 37.

<sup>842</sup> Desde el punto de vista negativo, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos reclama la *despenalización* de las conductas que no sean gravemente nocivas para el orden social y pongan en tela de juicio las propias bases de la convivencia. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,

Para VIVES ANTÓN<sup>843</sup>, **no se trata de que la apología sea inocua; sino quizás, de que algunos daños o peligros bien reales, que proceden del ejercicio de algunas libertades no pueden, en el marco de un ordenamiento jurídico racional, combatirse por medio de la restricción de la libertad.** Tal vez, en algunos ámbitos la libertad haya que defenderse por sí misma, esto es, sin la coacción estatal.

Este autor señala que, en efecto, *la propagación de ideas puede causar un daño social* y, si frente a ello, el Estado está llamado a prevenirlos, por ende habrá de reconocerse ese *prius* lógico de la proporcionalidad que consiste en la existencia de un interés tutelado constitucionalmente legítimo; en otras palabras, la idea de inexistencia de bien jurídico no se halla del todo bien formulado. De modo que el rechazo del castigo de la mera apología, desde la perspectiva de una configuración racional del ordenamiento jurídico, ha de proceder, si procede, de otras causas.

No obstante lo expresado por dicho autor, las reservas con que la doctrina mayoritaria acoge el castigo de la mera apología residen en que se aprecia, por regla general, una suerte de *déficit de bien jurídico*. Con la mera apología –se dice– el legislador castiga la simple expresión de opiniones y no la producción de un auténtico daño o peligro para la sociedad.<sup>844</sup>

De aquí, se puede deducir que se mantiene la idea de que la simple apología del delito es inocua, pues la sola expresión del pensamiento, no es apta para causar daño, pero dicha premisa puede ser errónea, en tanto, los seres humanos transforman las ideas en realidades materiales, de ahí que –en efecto–

---

A., *Introducción al Derecho penal*, cit., 542. Siguiendo la técnica negativa, de exclusión de ZUGALDÍA ESPINAR, concluye que no se puede acudir al Derecho penal para proteger intereses que afecten sólo al fuero interno de la conciencia individual: o valores vinculados exclusivamente a costumbres sociales; ni desde luego, para imponer una determinada ideología. Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia 1993, 52.

<sup>843</sup> VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 38.

<sup>844</sup> Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., «La apología en la reforma penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, número monográfico 6, 1983, 384; VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 38.

pueda existir cierto peligro en la expresión de ideas<sup>845</sup>. Esto al margen de la valoración de si eso es suficiente para justificar una sanción penal, ya que podría conseguirse la tutela por otros medios no penales y por tanto menos agresivos, sobre la base del denominado *principio de intervención mínima* del Derecho penal, que sólo estará legitimado el recurso al Derecho penal frente a los ataques a valores esenciales del Estado democrático y social de Derecho.

En definitiva, si en el Código la apología encuentra sentido especialmente por el delito a que puede dar lugar, no es menos cierto que también el delito ensalzado –cometido ya, incluso hace mucho tiempo– puede constituir la mejor vía para incitar a cometer delitos. Esto es, según SANCHEZ-OSTIZ<sup>846</sup>, lo que explica que se haya visto, en la comunicación de las ideas, la posibilidad de afectar la vigencia de la norma en términos suficientemente relevantes como para considerar como delito ciertos actos de expresión, tendentes a generar cierto *clímax delictivo*.

GONZÁLEZ GUITIÁN<sup>847</sup> considera que «la esencia de la apología consiste en crear un *clima favorable* a una futura pero imprecisa ejecución de delitos»; pues con la apología no se está creando el riesgo de comisión de un delito concreto sino un peligro de ejecución de algún delito más o menos próximo al elogiado, pero no precisado. No obstante, este autor propone la atipicidad de la apología, pues por muy reprobable que desde el punto de vista ético pueda parecer el elogio de un delito, lo que no es más que una mera opinión no debe formar parte del catálogo de delitos que integra el texto punitivo.

---

<sup>845</sup> En razón de que la expresión puede ser peligrosa por sí misma tuvo sentido la regla del «peligro claro y presente» de «daños sustantivos» para la sociedad, como criterio para discernir la constitucionalidad o no de los límites impuestos por el Gobierno a la libertad de expresión; y también lo tiene la crítica de RAWLS que estima «una base insatisfactoria para la protección constitucional del discurso político, pues lleva a centrarse en la peligrosidad del discurso en cuestión, como si por el hecho de ser peligroso el discurso se convirtiere en delito». Cfr. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 39.

<sup>846</sup> Vid. SANCHEZ OSTIZ, P., Op. Cit., 908-909.

<sup>847</sup> Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., «Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en el Proyecto de 1980», en *Estudios penales y criminológicos*, IV, Universidad Santiago de Compostela, 1981, 285.

En un Estado constitucional y democrático de Derecho, la apología no deja de ser una figura polémica porque sus contornos son imprecisos y requieren de la fijación de confines entre las manifestaciones del pensamiento que son lícitas y las que resultan ilícitas. Esto conlleva, a advertir serios problemas en el plano de la libertad de expresión y el principio de lesividad, vinculado por ende, a la inocuidad de la conducta.

En palabras de VIVES ANTÓN, «no se sabe bien si la conducta se califica de inocua en razón de que hay un derecho fundamental que la ampara, o se afirma que la ampara un derecho fundamental en virtud de su inocuidad»<sup>848</sup>.

Sobre lo apuntado CUERDA ARNAU<sup>849</sup>, señala que el art. 578 CP plantea problemas pero –a su criterio– no se debe a que las conductas sancionadas sean legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ni tampoco porque sean carentes de lesividad.

#### **a) Respecto al ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión.**

CUERDA ARNAU sostiene que las conductas sancionadas en el art. 578 CP, no representan el ejercicio de un derecho fundamental, porque se puede diferenciar el *apoyo ideológico* y el *apoyo a la actividad delictiva*. En ese sentido, uno forma parte del contenido del derecho, por otro lado, decir que el apoyo a la actuación de las organizaciones violentas o las conductas intimidatorias pertenecen al ámbito constitucionalmente protegido por aquél, sólo se entendería a partir de una idea equivocada y constitucionalmente inaceptable de esas libertades<sup>850</sup>. También SILVA SÁNCHEZ<sup>851</sup> habla de hacer diferencia entre la «*apología de la ideología*»,

---

<sup>848</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 39-40.

<sup>849</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 115.

<sup>850</sup> Así lo sugirió el TC en su sentencia 159/86 y expresamente en las SSTC 176/1995, 48/2003, 5/2004 y 110/2007.

<sup>851</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997, 155-156.

que es la que se ve amparada por el efecto de irradiación del derecho a la libertad de expresión y «*la apología de la ejecución delictiva*» que es la que requiere, en el plano objetivo, la idoneidad para hacer surgir la decisión delictiva; y, en el plano subjetivo, el dolo del apologeta tiene que abarcar no sólo el ensalzamiento o justificación del crimen o del autor, sino también del propio aspecto incitador.

Por su parte, RUÍZ LANDÁBURU<sup>852</sup> también es de la opinión que la conducta regulada en el art. 578 CP, no afecta el ejercicio de la libertad de expresión, pues si bien este derecho permite al ciudadano manifestar o comunicar a los demás sus opiniones, y además, constituye un pilar básico en una sociedad democrática por cuanto contribuye a la formación de la opinión pública; estas consideraciones no son válidas en el ámbito del delito, y mucho menos, en el del terrorismo. Ello es así, porque precisamente el crimen no es un opción válida en una sociedad democrática, razón por la cual, se sanciona. Y es que si los comportamientos tipificados en el Código Penal son modelos de conducta rechazables, rechazados por la sociedad; por lo tanto, el elogio de los mismos también debe serlo.

Interesante es el análisis que VIVES ANTÓN realiza respecto al problema de la libertad de expresión, partiendo de la tesis de MILL<sup>853</sup> y cita: «Hay ciertos daños que, aunque no sobrevengan sino por efecto de determinados actos de expresión, no pueden, sin embargo, tomarse como parte de una justificación de la limitación legal de esos actos. Tales daños son: i. daños a ciertos individuos, consistentes en que éstos adquieren falsas creencias a consecuencia de dichos actos de expresión; ii) consecuencias nocivas de hechos realizados como resultado de esos actos de expresión, cuando la relación entre actos de expresión y los nocivos consiguientes consiste simplemente en que el acto de expresión indujo a los agentes a creer (o acentuó su tendencia a creer) que esos

---

<sup>852</sup> Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid 2002, 78 y ss.

<sup>853</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 40-42.



actos merecían realizarse»<sup>854</sup>. Respecto a estos postulados, respectivamente, sostiene:

- i. Que la libertad de expresión no puede quedar reducida a expresiones verdaderas. Un régimen político que sólo reconociera el derecho a expresar la verdad constituiría una negación viviente de la libertad de expresión. Dicho de otro modo, no hay la verdad, sino la búsqueda de la verdad, de la que lo falso resulta ser un momento imprescindible, de modo que limitar la libertad de expresión a las expresiones verdaderas sería tanto como negarla.
- ii. En relación a la segunda afirmación, sostiene que su fundamento radica en el orden político racional, en el que la expresión ha de ser una libertad básica, lo que presupone una sociedad de seres iguales y autónomos, es decir, de seres que se rigen por su razón y, en consecuencia, han de ser capaces de decidir correctamente por sí mismo, examinando todos los argumentos, incluso los que presuntamente conducen a una solución incorrecta. No sería congruente dejar en manos del Estado la decisión acerca de si deben conocer o no determinadas clases de ideas, creencias o razones, por nefastas que puedan parecer.

El citado autor concluye expresando: que conminar penalmente la simple expresión de opiniones y creencias «revela una inadmisibile falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones»<sup>855</sup>.

#### **b) Respecto a la lesividad de la conducta.**

CUERDA ARNAU, al igual que VIVES ANTÓN (vid. *supra.*), considera que no se trata de conductas inocuas; es decir, no se puede privar de legitimidad a la previsión penal por la supuesta falta de ofensividad de la conducta sancionada, pues como ya dijera RAWLS, la idea de que el

---

<sup>854</sup> Autor citado por: VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 40.

<sup>855</sup> VIVES ANTÓN aclara que dicha conclusión, no es un juicio acerca de la constitucionalidad del castigo de la apología del delito. Cfr. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 42.

discurso violento y subversivo es inocuo es una idea equivocada «la peligrosidad del discurso político está fuera de lugar, pero poner el acento en el peligro del discurso político constituye una base endeble para otorgarle protección constitucional que, naturalmente, no puede quedar limitada a las conductas inocuas»<sup>856</sup>.

Para sustentar su postura, cita la STC 5/2004, de 16 de enero, de la que extrajo que en relación a las conductas de apoyo -incluso tácito- al terrorismo en la medida en que ese tipo de comportamientos han prodigado un entendimiento del fenómeno terrorista que, cuando menos, cristaliza en «apoyo social», por parte de un sector de la población, al tiempo que en el resto de la opinión pública suscita un sentimiento de justa indignación y genera cierta inestabilidad social. Concluye afirmando que decir, por tanto, que son conductas que no producen daño social alguno es, tal vez, llevar las cosas demasiado lejos.

Otros autores también señalan que el bien jurídico protegido por el delito de enaltecimiento del terrorismo presenta la suficiente trascendencia para ser protegido penalmente<sup>857</sup>.

El problema para CUERDA ARNAU, es que para evitar ese tipo de conductas se recurre a la sanción penal, y por tanto, hay que preguntarse si la tutela penal de esos intereses está racionalmente justificada.

Así planteadas las cosas, se debe resolver el problema del bien jurídico de la apología del terrorismo del art. 578.

#### ***A. La moral predominante de una sociedad***

Ciertamente, las conductas enaltecedoras o justificadoras del terrorismo irritan a la sociedad en su conjunto. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, indica que la apología de los terroristas no sólo *hiere la sensibilidad de los ciudadanos demócratas*,

---

<sup>856</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 115.

<sup>857</sup> Cfr. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., Op. Cit., 106.

muy especialmente si han sido víctimas de sus fechorías, sino que menoscaba la legitimidad de las instituciones y por tanto del Estado de Derecho, por lo que su persecución y castigo resulta absolutamente necesaria<sup>858</sup>.

Sin embargo, si sólo se atendiese a tales sentimientos de rechazo *se estarían convirtiendo en delitos conductas moralmente reprobables para la mayoría*, lo que no es aceptable en un Estado democrático, especialmente en el campo de los comportamientos políticos. Dado que el sistema democrático se basa en el pluralismo político, el espacio de la discrepancia y la disidencia no puede quedar reducido por razón de la superioridad de ciertos valores fundamentales, aunque estos inspiren la convivencia democrática.

Sin embargo, acertadamente señala VIVES ANTÓN<sup>859</sup>, es totalmente fácil confundir el principio democrático de que el poder debe estar en manos de la mayoría con la pretensión completamente diversa, de que la mayoría en el poder no tiene que respetar ningún límite; sobre todo, cuando se trata de sancionar conductas morales, lo que también puede ser fatal para la convivencia democrática. Pues *«la mayoría que se indigna no tiene derecho a exigir que se reprima el comportamiento que se reprueba»*<sup>860</sup>, un legislador democrático habría de poner en marcha medidas pedagógicas, que fuesen inclinando a la población hacia actitudes de tolerancia y respeto por los que profesan otra concepción del mundo.

No obstante, en la realidad social actual, existen circunstancias en donde la intransigencia, la indignación y la repugnancia pueden producir desórdenes públicos; frente a ello, el legislador para evitarlos –en efecto– puede instaurar ciertas medidas de policía para evitar comportamientos que, precisamente,

---

<sup>858</sup> Vid. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., «Enaltecimiento del Terrorismo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 10 febrero 2010, 44.

<sup>859</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 24-25.

<sup>860</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 24-25.

entren en conflicto con la moralidad vigente<sup>861</sup>; pero sólo podrá *establecerlos para evitar, efectivamente, desórdenes públicos, no meras alteraciones de la sensibilidad*.

En el trasfondo del castigo de la apología del terrorismo se divisa el rechazo o la indignación que determinadas afirmaciones vertidas en el contexto del terrorismo producen al colectivo social<sup>862</sup>. Por esa razón, la doctrina mayoritaria muestra su rechazo a penalizar conductas propagandísticas o de adhesión ideológica. Al respecto, MUÑOZ CONDE es contundente en afirmar que «no se puede criminalizar ninguna ideología o discrepancia política, por más que esté muy alejada de los patrones políticos o culturales dominante en nuestra áreas de cultura jurídica y política»<sup>863</sup>. Sustenta esta postura GONZÁLEZ GUITIÁN quien sostiene que «por muy reprobable que desde el punto de vista ético pueda parecer el elogio de un delito, lo que no es más que una mera opinión, no debe formar parte del catálogo de delitos que integra el texto punitivo»<sup>864</sup>.

Y es que, si la única razón para castigar la apología, como afirma ARROYO ZAPATERO<sup>865</sup>, estriba «en la consideración de que no debe permanecer impune el

---

<sup>861</sup> RAMOS VÁZQUEZ destaca que lo «socialmente reprochable» y lo «penalmente reprochable» no son conceptos equivalentes. Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del *Ius Puniendi*», en *Revista de Ciencias Penales*, volumen 4, 2001-2002, 119.

<sup>862</sup> El bien jurídico protegido en el art. 578 CP, puede configurarse de manera autónoma y establecer que con esta modalidad delictiva se protege *el honor del colectivo* que más directamente sufre las consecuencias lesivas del terrorismo: las víctimas y sus familiares, que sienten lesionada. Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid 2010, 452. Por su parte, CUERDA ARNAU señala, en relación al delito conocido como apología del genocidio, que se trata de un *delito pluriofensivo* (también la SJP n° 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998, caso “librería Europa”, pone de relieve esta *pluralidad de bien jurídico*: el ataque a la dignidad humana del grupo social o étnico perseguido, por un lado; y, por el otro, la generación de un clima de violencia y hostilidad que podría concretarse en actos específicos de violencia ejecutados por terceros). «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones Constitucionales», en *Poder Judicial*, número 56, Madrid 1999, 81, 83 y 114-115.

<sup>863</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F., «La generalización del derecho penal...», cit., 49.

<sup>864</sup> Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., «Algunas consideraciones sobre...», cit., 285.

<sup>865</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, L., «La reforma de los delitos... », cit., 394.

elogio de un hecho que la sociedad considera como intolerable desde el momento en que lo ha tipificado como delito», dicha punición obedecería tan sólo a *la tutela del orden moral*;<sup>866</sup> por lo que la intervención del Derecho penal violentaría el dogma del bien jurídico.

Sobre este punto, ROXIN<sup>867</sup> señala que la mera ilicitud moral no basta para justificar una disposición penal. En tanto no lesione la libertad y la seguridad de nadie, no lesiona un bien jurídico.

Por otra parte, al señalar determinados sujetos como autores de un delito por su *posicionamiento moral* se estaría evocando a un Derecho penal de autor. Sustenta esta premisa SÁNCHEZ-OSTIZ<sup>868</sup>, que dice que con el art. 578 CP determinados sujetos se ven etiquetados como criminales cuando lo que han hecho es ejercer el derecho a la libertad de expresión, sin lesionar a nadie directamente, ni hacer surgir la decisión de cometer un delito.

De este modo, a través de la tipificación de la apología del terrorismo se expresa, a los sujetos que se manifiestan a favor de la violencia para conseguir fines políticos, que con tal manera de proceder se convierten en «*enemigos morales*» del resto de la población<sup>869</sup>. Y es que, mediante la tipificación de conductas de adhesión o ratificación del delito cometido se persigue la «*tabuización o aislamiento de los eventuales autores*»<sup>870</sup>, es decir, la exclusión de los otros.

La lógica sería: que si tal sujeto se está manifestando como peligroso a través de sus manifestaciones, lo mejor es «*apartarlo de circulación*» antes de pueda ejecutar los delitos que hasta el momento sólo alaba o justifica.

---

<sup>866</sup> En contra, MORAL DE LA ROSA, no entiende que el bien jurídico protegido sea el *orden moral*, salvo en el último inciso del art. 578, cuando se castiga la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de la víctimas de los delitos de terrorismo o de sus familiares. MORAL DE LA ROSA, J., Op. Cit., 260-261.

<sup>867</sup> Cfr. ROXIN, C., «¿Es la protección de bienes...», cit., 449.

<sup>868</sup> Vid. SÁNCHEZ OSTIZ, P., Op.cit., 897.

<sup>869</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo...*, cit., 448.

<sup>870</sup> Vid. SANCHEZ OSTIZ, P., Op. Cit., 905.

Ciertamente, razonamientos como el anterior sitúa el art. 578 del CP en la órbita del Derecho penal se autor, ya que permite castigar a quienes profesan una ideología afín a las opciones radicales y violentas para así no correr con el riesgo de su libertad. Así, LLOBET ANGLÍ<sup>871</sup> expresa que bajo el castigo de una pena se esconde lo que en realidad constituye una medida predelictual. Dicho planteamiento no puede fundamentar legítimamente la tipificación del art. 578 CP.

Con todo, es preciso e indispensable que del art. 578 CP, el objeto de tutela sea algo más que la *moral predominante en una sociedad*, por mucho que determinadas opciones ideológicas y políticas indignen, produzcan perplejidad o alteren nuestra sensibilidad.

El Derecho penal no puede usarse simplemente para mantener el sistema imperante de valores ni para imponer actitudes morales, y el daño social ha de predicarse más allá de las meras opiniones<sup>872</sup>.

### ***B. Los sentimientos de perplejidad e indignación social***

La exponente de esta tesis es MANJÓN-CABEZA OLMEDA<sup>873</sup>, quien para llegar a dicha conclusión lleva a cabo un proceso de exclusión y parte de considerar:

En primer lugar, que la apología del terrorismo no se trata de un acto preparatorio de un delito de terrorismo; en consecuencia, el bien jurídico protegido por aquél no será de referencia, es decir, no será el propio del delito objeto de la apología.

En segundo lugar, rechaza que la ubicación sistemática del art. 578, resuelva el problema, porque los llamados «Delitos de terrorismo» (encabezamiento de la Sección 2ª del Capítulo VII «De las organizaciones y

---

<sup>871</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo...*, cit., 462.

<sup>872</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo...*, cit., 450.

<sup>873</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», cit., 575-576.

grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», del Título XXII), no obedecen a un bien jurídico propio, específico y definido del genérico de «orden público». Y es que dentro de los llamados «delitos de terrorismo» lo que existe son agravaciones de pena o tipos agravados que con delitos en sentido estricto. Y cada uno de los tipos agravados tiene su propio bien jurídico. De ahí, aunque se identifique un bien jurídico común capaz de aglutinar todos los casos, no se resolvería el problema del bien jurídico del enaltecimiento del art. 578, pues, según Auto del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2002, señalo expresamente que este delito no es un delito de terrorismo, porque «la apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse».

A partir de estas premisas, la citada autora propone dos posibilidades:

- 1) Admitir que el bien jurídico es el «orden público», reconociendo que esta opción traería aparejada toda la polémica histórica sobre el castigo de la apología y su posible inconstitucionalidad; de ahí, que se deduzca que no es -a su criterio- el orden público el bien jurídico protegido por el art. 578.

Sobre la política penal del «orden público», GÓMEZ BENÍTEZ aduce que ésta «produce, en primer lugar, una difusa red de protección frente al disenso político»<sup>874</sup>. Y es que no trata de desmerecer el sentimiento de seguridad colectiva, sino de no dar prevalencia a un estado de tranquilidad general a costa de la libertad a expresar libremente una ideología política, por muy deleznable que sea.

Por otra parte, FEIJOO SÁNCHEZ considera que algunos preceptos del Código Penal, entre ellos el artículo 578 [además del art. 510 y 607.2], constituyen apologías difusas, vagas o nebulosas, que no son más que *delitos climas* que «deberían estar ubicados y que, en todo caso, deben ser

---

<sup>874</sup> Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Crítica de la política penal de orden público», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 16, 1982, 52.

tratados –tanto desde una perspectiva dogmática como crítica– como especiales delitos contra el *orden público* frente a fenómenos muy particulares»<sup>875</sup>.

- 2) Admitir que el bien jurídico protegido son los sentimientos de «*perplejidad e indignación social*», de los que habla la Exposición de Motivos de la LO 7/2000. Sin embargo, la misma autora reconoce que dichos sentimientos no son compatibles con la reiterada doctrina constitucional relativa a la libertad de expresión y, que dicha circunstancia no puede resolverse introduciendo en el art. 578 un requisito de incitación indirecta que, ni está en la letra del precepto, ni en la voluntad del legislador<sup>876</sup>.

Para ROXIN, los meros sentimientos o concepciones valorativas se les niega el reconocimiento como bien jurídico<sup>877</sup>; no obstante, la protección de ciertos sentimientos sólo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trate de sentimientos de inseguridad<sup>878</sup>. Y para LASCURAÍN SÁNCHEZ<sup>879</sup>, los solos sentimientos pueden formar parte del catálogo de lo protegible, en la medida en que, como demuestran las injurias, su lesión puede constituir una lesión objetiva y relevante de la autonomía personal.

*Cooperación psíquica (respaldo psicológico) con las actividades de la banda armada.*

La Exposición de Motivos de la LO 7/2000, apartado III, establece que las manifestaciones de enaltecimiento o justificación del terrorismo constituyen «*un*

---

<sup>875</sup> Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Reseña del libro *Der Zweistufige Deliktsaufbau*, de Klaus Rinck, (La estructuración del delito en dos niveles), Berlín 2000», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo LIII, 2000, 1211.

<sup>876</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», cit., 581.

<sup>877</sup> Vid. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., 54.

<sup>878</sup> Vid. ROXIN, C., «¿Es la protección de bienes...», cit., 450.

<sup>879</sup> Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Op. Cit.*, 163.



*refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas*». Así, es posible vincular las conductas apologéticas con el peligro de que las organizaciones terroristas sigan desempeñando su actividad delictiva.

En la doctrina se acepta la figura de la cooperación psíquica (o moral) y no sólo la material; por tanto, puede argumentarse que los actos de apoyo ideológico a una organización terrorista refuerzan el convencimiento de que su conducta violenta está justificada, y, por tanto, le animan a continuar con su campaña criminal<sup>880</sup>. Desde esta perspectiva, pues, dicho delito se configura como una modalidad de *complicidad psíquica* con las actividades de una banda armada, y también persigue salvaguardar, en última instancia, los bienes personales lesionados por los actos terroristas<sup>881</sup>.

En tal sentido, el Auto del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 2002, establece la diferencia entre «actividades criminales reales» y «actividades ideales de apología»; señalando que esta última es la «alabanza de una conducta ajena en la cual no se participa materialmente» sino sólo «de forma ideal de aprobación y solidaridad».

Aunque pareciese que la apología podría interpretarse estructuralmente como criminalización por la ratificación de un delito ajeno, hoy día resulta inviable por contradecir postulados básicos del principio de culpabilidad<sup>882</sup>.

Los Tribunales nunca han vinculado el enaltecimiento o la justificación del terrorismo con un delito de resultado concreto, es decir, no han acusado ni condenado a los apologetas como inductores o cooperadores (psíquicos) en una infracción específica<sup>883</sup>.

---

<sup>880</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo...*, cit., 462.

<sup>881</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo...*, cit., 448.

<sup>882</sup> Vid. SÁNCHEZ OSTIZ, P., *Op.cit.*, 905.

<sup>883</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo...*, cit., 459.

En consecuencia, si la opinión exultante del terrorismo abiertamente manifestada anima a terceros a seguir con su actividad delictiva son estos quienes deben responder por los hechos ejecutados, pero no los que les respaldan ideológicamente.

De nuevo, no existe una relación de imputación entre las conductas apologetas y los posibles actos de violencia que puedan repetirse en el futuro.

Además, como recuerda DEL ROSAL BLASCO<sup>884</sup>, la tipificación legal de la apología delictiva no ha conseguido nunca «modificar en lo más mínimo la evolución del fenómeno terrorista ni minar en un ápice el apoyo social al mismo».

En efecto, de las posturas antes expuestas, se podría concluir que lo que pretendía el legislador de un lado, era calmar la *perplejidad e indignación que percibía la sociedad*; y, de otro, *impedir que esas conductas sirviesen de refuerzo o apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas*.

Es decir, el legislador pretendía efectos encuadrables dentro del denominado Derecho penal simbólico (mostrarse, por tanto, como un legislador atento y decidido a la hora de afrontar los problemas sociales) y de otro, combatir ese tipo de conductas en la medida en que sirven de apoyo a la organización terrorista<sup>885</sup>.

### ***C. La paz pública y el orden constitucional: como bien jurídico de referencia***

Una parte de la doctrina entiende que el delito de la apología del terrorismo tiene un bien jurídico protegido por referencia al bien jurídico de la figura elogiada; que en el presente caso serían los delitos de terrorismo, que como se expresó *supra.*, tienen como bien jurídico protegido la paz pública y el orden constitucional; además, de los bienes jurídicos a que individualmente

---

<sup>884</sup> Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra 2005, 965.

<sup>885</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Sobre la particular lógica...», cit., 388.

ataca cada concreta conducta típica: vida, integridad física, patrimonio, etc. Por tanto, habrá que entender que este es el bien jurídico protegido en el art. 578 CP. Así, entre los defensores de esta postura encontramos:

En primer lugar, a RUÍZ LANDÁBURU<sup>886</sup>, quien mantiene la tesis de que la apología tiene una *naturaleza terrorista*, y que con ella se lesiona exactamente el mismo bien jurídico que con cualquiera de las conductas incluidas en la misma sección «De los delitos de terrorismo»; es decir, que también habla en la perspectiva del bien jurídico de referencia. Por tanto, el bien jurídico protegido en el delito de la apología del terrorismo del art. 578 CP es *la paz social y el mantenimiento del orden constitucional*.

Por su parte, MORAL DE LA ROSA, al definir la *apología*, en sentido jurídico-penal, como «aquélla que consiste en exaltar, aplaudir o alabar públicamente, con la intención de dar un apoyo moral e ideológico, determinados y concretas constitutivas de delitos»; entiende que «*la apología no protege un bien jurídico diferente del protegido por la figura delictiva elogiada*»<sup>887</sup>.

En los mismos términos se expresa CAPITA REMEZAL<sup>888</sup>, para quien el bien jurídico protegido en el delito de apología *es el mismo que el del delito principal ya cometido*, es decir, en este caso, en la medida en que se enaltece o justifica un delito comprendido en los artículos 571 a 577 del Código Penal, o de los que hayan participado en su ejecución, será *idéntico* al de los delitos de terrorismo<sup>889</sup>.

Respecto a la jurisprudencia se puede destacar, el Auto del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002, en cuyo fundamento jurídico 5, se clarifican las preguntas que el Fiscal cuestiona respecto a la conducta analizada ¿Qué es la apología si no es terrorismo? ¿Qué bien jurídico le confiere la referencia

---

<sup>886</sup> Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación y apología...*, cit., 80 y 84.

<sup>887</sup> Vid. MORAL DE LA ROSA, J., Op. Cit., 260-261.

<sup>888</sup> Cfr. Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal...*, cit., 163.

<sup>889</sup> Como se indicó *supra.*, el bien jurídico es la paz pública y el orden constitucional.

valorativa?, a lo que el TS responde: «Se trata [el art. 578 CP] de un delito de opinión, que tiene al de terrorismo como referente necesario pero externo, desde el punto de vista del «*iter criminis*». **De un delito, pues, relacionado con el de terrorismo en el plano ideológico y en la perspectiva del bien jurídico de referencia, pero de cuya naturaleza, de cuyos rasgos constitutivos, de cuya gravedad no participa, aun cuando exista una convergencia ideal en el plano de los fines**».

Por otro lado, se puede abordar el enaltecimiento del terrorismo desde la perspectiva de los *delitos de clima*<sup>890</sup>, y se podría llegar a la misma –o similar– conclusión de que aquél lo que busca proteger es la *paz pública*. Y es que, la doctrina mayoritaria configura los delitos de clima como injustos autónomos que atacan la paz pública<sup>891</sup>.

Así, entonces, el delito de la apología del terrorismo protege la paz pública, tanto desde su *dimensión subjetiva*, es decir, el sentimiento colectivo de seguridad; como desde su *dimensión objetiva*, esto es, aquella situación de estabilidad social: un clima que no incite al odio o a la violencia<sup>892</sup>.

En este sentido, la conducta sancionada en el art. 578 CP, colabora con el mantenimiento de alarma y miedo. Al respecto, señala RUÍZ LANDÁBURU, en la actualidad, esos comportamientos forman parte de la estrategia criminal del terrorismo, de modo que «*con la voz, [se] provoca terror en la sociedad similar al que provoca un coche bomba, que crean un clima de constante de tensión, de miedo y de imposibilidad de ejercitar los derechos fundamentales*»<sup>893</sup>.

En definitiva, el bien jurídico protegido lo constituiría *la paz pública que resulta lesionada por la creación de un clima en el que podrían prosperar delitos de la misma índole que el que ha sido objeto de aprobación*.

---

<sup>890</sup> FEIJOO SÁNCHEZ señala que los artículos 510, 578 y 607.2 del Código Penal constituyen *delitos climas* que deberían ser tratados como especiales delitos contra el *orden público*. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Reseña del libro *Der Zweistufige Deliktsaufbau, de Klaus Rinck*, (La estructuración del delito en dos niveles), Berlín 2000», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo LIII, 2000, 1211.

<sup>891</sup> Cfr. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo...*, cit., 457.

<sup>892</sup> *Ibidem.*, 455-456.

<sup>893</sup> Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación y apología...*, cit., 82.

#### *D. Ilegitimidad de la tutela jurídico-penal*

Un sector doctrinal considera que para que el artículo 578 del Código Penal sea conforme a la Constitución, debe entenderse como «forma de provocación directa a la comisión de un delito»; es decir, deben asimilarse los caracteres contenidos en el artículo 18 del CP, pues en el caso contrario, la prohibición del enaltecimiento del terrorismo buscaría sancionar, solamente, la adhesión ideológica a los métodos de la organización terrorista. No obstante, frente a esta interpretación, se tienen dos objeciones: por un lado, el art. 579.1 CP ya castiga los actos preparatorios de los delitos de terrorismo, por lo que la apología del terrorismo ya estaría tipificada en virtud del precepto; y por otra parte, la exposición de motivos de la LO 7/2000 establece dichas conductas se sancionan con independencia de lo establecido en el art. 18 CP.

BENLLOCH PETIT<sup>894</sup> advierte que el nuevo delito de exaltación del terrorismo del artículo 578 CP, viene a plantear las mismas dudas de constitucionalidad que ya en su día planteó a la doctrina el delito de apología del terrorismo del artículo 216 bis a) del Código penal anterior; y aunque el Tribunal Constitucional<sup>895</sup> no llegó a pronunciarse directamente sobre la constitucionalidad de la apología, sí logró distinguir entre la apología genérica o «pura apología», consistente en la «manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas», y la apología como forma de inducción o provocación a tales delitos. A su criterio, para justificar el delito del artículo 578 CP la vía correcta no puede ser la invocación de una supuesta necesidad de adelantamiento de la protección penal, tal y como hace la Exposición de Motivos 7/2000, sería innecesaria a la luz del art. 18 CP; y si lo que busca es la necesidad de castigar la mera exaltación genérica, sin incitación a la comisión de

---

<sup>894</sup> Vid. BENLLOCH PETIT, G., «El Derecho penal...», cit., 201-204.

<sup>895</sup> STC 199/1987, FJ 2.

un delito concreto, resultaría rechazable como fundamento del castigo, al diluirse la necesaria conexión con un hecho punible determinado, indispensable en un Derecho penal del hecho. Concluye estimando, que desde su punto de vista, la tipificación de la exaltación del terrorismo, sólo puede justificarse, y por ende resultar legítima, si se entiende como forma de *injurias colectivas*<sup>896</sup>.

Otros autores como RAMOS VÁSQUEZ<sup>897</sup> consideren que la finalidad buscada por la norma es, *radicalmente ilegítima y, en efecto, el art. 578, entendido en el sentido propuesto por el legislador, puede ser reputado de inconstitucional*. Para este autor, la lucha contra el terrorismo no justifica, ni mucho menos, la vulneración de los principios constitucionales mediante la creación de tipos penales que buscan castigar opiniones, ideologías o, incluso, en cierto modo, actitudes internas. Siempre que se entienda el Derecho penal en su sentido más garante y no en el sentido de un Derecho penal del enemigo.

También LLOBET ANGLÍ<sup>898</sup> se decanta por establecer que la tipificación de *la apología del terrorismo es ilegítima*, pues ninguno de los bienes jurídicos señalados reviste tal entidad que legitime su tutela jurídico penal a costa de la libertad de expresión. Así, aunque cause daños a la sociedad e, incluso, cree y manifieste peligros, está amparada en los derechos a manifestar determinadas opiniones y a disentir políticamente. Por ello, piensa que el precepto es

---

<sup>896</sup> Para llegar a esta conclusión, BENLLOCH PETIT se basó en la STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995, en la que se expresa que: «La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional». De ahí que, este autor, realice un símil en relación al art. 578 CP, pues si el TC concluyó en la sentencia referida que era *constitucionalmente conforme castigar por injurias graves por la difusión de un cómic apologético de los crímenes cometidos en los campos de concentración nazis*, a la misma conclusión debería poder llegarse en relación al «enaltecimiento o la justificación» de los delitos de terrorismo o de quienes hayan «participado en su ejecución». Vid. BENLLOCH PETIT, G., «El Derecho penal...», cit., 201-204.

<sup>897</sup> Vid. RAMOS VÁSQUEZ, J. A., «Sobre la particular lógica...», cit., 386-388.

<sup>898</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo...*, cit., 464-465.

inconstitucional, a la luz del art. 20 CE, y por ende, debería expulsarse del ordenamiento jurídico penal.

Por la proximidad de la conducta incriminada, merece especial mención el pronunciamiento realizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 235/2007, respecto al delito de negación o justificación del genocidio (art. 607.2 CP); en la que por un lado, declara la inconstitucionalidad de la modalidad de la conducta de la «mera negación» del genocidio<sup>899</sup>; y por otro lado, mantiene la constitucionalidad de la alternativa típica referida a la «justificación». De esta forma, podría pensarse que si el TC mantiene su misma línea jurisprudencial, a la vista de su argumentación<sup>900</sup>, como acertadamente señala CANCIO MELIÁ<sup>901</sup>, el artículo 578 superaría el juicio de constitucionalidad práctico, aunque a su criterio se trate de una tipificación errada y contraproducente.

Al respecto, VIVES ANTÓN Y CARBONELL MATEU<sup>902</sup>, son de la opinión de que el legislador podía y debía poner atención a lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 235/2007, en cuyo fundamento jurídico 9 efectuó una interpretación conforme a la Constitución de la conminación penal de las conductas justificativas del genocidio aplicables a la difusión de ideas que justifican el terrorismo, el cual exige, para que el castigo sea

---

<sup>899</sup> Parte de la doctrina mayoritaria se pronunciaron sobre la inconstitucionalidad del delito de genocidio; así: CUERDA ARNAU «el art. 607.2 es inconstitucional porque tipifica conductas que forman parte del contenido esencial de la libertad de expresión, vicio que afecta al núcleo esencial del tipo (...). [E]l art. 607.2 representa una «apología» encubierta o innominada (...) que no se ajusta a los límites que la Constitución impone a la intervención penal». Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones Constitucionales», en *Poder Judicial*, número 56, Madrid 1999, 64-65. FEIJOO SÁNCHEZ señala, con respecto a la negación o justificación del genocidio, que «es una norma innecesaria además de inconstitucional»; además, destaca que en la historia legislativa de España, las apologías autónomamente tipificadas en el Código Penal nunca han resuelto nada y han tenido más bien efectos contraproducentes. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Reseña del libro *Der Zweistufige Deliktsaufbau, de Klaus Rinck*, (La estructuración del delito en dos niveles), Berlín 2000», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo LIII, 2000, 1211.

<sup>900</sup> STC 235/2007, FJ 9.

<sup>901</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid 2010, 286.

<sup>902</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S., Y CARBONELL MATEU, J. C., «Enaltecimiento del Terrorismo», en *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª Edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia 2010, 794.

constitucionalmente legítimo, o que la justificación suponga una incitación indirecta a la perpetración de los actos delictivos que se justifican o que represente una provocación al odio hacia determinados grupos.

### **7.2.3. Bien jurídico protegido del tipo penal de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares**

En primer lugar hay que señalar que las conductas previstas en la parte segunda del art. 578 CP, consistentes en el descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, no constituyen bajo ningún concepto un supuesto de apología<sup>903</sup> y tampoco participan de la naturaleza terrorista, estando mucho más cerca de los delitos de injurias<sup>904</sup>. Excepto para DOLZ LAGO, para quien sí puede calificarse como delito de terrorismo<sup>905</sup>.

BERNAL DEL CASTILLO considera que la apología del terrorismo se podría justificar con reservas, pero en el caso de vejaciones a las víctimas del terrorismo, no se puede decir lo mismo. Dicho autor reconoce que se trata de conductas que se multiplican –sobre todo en la sociedad vasca– y que, por dirigirse contra personas que han sido, en ellas mismas o en sus familiares,

---

<sup>903</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código penal en materia de terrorismo», en *La Ley*, 2001, 1628 y 1630; CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 107.

<sup>904</sup> Vid. GARRO GARRERA, E., «La libertad de expresión...», cit., 368-369; CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 107; BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1627; LAMARCA PÉREZ, C., «Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 41, Septiembre 2007, 15; MORAL DE LA ROSA, J., Op. Cit., 262; CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal...*, cit., 171.

<sup>905</sup> Fundamenta su tesis en el Auto de la Sala 2ª, de 23 de mayo de 2002, que afirma que el delito del art. 578 CP no es delito de terrorismo sólo lo hace en relación con el enaltecimiento o apología del terrorismo sin que se pronuncie en relación con la humillación de las víctimas, por lo que se puede sostener que la conducta descrita en el art. 578 CP de forma alternativa a la apología del terrorismo sí que puede calificarse de delito terrorista porque no le es aplicable los razonamientos contenidos en el citado auto. Cfr. DOLZ LAGO, M. J., «Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo», en *Diario La Ley*, número 7302, Sección Doctrina, 14 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-384.



víctimas de una acción terrorista, *merecen un reproche absoluto*. «*Pero de ahí a castigarlas penalmente va a un abismo*»<sup>906</sup>. Respecto al bien jurídico afectado por esas conductas no es el mismo que el afectado por el terrorismo. Es cierto que esos actos contribuyen a crispar el ambiente social, pero con relación al orden público y a la seguridad del Estado no generan ningún peligro adicional.

CAPITA REMEZAL<sup>907</sup>, coincide con el anterior autor, en que dichas conductas son reprobables desde un punto de vista ético y moral, por la ruindad y mezquindad del sujeto que realiza este tipo de hechos, mancillando a las víctimas o a los familiares de un delito de terrorismo, pero esto *no justifica que una conducta reprobable en el ámbito moral, se eleve a categoría de ilícito penal*<sup>908</sup>. En el mismo sentido, CUERDA ARNAU se pregunta si, en estos casos, el legislador no ha sabido trazar convenientemente la frontera que separa el derecho y la moral<sup>909</sup>.

En contra RODRÍGUEZ PUERTA<sup>910</sup>, para quien la tipificación del tipo penal de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, está *justificada político-criminalmente* por el desvalor de resultado de la conducta, por la tutela al honor y a la dignidad humana, sin perjuicio de la indeterminación de los bienes jurídicos protegidos. De la misma postura es FUSTER-FABRA<sup>911</sup>, que también considera acertada dicha regulación, al entender que en la práctica la apología resultaba impune y

---

<sup>906</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1630.

<sup>907</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal...*, cit., 171.

<sup>908</sup> En contra, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «De los delitos de terrorismo», en *Comentarios al nuevo Código Penal*, coordinado por Quintero Olivares y Morales Prats, Pamplona 2004, p. 2504, para la que la tipificación está justificada político-criminalmente por el desvalor de resultado de la conducta, por la tutela al honor y a la dignidad humana, sin perjuicio de la indeterminación de los bienes jurídicos protegidos.

<sup>909</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 107.

<sup>910</sup> Vid. RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «De los delitos de terrorismo», en *Comentarios al nuevo Código Penal*, coordinado por Quintero Olivares y Morales Prats, Pamplona 2004, 2504.

<sup>911</sup> Cfr. FUSTER-FABRA TORRELLAS, J. M., *Responsabilidad civil derivada...*, cit., 53 y ss.

provocaba un sentimiento generalizado de frustración para las víctimas de terrorismo<sup>912</sup>.

Otros autores, como MORAL DE LA ROSA<sup>913</sup> y BERNAL DEL CASTILLO<sup>914</sup>, consideran innecesaria la tipificación de esta conducta, en tanto que la misma participa de la naturaleza del delito de injurias o delitos contra la integridad moral previstos en los arts. 173 y siguientes del Código Penal<sup>915</sup>.

Por otro lado, al margen de las consideraciones sobre la conveniencia o inconveniencia de la tipificación de este tipo de conductas; existe acuerdo entre la doctrina en que el bien jurídico protegido es autónomo y pretende proteger a un grupo muy concreto de personas, en su *honor, dignidad e integridad moral*<sup>916</sup>.

En palabras de RODRÍGUEZ PUERTA<sup>917</sup>, la tutela del *honor y la dignidad humana*, o, según MUÑOZ CONDE, el «derecho de la víctima a la dignidad de su recuerdo (sobre todo cuando ha muerto) o el de sus familiares a que se respete y

---

<sup>912</sup> El Dictamen 3068/2000, de 4 octubre 2000 del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de reforma que desembocó en la LO 7/2000, sobre el delito de vejación a las víctimas dice: «También *merece juicio favorable* el nuevo delito de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de terrorismo o de sus familiares, pero el tipo debería aclararse, en primer lugar, que los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares han de tener por objeto la condición misma de ser víctima o familiares, y así evitar el absurdo de interpretar que cualquiera de esos actos, en cualquier contexto social, incluso no relacionado con el terrorismo, sólo por ser víctimas o familiares de ellas, sería punible; y, en segundo lugar, que esos actos a que se refiere el tipo han de difundirse por cualquier medio de expresión pública, como la apología, excluyendo de castigar, en cambio, las manifestaciones meramente privadas, domésticas o íntimas. Además, con relación a este delito concreto, debe considerarse la posibilidad de castigar adicionalmente a sus autores con la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima y sus familiares prevista en el art. 57 CP». Puede consultarse este Dictamen en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

<sup>913</sup> Vid. MORAL DE LA ROSA, J., Op. Cit., 262.

<sup>914</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1630.

<sup>915</sup> Modificados por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, y por la Ley Orgánica 15/2003 que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, que incluye las torturas y tratos contra la integridad moral cometidos por razón de discriminación.

<sup>916</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», cit., 576. «Reconoce que junto a la lesión del honor, hay una cierta afectación al derecho fundamental a la integridad moral» BENLLOCH PETIT, G., «El Derecho penal...», cit.

<sup>917</sup> Vid. RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Artículo 578», cit., 1153.

no se incremente su dolor»<sup>918</sup>. Es decir, aquí se puede identificar un bien jurídico concreto digno de protección, del que son titulares personas perfectamente determinadas: las víctimas de un previo delito de terrorismo y sus familiares.

Por su parte, MORAL DE LA ROSA lo enfoca desde la protección del *orden moral*, rechazándolo como bien jurídico protegido en el delito de apología del terrorismo pero reconociéndolo para el último inciso del art. 578; es decir, cuando se refiere al castigo de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de la víctimas de los delitos de terrorismo o de sus familiares<sup>919</sup>.

Para OLÁSULO ALONSO Y PÉREZ CEPEDA<sup>920</sup>, esta segunda conducta típica se trata de una *protección excepcional del honor* (aunque más bien, dados los términos tan amplios utilizados, habla del *respeto*), que se estima merecen únicamente las víctimas del terrorismo<sup>921</sup> –no así las víctimas de otros delitos, vulnerándose con ello, a su criterio, el principio de igualdad–.

Ahora bien, *el honor* como bien jurídico protegido hay que entenderlo –en la parte final del art. 578– en *sentido objetivo*, como notoriedad social, la imagen pública, la fama o la reputación que tienen las demás personas, de la personalidad moral de otro sujeto, y en *sentido subjetivo*, como conciencia y sentimiento del individuo de su valía y prestigio, entendido como autoestima

---

<sup>918</sup> Autor citado por: GARRO GARRERA, E., «La libertad de expresión...», cit., 368-369.

<sup>919</sup> Fundamenta su postura con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 2001 y el Auto de 23 de mayo de 2002, «la apología es un delito formal (...) con lo que es ajeno a su perfección un resultado efectivamente peligroso o lesivo para los intereses que protege». Vid. MORAL DE LA ROSA, J., Op. Cit., 260-261.

<sup>920</sup> Vid. OLÁSULO ALONSO, H. Y PÉREZ CEPEDA, I., *Terrorismo Internacional...*, cit., 60.

<sup>921</sup> Para otros como DOLZ LAGO, la creación de este tipo penal específico ha venido a *reforzar la protección de las víctimas*, en relación con los delitos de terrorismo, *redoblando el marco protector* de éstas castigando conductas lesivas a su dignidad, entendida ésta como bien jurídico autónomo a los que ya vienen protegidos por los otros tipos penales de terrorismo como la vida y la integridad física y moral. Vid. DOLZ LAGO, M. J., «Las actuaciones del Ministerio Fiscal en defensa de la dignidad de las víctimas del terrorismo», en *Diario La Ley*, número 7302, Sección Doctrina, 14 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-384.

de la propia personalidad moral, teniendo presente que el individuo se desarrolla en la sociedad con unas pretensiones y unas expectativas personales, que están condicionadas y supeditadas para su realización por las cualidades que le asigna la misma, presentándose estas expectativas propias influidas por las ajenas, que le confieren al individuo el deseo de lograr lo que el resto de la sociedad le asigna<sup>922</sup>.

A juicio de OTERO GONZÁLEZ «el concepto de honor que debe tutelarse en el ámbito penal es un concepto de honor real o merecido que significa que todas las imputaciones de hechos que sean objetivamente verdaderas, no lesionan el honor, son atípicas»<sup>923</sup>.

Esto se ve fundamentado con la jurisprudencia instaurada por los Tribunales, mediante Auto de la Audiencia Nacional, de 9 de julio de 2008, cuyos razonamientos jurídicos 3 y 3.2 parte final, respectivamente, citan:

b) la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos de terrorismo o de sus familiares, tutelándose así el honor y, más allá de éste, la dignidad de la persona como fundamento del orden político y la paz social (artículo 10 de la Constitución Española).

(...)

El bien jurídico protegido en estos casos, es el honor de las víctimas de delitos terroristas o de sus familiares, entendido en un sentido objetivo como notoriedad social, imagen pública, fama o reputación, y en sentido subjetivo, como conciencia y sentimiento del individuo de su valía y prestigio.

Y, más recientemente, en la SAN 61/2008, de 1 de diciembre de 2008, se expresa en iguales términos, expresando que el bien jurídico protegido es el *honor y la dignidad*.

---

<sup>922</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal...*, cit., 163.

<sup>923</sup> *Ibidem.*, 163-164.

### 7.3. Elementos Objetivos

A nivel jurisprudencial, mediante las SSTS 224/2010, de 3 de marzo de 2010; 539/2008, de 23 de Septiembre de 2008; 149/2007, de 26 de febrero de 2007; 585/2007, de 26 de Junio de 2007; y la SAN 49/2008, de 29 de julio de 2008, se han señalado los elementos configuradores del tipo penal de apología del terrorismo (art. 578 CP), los que a continuación se mencionaran pues será el esquema que se seguirá para el análisis jurídico de este delito. Así, tales elementos que vertebran el ilícito son:

*1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.*

*2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:*

*a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577.*

*b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.*

*3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.*

#### 7.3.1. Sujetos

En cuanto a los sujetos, del delito de apología del artículo 578 del Código Penal, no hay limitaciones expresas, no se trata de un tipo especial en función de la cualidad del autor<sup>924</sup>.

---

<sup>924</sup> Aunque existen ocasiones que, aunque el tipo en cuestión no se especifique la cualidad del autor, otras normas penales vienen a limitar por vía indirecta el ámbito subjetivo, al prever tipos específicos en función de la cualidad del autor. Vid. BARQUÍN SANZ, J., «De las amenazas, artículo 169», en *Comentarios al Código Penal, Tomo VI, Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Madrid 1999, 132.

El *sujeto activo* que «es quien lleva a cabo la actividad descrita en el tipo legal»<sup>925</sup>; en el presente caso, puede ser *cualquier persona*, pues en principio está claro que se trata de un *delito común*<sup>926</sup>, cuya realización no está reservada a personas que ostenten una condición especial. El sujeto activo es completamente indiferenciado, ya que cualquiera puede enaltecer o justificar los delitos de terrorismo o quienes hayan participado en ellos<sup>927</sup>; inclusive, cualquier persona que actúe al margen de cualquier tipo de asociación terrorista<sup>928</sup>.

Hay que señalar que el hecho que sistemáticamente el delito de la apología del terrorismo se encuentra incluido por el legislador bajo el genérico título «De los delitos de terrorismo»; conforme al Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo<sup>929</sup>, en este caso no se está en presencia de un delito de terrorismo sino ante un delito de (opinión) que versa sobre otro delito que es de terrorismo. Y es que, equívocamente, se podría llegar a pensar que por formar parte de este rubro de delitos, se requiera que «el sujeto activo sea integrante o perteneciente a la banda, grupo u organización terrorista»<sup>930</sup>; aunque dentro de

---

<sup>925</sup> No es lo mismo, no pueden confundirse, sujeto activo que autor del delito. Hay una relación de género a especie. Para que un sujeto activo pase a tener la categoría de autor, es necesario que concurren además otras características especiales en él y que son las que justamente circunscriben el ámbito del autor. Así, por ejemplo, el autor de un delito de hurto ha de actuar con «ánimo de lucro», una característica que tendrá que concurrir, entre otras, para que el sujeto activo de dicho delito sea el autor del mismo. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., 200.

<sup>926</sup> Los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier persona y en la mayoría de los casos, aunque no necesariamente con el término «quien o el que». En cambio, en los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna determinada cualidad. Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid 2008, 337-338.

<sup>927</sup> STS 656/2007, de 17 julio de 2007, FJ 2, cita: «El sujeto activo con su comportamiento coloca a las acciones punibles, y a sus autores como modelo otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente».

<sup>928</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 164.

<sup>929</sup> ATS de 23 de mayo de 2002, que cita: «la apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre *otro delito distinto*, o delito objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología, lo que conduciría directamente al absurdo».

<sup>930</sup> En caso de que el sujeto activo sea considerado integrante o perteneciente a la banda, grupo u organización terrorista podrá ser imputado por otro tipo penal de la sección (básicamente, por

los delitos de terrorismo (arts. 571 al 577) existen varios delitos, como el de «terrorismo individual» (art. 577) o el de colaboración con organización o grupo terrorista (art. 576) que excluyen precisamente, que el sujeto activo sea miembro de una organización terrorista (otro tanto sucede con el art. 575).

A nivel jurisprudencial, se encuentra justificación en la tipificación del art. 578 CP, frente a la gravedad del fenómeno terrorista y la existencia de *personas o grupos* –al margen de las organizaciones terroristas– que refuerzan las actividades de dichas estructuras criminales mediante mensajes de justificación y apoyo; así, se advierte de la STS 679/2009, de 5 de junio de 2009, FJ 3: «El propio carácter del fenómeno terrorista justifica ampliamente tal previsión legislativa que enfrenta una fenomenología delictiva de enorme importancia social, en la que incluso personas o grupos inicialmente ajenos a la propia actividad ilícita contribuyen a ella, reforzando su actuación mediante mensajes de justificación y claro apoyo».

En cuanto al *sujeto pasivo*, es el destinatario de la protección del bien jurídico, en tanto titular del bien o los bienes jurídicos tutelados. Luego, por definición, cualquier persona puede ser sujeto pasivo de un delito, ya sea natural, jurídica o colectiva. Por otra parte, no hay que confundir sujeto pasivo del delito del sujeto pasivo de la acción, que es la persona sobre la que recae la acción típica, pero no necesariamente el destinatario de la protección del bien jurídico<sup>931</sup>.

Ahora bien, respecto al sujeto pasivo del art. 578 del CP, es el mismo de los delitos terroristas, la *sociedad en su conjunto*<sup>932</sup>.

---

los arts. 571 a 574) pero jamás por el art. 577 CP. Vid. FERNÁNDEZ REQUENA, J., *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad, Análisis del artículo 577 C.P.*, Valencia 2009, 68.

<sup>931</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., 200.

<sup>932</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Op. Cit.*, 164. En la apología no hay víctimas concretas y como mucho, podemos hablar de una generalidad de personas, de imposible determinación, que sienten perplejidad e indignación<sup>932</sup>. Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», cit., 576; «no hay víctimas» Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Op. Cit.*, 173; CARBONELL MATEU, J. C., «Terrorismo: Algunas reflexiones sobre...», cit., 51-52.

### 7.3.2. Conducta típica

Frente a conductas de tipo apologético no está claro cuál es el contenido típico sancionable; además, de desconocer el respectivo límite del derecho fundamental de la libertad de expresión, se echa en falta algún parámetro objetivo que cierre en términos rígidos la citada conducta típica.

Para la comisión de este delito se precisa que el autor realice un discurso en defensa o alabanza de hechos delictivos concretos o de sus responsables, como una alternativa al orden penal del Estado e incluso superior al ordenamiento jurídico democrático, por lo que no sería delictivo, cuando el autor se refiere a una ideología en general, aunque pueda ser la misma que tienen los integrantes de una asociación terrorista, es decir, este delito no prohíbe manifestar una ideología o exponer en cierto grado de incidencia con un programa apolítico o ideológico, para que la exteriorización de una idea sea delito de apología, el sujeto debe realizar manifestaciones de alabanza, en defensa o aprobación de acciones terroristas, típicas, antijurídicas y punibles, o de sus autores. Así planteado, parecería que son fácilmente delimitables las conductas que caen dentro del esquema típico de la apología del terrorismo.

Ahora bien, mediante la **STS 585/2007, de 20 de Junio de 2007**, se estableció que en los casos de apología del terrorismo la labor judicial, como actividad individualizada, debe realizar un riguroso análisis, *caso por caso*, debiendo examinar: *las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes*, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio favor *libertatis* debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática. Y es que la determinación de que una conducta sea o no constitutiva de apología del terrorismo, está dividida por una línea muy difusa, de modo que fácilmente se puede considerar una conducta como constitutiva de enaltecimiento del terrorismo y a la vez que no.



En primer término, para que se produzca el delito de la apología del terrorismo del art. 578 CP se necesita de una *conducta activa* por parte del sujeto activo<sup>933</sup>; porque dicho precepto contiene una norma prohibitiva, por ende, sólo puede cometerse mediante un comportamiento –una acción– que contravenga la prohibición impuesta por la norma<sup>934</sup>.

En ese sentido, quien no hace nada no puede violar la prohibición contenida en la norma, aunque con su pasividad exteriorice su acuerdo con lo hecho por otro, con la acción de otro contraria a una norma prohibitiva<sup>935</sup>. Para que un no hacer, una omisión, pueda constituir delito es precisa una norma preceptiva o de mandato. O sea, aquella que ordena una acción determinada prohibiendo la inactividad; prohibiendo no hacer lo ordenado<sup>936</sup>. Y es que los delitos de omisión tienen que estar expresamente tipificados por el legislador, que son los denominados delitos de *omisión propia*<sup>937</sup>.

Ahora bien, partiendo que el enaltecimiento del terrorismo es un delito de mera actividad (Vid., *supra.*)<sup>938</sup>, no cabe su ejecución mediante la llamada *omisión impropia* –comisión por omisión–, pues ésta sólo puede darse en los

---

<sup>933</sup> No constituye una conducta apologética: *el negarse a reprobar o condenar los atentados terroristas*, pues la apología sólo admite una versión comisiva, como la **STS de 4 de julio de 2001** señala, «la norma que prohíbe la apología del delito, no impone la obligación de censurar delitos cometidos por personas con las que se pueden compartir los objetivos finales de naturaleza ideológica».

<sup>934</sup> «Dicho de otro modo, cometerá el delito quien viole con su comportamiento activo lo que el legislador prohíbe», AAN de 9 de julio de 2008, FJ 2.

<sup>935</sup> Se llaman **delitos de acción** aquéllos en que la ley *prohíbe* la realización de una conducta que se estima *nociva*. Son **delitos de omisión** aquéllos en que *se ordena* actuar en determinado sentido que se reputa *beneficioso* y se castiga el no hacerlo. Pero en ambos casos concurre una conducta positiva: en el delito de omisión la que se realiza en lugar de la ordenada. Como se ve, la diferencia entre delitos de acción y de omisión no reside, pues, en el plano del comportamiento –siempre positivo–, sino en el normativo de la clase y contenido de la norma jurídica infringida: si es prohibitiva de una conducta nociva origina un delito de acción y si es preceptiva de una conducta beneficiosa uno de omisión. Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 224.

<sup>936</sup> AAN de 9 de julio de 2008, FJ 2.

<sup>937</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., 328.

<sup>938</sup> Como se desarrollará más adelante en el acápite del *iter criminis*. Vid. *infra*.

llamados delitos de resultado. Estos delitos no están expresamente tipificados por el legislador y además requieren la no evitación de un resultado<sup>939</sup>.

En la llamada *comisión por omisión*, la conducta omisiva equivale a la activa de modo que sólo cuando se produce un no hacer que esté en relación de causa-efecto con el resultado se podrá examinar si la omisión por parte del sujeto de la realización de una determinada acción a la que venía obligado expresamente por la norma -conducta debida por venir impuesta por una norma imperativa o de mandato- hubiera evitado que el resultado se produjera.

A estas razones doctrinales se une la cláusula general de equivalencia entre causar el resultado mediante un comportamiento activo y no evitar ese mismo resultado cuando existe la obligación legal de actuar<sup>940</sup>. Y es que el Código Penal incorporó con el art. 11 una verdadera novedad, que vino a satisfacer las exigencias mínimas del principio de legalidad. Este precepto establece de modo general las condiciones bajo las cuales ciertos y determinados delitos de acción pueden dar también lugar a la construcción de un delito de omisión<sup>941</sup>. El artículo 11 del Código Penal la recoge en los siguientes términos:

«Art. 11.- Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

---

<sup>939</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., 328. «Es más, en los *delitos de omisión impropia* o susceptibles de cometerse mediante *comisión por omisión* el sujeto activo tiene el deber jurídico de evitar el resultado (posición de garante), de modo que sólo puede ser autor quien infringe ese especial deber de actuar que le impone la norma», AAN de 9 de julio de 2008, FJ 2.

<sup>940</sup> AAN de 9 de julio de 2008, FJ 2.

<sup>941</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., 329.

Éste artículo limita pues la comisión por omisión a los delitos de resultado material y de peligro concreto, excluyéndose los de mera actividad como el de la apología del terrorismo.

Expresadas las anteriores consideraciones conviene hacer referencia a la controversia surgida con relación a la decisión de mantener el nombre de un miembro de organización terrorista en una calle o una plaza o la asignación a terroristas de placas en las vías públicas, como conductas constitutivas de apología del terrorismo. Así se tiene que mientras algunas resoluciones admiten dicha posibilidad otras las niegan. A continuación, algunos hechos:

1. Ante el Juzgado Central de Instrucción nº 1 se presentó el 25 de enero de 2008 querrela contra el alcalde de Arrigoriaga al existir en el citado municipio una plaza, con el nombre de Argala denominación correspondiente al militante de la organización terrorista ETA, condenado tanto por la Audiencia Nacional como por el TS; la indicada querrela reconoce que el querrellado aún no habiendo participado en el acuerdo de poner dicho nombre a la plaza del Ayuntamiento, – anterior al año 2000 – si recalca haber solicitado hasta por tres veces el cese y retirada de la placa de la plaza del Ayuntamiento sin haber obtenido respuesta alguna; la citada querrela fue inadmitida a trámite mediante auto de 14 de marzo del año en curso al entender que el hecho de poner nombre a una calle o plaza es un acto administrativo que debe solventarse por la citada vía.
2. Querrela contra el alcalde de Lejona por no haber ordenado la inmediata retirada de todos los símbolos, nombres de calles, plazas, parques y cualesquiera otras referencias públicas que existieran en su municipio a los miembros de ETA. «Txabi y Joseba Etxebarrieta» y Eustasio Mendizábal(a) «Txikia» así como a otros integrantes de la organización terrorista ETA. Dicha querrela tras ser inadmitida a trámite, fue recurrida en apelación y resuelta por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
3. Querrela contra el alcalde de Amorebieta al existir en dicho municipio dos calles en recuerdo de los etarras «Txiki y Otaegi» y otra calle con el nombre de «Gudari Kalea» (calle del soldado vasco); fue igualmente inadmitida a trámite como consecuencia de no haber indicio alguno de

que el querellado o la corporación por él presidida hubiera acordado dar las citadas denominaciones a dos calles. Tras recurrirse en apelación el citado archivo fue confirmado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En el AAN de 9 de julio de 2008, se ha establecido que el tipo descrito en el art. 578 CP «*sólo puede cometerse mediante un comportamiento activo -un hacer, una acción-*», pero no por mera omisión. Así, concluye que poner a un espacio público el nombre de un terrorista constituye un delito de enaltecimiento pero mantener el nombre puesto por otra corporación municipal no integra por sí solo el tipo. De dicho Auto se desprende que:

«Para la generalidad de los ciudadanos poner a una calle, avenida, plaza, parque u otro espacio público el nombre de una persona implica un reconocimiento de la comunidad, a través de sus instituciones, a esa persona. Transmite el mensaje de que esa persona tiene cualidades humanas, profesionales o personales que han de ser recompensadas con el público reconocimiento o que ha realizado actos que le hacen merecedor al homenaje de la comunidad, porque ha hecho algo que es beneficioso para esta.

Si la persona cuyo nombre es dado a un espacio público (...) es un terrorista, el acuerdo por el que se toma tal decisión podría constituir un ensalzamiento público de la persona y/o de sus actos no amparado por el derecho fundamental a la libertad de expresión».

El delito del art. 578 CP sólo será aplicado a las conductas que se produzcan a partir de la entrada en vigor de la LO 7/2000, los que se den antes del 24 de diciembre de 2000; es decir, serán atípicas penalmente. En contraposición, serían ilícitas penalmente, las referidas conductas si tienen lugar después de la referida fecha en aplicación del principio de legalidad penal art. 25 CE y 1 CP. Además, el delito del art. 578 CP al ser un delito de mera actividad, se consume desde el momento en que se acuerda aprobar la colocación del nombre de un terrorista en una vía pública, y ello quiere decir,

como GONZÁLEZ PASTOR<sup>942</sup>, señala que:

\* 1) No es necesario la producción de resultado alguno, es decir, no hace falta que hiera o no, en concreto, que humille o no a cualquier víctima, pues basta que concurra el ánimo de hacerlo en el autor de la infracción.

\* 2) Con carácter general, la acción se consumó el día en que se aprobó por la Corporación municipal la colocación de la placa en cuestión; es decir, la permanencia en el tiempo de la placa no permite entenderlo como un delito permanente, porque lo que permanece es el efecto antijurídico, no una permanente y eterna consumación mientras la placa permanezca dando nombre a una vía pública.

\* 3) Si el delito se consumó cuando se colocó o aprobó la colocación de la placa y si es un delito de simple actividad, no puede ser sujeto activo del tipo penal quien, no habiendo acordado la colocación de la placa, haga permanecer en el tiempo su colocación omitiendo su retirada ante cualquier petición de un particular o entidad defensora de los intereses de las víctimas.

Dicha autora, considera que dirimir este tipo de conflictos no es una función que corresponda al Derecho penal, sino que es el Derecho administrativo el sector del ordenamiento jurídico que debería regular los parámetros a partir de los que una persona merece un reconocimiento social de tales características y las consecuencias en caso de no acatarse la normativa al respecto<sup>943</sup>.

---

<sup>942</sup> Cfr. GONZÁLEZ PASTOR, C. P., «Problemática surgida con relación a la asignación a terroristas de placas en las vías públicas ¿constituyen delito de enaltecimiento?», en *La Ley*, Sección Doctrina, número 7021, 26 de septiembre de 2008, 1-5. ([www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)).

<sup>943</sup> Cfr. GONZÁLEZ PASTOR, C. P., «Problemática surgida con relación a la asignación a terroristas de placas en las vías públicas ¿constituyen delito de enaltecimiento?», en *La Ley*, Sección Doctrina, número 7021, 26 de septiembre de 2008, 1-5. ([www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)); LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo...*, cit., 470.

## A. *Enaltecimiento o justificación*

### I. *Enaltecer o justificar*

Los verbos típicos de la conducta de la apología del terrorismo del art. 578 CP son enaltecer o justificar; con esto se amplía enormemente el ámbito sancionable, pues el elogio y la justificación no son términos equivalentes.

Enaltecer, en el sentido de ensalzar, engrandecer, exaltar, alabar o elogiar los delitos de terrorismo o de los sujetos que hayan participado en el mismo<sup>944</sup>. Para DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO<sup>945</sup> hay que entenderlo como todo acto que realce el mérito o circunstancias de algo o de alguien con demasiado encarecimiento, alabando sus cualidades.

El enaltecimiento supone algo más que la mera aprobación o asentimiento, presentar algo como admirable, digno de defensa y aceptación por todos. La apología tiende a representar los actos delictivos como laudables y meritorios, llevando así bajo el aspecto de un elogio público, la peligrosa provocación a fomentar actos contrarios al orden social. Tiende a enervar el reproche moral y social que provoca la comisión de hechos delictivos. Solidarizarse con el quehacer delictivo, es lo que la ley atribuye a la apología del delito.

No obstante lo anterior, parece curioso que para la jurisprudencia –según se ha establecido en la **STS 224/2010, de 3 de marzo de 2010**– no constituye apología del terrorismo las *expresiones de loa y solicitud de aplausos para dos presos de ETA por su actuación en el atentado de la T-4 de Barajas*, emitidas en el preámbulo de su intervención, como oradora, durante el acto público con motivo de la presentación de las candidaturas del partido político Acción Nacionalista Vasca. En este caso, se revocó la condena impuesta a la alcaldesa de Hernani por el delito de apología del terrorismo por considerar que lo que existía era una denuncia por las torturas presuntamente cometidas por la

---

<sup>944</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 166.

<sup>945</sup> Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Notas sobre la propuesta...», cit., 186.

policía y el envío de un calor y cercanía que les permitiera superar esa situación y que se concreta en la expresión ¡Os queremos!<sup>946</sup>. No obstante, también hay un *voto particular* que formula el Magistrado Julián Sánchez Melgar, quien considera que tal expresión de afecto público, una vez puesta de manifiesto su condición de presos *políticos*, y de su dispersión por las cárceles españolas y francesas (junto a la predicada tortura sistemática), integra el acusado delito de enaltecimiento del terrorismo, por referencia a los autores que ejecutan tales actos terroristas. Pues, en suma, lo que este delito pretende evitar es que tal enaltecimiento, loa o alabanza pública prenda la llama de la prosecución o la continuación con actos de la misma especie, de forma que la naturaleza de este delito es de carácter apologético.

Asimismo, tampoco debe considerarse punible *realizar una alabanza genérica de la actividad armada como forma de lucha política*, según el **AAP Guipúzcoa 61/2004, de 23 de marzo de 2004**, los lemas objeto de las pintadas «Jo ta iraultzak geroa eraiki borroka da bidea, jo ta ke...ta segi [sic] aurea, jo ta ke», firmadas por la organización Segi, «no integran un supuesto de los contemplados en el art. 578 CP, pues la afirmación que la lucha es el camino y la alusión a la revolución no se pueden reputar como exaltación de actividades de terrorismo, ni de apoyo o solidaridad con actos de grupos terroristas».

En la jurisprudencia<sup>947</sup>, respecto al verbo enaltecer de la apología del terrorismo, se ha establecido:

«Enaltecer», según el Diccionario de la Real Academia Española, es sinónimo de ensalzar que significa engrandecer, exaltar, alabar.

Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien. Alabar es elogiar, celebrar con palabras. Se coloca así al ensalzado, exaltado o alabado en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar.

---

<sup>946</sup> «...Antes de nada, este ánimo, abrazo y chaparrón de aplausos que nos habéis ofrecido, lo más calmoso posible, a Igor Portu, Martín Sarasola y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersados en las cárceles de Francia y España. ¡Os queremos!...».

<sup>947</sup> STS 38/2008, de 9 de julio de 2008, FJ 3.1; STS 679/2009, de 5 de junio de 2009, FJ 3.

El que enaltece –sujeto activo del delito– otorga a los delitos de terrorismo y a los que en ellos intervienen –autores y partícipes– la condición de modelo a seguir, otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente.

En cuanto a la casuística instaurada por los Tribunales de Justicia, respecto a las conductas que pueden o no constituir apología del terrorismo del art. 578 CP, se tienen:

*Exhibir durante un partido de fútbol y ondear una bandera con las siglas y los símbolos de la banda terrorista ETA y su sección juvenil Jarrai.* Por un lado, entiende el Tribunal que enarbolar una bandera constituye la expresión simbólica de la aceptación y exaltación de su significado ante un número de personas; en segundo lugar, ensalzar a la organización terrorista no es otra cosa que legitimar y justificar sus conductas delictivas, y, por último, se da el elemento de la expresión o difusión pública al realizarse en un espectáculo deportivo de primer nivel. **STS 539/2008, de 23 de septiembre de 2008.**

Relacionada a la anterior conducta se puede encontrar la **STSJ de País Vasco de 31 de marzo de 2004, portar el féretro de un terrorista si se conoce que el ataúd está cubierto por una bandera con el anagrama de la banda armada a la que pertenecía.**

Así también, como *nombrar hijo predilecto de una ciudad a un presunto integrante de ETA fallecido y hacer actos en su honor (poner bandera a media asta y crespón negro en señal de duelo)*, la Audiencia Provincial consideró que indiciariamente constituía delito de apología y, en consecuencia, cabía la inhibición en este procedimiento en favor de los Juzgados Centrales de Instrucción. **AAP de Guipuzkoa, de 26 de mayo de 2004.**

En la normativa anterior, se pueden encontrar ejemplos de conductas que se entendieron como constitutivas del delito de apología; así se tiene: la **STS de 9 de mayo de 1996**, en el que *la acción de realizar una pintada en la vía pública con la expresión “ETA jotake” (ETA, adelante)*, relacionado al Código Penal anterior, pese a no referirse a ningún delito concreto resultó calificada con



arreglo al mismo tipo delictivo como apología (art. 268 CP). En este caso el Tribunal entendió que:

«El delito del art. 268 CP requiere que la acción se refiera al comportamiento desviado de los autores de un delito otorgándole un valor jurídico superior a los del ordenamiento jurídico vigente. Es decir se requiere que el comportamiento delictivo sea propuesto como modelo de comportamiento aprobable. En particular, no se debe considerar apología del delito una simple expresión pública de coincidencia con un programa político o ideológico, toda vez que ello resultará siempre amparado por el art. 20 CE.

Sin embargo, en el presente caso es indudable que los acusados han manifestado una aprobación genérica de toda la actividad de una banda armada que, como es pública y notorio, se manifiesta ante la opinión pública mediante una persistente actividad delictiva que, por lo demás, afecta a bienes jurídicos de la más alta jerarquía del ordenamiento constitucional (vida, libertad, etc.). En tales supuestos, una aprobación general que se extiende sin distinciones a toda la actividad de la banda y que no se limita a sólo a compartir su ideología o sus ideales implica necesariamente también la aprobación y exaltación de sus delitos, dado que éstos ocupan un lugar preponderante de la actuación de aquélla».

Por otra parte, no cabría entender como apología el *reproducir o manifestar una comunión ideológica* (STS 1365/94, de 4 de julio de 1994). Aunque relacionado con el derogado art. 268 CP anterior, se tiene por ejemplo: que se conoció del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que absolvió a los procesados del delito de apología del terrorismo, por el que venían siendo acusados *a raíz de un comunicado con el que se pretendía rendir homenaje a tres militantes de ETA detenidos*, a quienes se agradece su «modélica entrega», su «heroísmo y entereza humanas y su dignidad ética», razones por las que se les estima merecedores, entre otras cosas, de la «más firme solidaridad» y de una «profunda admiración». El TS desestima el recurso argumentando que no se dan los elementos del tipo de apología por cuanto el comunicado<sup>948</sup> en cuestión no se refiere a ningún delito concreto, en cuyo fundamento jurídico único se manifestó:

---

<sup>948</sup> El comunicado decía así: El grupo de concejales de Herri Batasuna en el Ayto. de Donostia quiere tributar en estos momentos un emocionado homenaje de agradecimiento a los militantes de Euskadi Ta Askatasuna "P", "F" y "T" -éste último, ciudadano donostiarra como nosotros-,

«El delito de apología delictiva (art. 268 CP) se requiere que el autor apologice bien sea hechos delictivos determinados, bien a sus responsables, presentando de esta manera a los delitos realmente cometidos como una alternativa legítima al orden penal establecido por el Estado. Dicho de otra manera: la acción apologética presenta al comportamiento desviado del autor y a los daños por éste ocasionado como un valor superior a los del orden jurídico. Consecuentemente este delito no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con penas concretamente ejecutadas, sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por ciertos delincuentes. La razón de esta limitación del contenido del tipo penal –continúa diciendo– se debe llevar a cabo a través de la distinción entre la motivación ideológica y ejecución delictiva de la misma; la apología de la ideología, por lo tanto, no debe ser entendida necesariamente como una apología de la realización desviada de los fines postulados por la ideología. El delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al art. 20 CE, sino la aprobación de comportamientos delictivos. Por lo tanto, la aplicación del art. 268 CP requiere una cuidadosa verificación de los límites de ambas cuestiones, de forma tal que

---

así como al resto de los detenidos cuya identidad desconocemos, por su modélica entrega durante todos estos años a la causa de la liberación nacional, social y cultural de nuestro país Euskara Herria, y por su valiente lucha contra el imperialismo extranjero que secularmente nos oprime y sólo desea nuestra desaparición de la faz de la tierra como pueblo diferenciado. Asimismo, hacemos extensiva nuestra más firme solidaridad a todas y todos los militantes de esa misma organización hermana, cuyos objetivos políticos compartimos plenamente, que en estos momentos sufren cárceles, torturas, clandestinidad y todo tipo de privaciones, al mismo tiempo que les expresamos nuestra profunda admiración por su coherencia abertzale, su heroísmo y entereza humanas y su dignidad ética, infinitamente superior a la de los pseudo-demócratas españoles y vasco-españoles que hoy se regocijan por la detención de unos gudaris, creyendo que con ello llegará “la paz” ¿qué paz? –preguntamos– ¿la paz de la sumisión? ¿la paz basada en la negación de nuestra identidad colectiva?...

Una vez más tenemos que recordarles a quienes así piensan que ese no es el camino. Que jamás habrá paz ni en nuestro país ni en el conjunto de territorios sometidos al Estado español, si se les sigue negando a Euskal Herria su soberanía nacional, su derecho inalienable a decidir su destino por sí misma. Los enemigos de nuestro pueblo podrán prologar este enfrentamiento y obstinarse en su política imperialista, pero jamás conseguirán doblegar la resistencia inquebrantable de las decenas de miles de abertzales consecuentes que han existido, existen, y existirán siempre. Euskal herria es un pequeño país curtido en mil batallas y avatares; un pequeño país que ha sido derrotado muchas veces pero nunca definitivamente. Por tanto, la victoria de la supervivencia es ya nuestra, y la de la libertad total lo será tarde o temprano. Como decía el gran bertsolari Xenpelar “jaioko dira berriak, gu gara Euskara Herriak”.

Desde nuestra parcela de responsabilidad política, los concejales de Herri Batasuna de Donostia, ante este nuevo zarpazo del colaboracionismo imperialista franco-español, nos vemos precisados a revisar nuestra postura de abstención y no-boicot a la salida del Tour de France desde nuestra ciudad, y declaramos firmemente que en la medida de nuestras posibilidades de concientización y movilización activa, procuraremos que toda Europa se entere bien a las claras que Donostia no es una “ciudad del Norte de España”, sino una ciudad vasca sometida, sojuzgada y ocupada militarmente por el Estado español”.

al tipo penal del art. 268 CP pueda ser interpretado y aplicado conforme a la Constitución. Ello presupone, como es sabido, tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión despliega un efecto de irradiación de consecuencias ineludibles en la determinación de los alcances del tipo penal, es decir, de la prohibición establecida en el art. 268 CP».

*Justificar*, consiste en hacer justos o alabar la bondad de los mencionados delitos y de sus partícipes. En palabras de DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, justificar viene a ser como santificar o probar bondad de una persona o cosa, haciéndolas así justas<sup>949</sup>. Es algo más que la mera explicación o descargo debiéndose tratar, como propone CAMPO MORENO, de probar la justicia de un hecho<sup>950</sup>.

RUÍZ LANDÁBURU<sup>951</sup>, expresa que justificar supone mostrar argumentos que permitan considerar que, aunque la conducta en sí misma no es aceptable, en el caso concreto sí lo es. De modo, que cuando se justifica un hecho no sólo se explican las causas (objetivas) que la motivaron sino que también se realiza una valoración (subjetiva) de que las consecuencias acaecidas son justas o correctas; es decir, con «con la justificación se lleva a cabo un análisis normativo mediante prescripciones éticas, esto es, un juicio normativo-ético»<sup>952</sup>.

Según la RAE<sup>953</sup>, justificar es probar una cosa con razones convincentes, testigos y documentos, rectificar o hacer justa una cosa. En iguales términos se

---

<sup>949</sup> Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Notas sobre la propuesta...», cit., 186.

<sup>950</sup> Vid. CAMPO MORENO, J. C., «El enaltecimiento o justificación de los delitos de terroristas o de sus autores», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2001, 1752. (1751-1755); LAMARCA PÉREZ, C., «Apología: un residuo...», cit., 44. El Auto de 9 de diciembre de 2005, dictado por la Sección 3ª Penal de la Audiencia Nacional, califica como justificación de las conductas terroristas las expresiones «explota cerdo», «que exploten» o «al explotar la sucia rata morirá» referidas a las Fuerzas de Seguridad que se contienen en las canciones de un grupo musical. Las cuales se tratan, más bien, de términos en todo caso ofensivos, que no pueden ser considerados como una justificación o enaltecimiento de la actividad terrorista sin suponer una interpretación extensiva, y por tanto prohibida, de la norma.

<sup>951</sup> Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación y apología...*, cit., 76-77.

<sup>952</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid 2010, 410.

<sup>953</sup> CANCIO MELIÁ, destaca que no sólo puede constatarse un *entendimiento de los términos típicos* que sólo se topa con lo «estructuralmente razonable», sino con el diccionario. Cfr. CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid 2010, 275.

pronuncia el Tribunal Supremo, mediante sentencia 38/2008, de 9 de julio de 2008, FJ 3.1, entre otras<sup>954</sup>:

«Justificar» es, según el diccionario, probar una cosa con razones convincentes o con testigos o documentos y también hacer justo algo.

En el tipo penal del que tratamos equivale a argumentar a favor del terrorista, disculpar sus acciones y aproximarlas o incluirlas en los actos permitidos por el ordenamiento jurídico, pese a vulnerarlo de modo directo. En palabras del Tribunal Supremo [justificar] es hacer aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal –STS, 2ª, 149/2007, de 26 de febrero–.

La introducción de la «la justificación» ha sido calificada en el Dictamen del Consejo de Estado de *solución meramente léxica*, introducida para salvar que la igualdad entre las acciones previstas en este art. 578 y el art. 18 tuviere como consecuencia que se requiriese la incitación directa a la comisión de un delito en la aplicación del art. 578, en todo caso, formarían parte de este tipo todas aquellas opiniones y expresiones que compartan, participen o acompañen la realización de cualquier delito de terrorismo, por lo que para que la conducta sea delictiva, es necesario que se alabe o justifique un delito ya realizado, aunque literalmente requería una exégesis por parte de los sujetos activos, encaminada a corroborar que los actos violentos realizados son justos, encontrándose en el límite de lo típico, las conductas de apoyo a la estrategia terrorista, de adhesión, de exposición de que la táctica o la política terrorista es acertada, de satisfacción por los delitos cometidos o argumentos o razones que llevaron a cometerlos pero sin alabanza o justificación<sup>955</sup>.

Por su parte, RAMOS VÁZQUEZ expresa su desacuerdo –al considerarla inaceptable– la introducción del término «justificación» ya que plantea mayores

---

<sup>954</sup> «Justificar es hacer aparecer como acciones lícitas o legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal». SSTS de 21 de diciembre de 2004 y de 23 de septiembre de 2008.

<sup>955</sup> Esta idea se corrobora con la sentencia estudiada del TS 2/1997, de 29 de noviembre, que no considera típica la conducta de expresar una creencia que se ajuste a los terroristas: «este delito no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con penas concretamente ejecutadas sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por los delincuentes». Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 166.

dificultades; pues dicha conducta «no comporta *per se* alabanza alguna a la conducta justificada, sino la aportación de argumentos para defender la realización de la misma»<sup>956</sup>.

En la jurisprudencia podemos encontrar un ejemplo de este tipo de conducta en la **SAN 49/2008, de 29 de julio de 2008**, en la que constituye una conducta apologética de terrorismo *portar dos monigotes o figuras con las fotografías de dos terroristas [presos], ante los ciudadanos*, en ocasión de la celebración de las Fiestas Patronales del municipio y su designación como representantes, con el fin de otorgarles un puesto de relevancia y un homenaje reivindicativo de su presencia. Estos hechos no fueron acompañados de discursos o proclamaciones para ETA, ni tampoco de la información sobre la identidad de las personas o sobre sus antecedentes. La Audiencia Nacional estimó: «*esta actividad en honor de los penados genera un favorecimiento de su conducta pretendiendo denostar la situación de cumplimiento de condenas en prisión que actualmente tienen, justificando por tanto públicamente las conductas delictivas de estos y denigrando su condena, motivando de victimismo hacia los terroristas, que sirve de germen para la adhesión a su causa y a la posibilidad de tener que necesitar la utilización de medios violentos contra el Estado de Derecho*»..

El TC, mediante **STS 676/2008, de 5 de junio de 2009**, confirma la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Nacional, manifestando que se trata, por tanto, de un claro comportamiento de enaltecimiento de unos terroristas, por el hecho de serlo, de lo que les ha conducido a su situación de penados, y, por consiguiente, de las graves actividades delictivas que, en su día, llevaron a cabo.

Enaltecer y justificar son dos conductas diferentes. Justificar es un concepto mucho más amplio que elogiar; aunque «toda alabanza implica una justificación, no toda justificación implica una alabanza»<sup>957</sup>. Se puede justificar una conducta bien porque se considera buena, digna de elogio e imitable, o por

---

<sup>956</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Terrorismo e intervención penal...», cit., 89-117.

<sup>957</sup> Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación y apología...*, cit., 77.

otros motivos que no necesariamente implican un desprecio al bien jurídico protegido.

El tipo penal de la apología del terrorismo regulado en el art. 578 CP se configura como un tipo *abierto*<sup>958</sup>, porque dentro del mismo son innumerables las posibles conductas típicas, su redacción hace dudar de su naturaleza jurídica; para dilucidar dicha problemática, dogmáticamente BERNAL DEL CASTILLO<sup>959</sup> ha propuesto tres posibles interpretaciones, a saber:

- 1) Aunque explícitamente no se exija el criterio de la incitación a cometer nuevos delitos, se entiende presente implícitamente, con lo cual el art. 578 debería de cumplir todas las condiciones expuestas en el art. 18 CP.
- 2) Cabe pensar que el artículo 578 no define una verdadera figura de apología, en el sentido de acto preparatorio del delito, con lo cual el legislador habría creado un concepto de apología distinto del ya existente. Constituiría un tipo especial, en el cual, aunque su conducta se refiera al enaltecimiento de otros delitos, tendría una autonomía y un contenido de injusto propio.
- 3) La apología delictiva como una forma de «provocación indirecta» o una provocación «circunstancial».

A continuación se procederá a describir y desarrollar cada una de las interpretaciones:

**1) Entender que el art. 578 debe cumplir con las condiciones expuestas en el art. 18, es decir, que aunque no lo exija expresamente, deducir que implícitamente se exige el criterio de la «incitación directa» a cometer nuevo delitos.**

---

<sup>958</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 172.

<sup>959</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1627 y ss. También comentadas por: CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 172 y ss.; CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 97 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», cit., 577 y ss.

Como ya se estudió<sup>960</sup>, el artículo 18.1 párrafo 2 del Código Penal regula la tradicional figura de *la apología*, esto es, «la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor»; sin embargo, el legislador la ha configurado como una modalidad de provocación exigiendo que para ser punible tiene que constituir una «incitación directa» a la comisión de un delito. En ese sentido, CUERDA ARNAU<sup>961</sup> señala que la apología como forma de provocación del art. 18.1 párr. 2 CP se encuentra limitada al exigir los siguientes requisitos:

- a) Debe constituir una incitación inequívoca e inmediata a la comisión de un delito concreto sobre cuya penalidad se articulará la imponible al apologeta;
- b) Debe ser idónea para hacer surgir la resolución delictiva;
- c) Debe revestir carácter público y proyectarse sobre una generalidad de personas;
- d) El dolo del autor deberá abarcar en todo caso el carácter incitador de su conducta.

Ahora bien, desde el punto de vista dogmático<sup>962</sup>, si se interpreta que la apología del terrorismo sólo podría castigarse como una forma de provocación directa a la comisión de alguno de los delitos tipificados en los artículos 571 a 577; no podría plantearse entonces ningún conflicto a la tipificación de tales conductas (art. 578), puesto que la dependencia de la apología respecto de las condiciones impuestas para su punición conforme al art. 18 «permite apreciar el mínimo de peligrosidad exigible para poder tipificar una conducta».

Así, lo reconoció el Tribunal Supremo, mediante la Sentencia 2/1997, de 29 de noviembre de 1997<sup>963</sup>, en la que manifestó que la apología no pretende

---

<sup>960</sup> Vid. *supra*. Capítulo VI, 6.2.

<sup>961</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 97 y ss.

<sup>962</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., Op. Cit., 1632; Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Op. Cit., 577-578.

<sup>963</sup> STS 2/1997, de 29 de noviembre de 1997, FJ 30, dicha sentencia condenaba a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna como autores de un delito de colaboración con banda armada a la pena de siete años de prisión mayor, multa y accesorias por la cesión de los espacios electorales gratuitos a miembros de ETA para presentar la llamada «Alternativa

prohibir manifestaciones ideológicas, pues sería contrario al art. 20 CE, y que: «la apología prevista en el art. 18 exige que la manifestación apologética “no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y sus autores, sino que, además, ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda determinar a otros a la perpetración del delito”» (subrayado suplido).

Si se parte de la idea, que la innovación de esta disposición (art. 578) estaba encaminada para el castigo de conductas apologistas en la medida en que incitan a la comisión de un delito de terrorismo; tal novedad devenía en innecesaria, en la medida que el contenido de tal injusto se encontraba ya presente en el Código Penal.

Así, la apología del artículo 18 que constituye una forma de provocación, queda sujeta a los distintos supuestos apologistas en la Parte Especial del Código Penal; por lo tanto, quedarían cubiertos con los preceptos correspondientes, la punición de los actos preparatorios de esos delitos concretos (art. 579). Para el caso que nos ocupa, en los delitos de terrorismo bastaría con aplicar el art. 579 que castiga la provocación para cometer alguno de los delitos de terrorismo para entender ahí comprendidos los casos concretos de apología regulados en el art. 578, siempre, eso sí, que se interprete la apología en sentido estricto, como acto preparatorio.

En similares términos, MANJÓN-CABEZA OLMEDA indica que el legislador no ha plasmado, ni explícitamente ni implícitamente, el requisito de la *incitación directa*; porque de hacerlo devendría en inútil, por redundante<sup>964</sup>, porque «ya

---

Democrática». Se tuvo que analizar si constituía apología la emisión de dos comunicados difundidos por la extinta HB a través de su oficina de prensa en los que se presentaban los asesinatos de Múgica y Tomás Valiente bien como «una respuesta más a la implicación y responsabilidad de determinadas personas en la trama negra del estado español en Euskal Herria», bien como una «consecuencia directa de la intransigencia y cerrazón del gobierno».

<sup>964</sup> En otras palabras «Interpretar que el enaltecimiento o la justificación del art. 578 exige la incitación a cometer delitos de terrorismo plantea la cuestión de cuál sería entonces el ámbito de aplicación de la apología como forma de provocación del art. 579». Cfr. LAMARCA PÉREZ, C., «Apología: un residuo...», cit., 45.



está el art. 18, que contempla la punición de apología provocadora y, también está la punición expresa de su contenido en relación a los delitos de terrorismo en el art. 579. En definitiva, si lo que el legislador quería era castigar la apología provocadora del terrorismo, con los requisitos del art. 18, entonces, no tenía que hacer nada»<sup>965</sup>.

Planteado así el asunto, BERNAL DEL CASTILLO es de la opinión que, desde el punto de vista político-criminal, se dudaría de la *eficacia* del art. 578 CP, pues si se exigiera que las conductas de enaltecimiento constituyan un acto provocador, «la aplicación práctica de este delito sería muy escasa<sup>966</sup>, puesto que en la realidad social actual *no se puede afirmar con un mínimo de seguridad que la mayoría de las conductas de enaltecimiento o de justificación de actos de terrorismo constituyan una incitación a la comisión de delitos concretos*»<sup>967</sup>. En ese sentido, la regulación de la apología del terrorismo parece ser más una amenaza comunicativa para conductas que atentan contra la esencia de la vida social, que eficaz en su real aplicación por los tribunales.

Por otra parte, debe destacarse que la Exposición de Motivos de la LO 7/2000, al referirse al contenido del art. 578, ha dicho expresamente «las acciones que aquí se penalizan (lo son) con independencia de lo dispuesto en el art. 18». Por lo que, claramente el legislador quería tipificar una conducta al margen del requisito de la «incitación directa» a la comisión de nuevos delitos.

---

<sup>965</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Op. Cit., 577-578. «Las formas de enaltecimiento y justificación castigadas en el art. 578 no pueden verse, pues, como actos preparatorios constitutivos de provocación en el sentido del art. 18 CP, ni, por tanto, como especies de la apología que el párrafo segundo de este artículo considera punible sólo como forma de provocación». Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 346.

<sup>966</sup> Si su aplicación resultaría escasa, conlleva inevitablemente a plantearnos si en realidad merece la pena conservar esta figura de la apología incitadora y ello no sólo con respecto al art. 578 sino incluso a su previsión general del art. 18 que, resulta también de difícil justificación en cuanto que permite sancionar la apología en todos aquellos casos en que está prevista la punibilidad de la provocación. Cfr. LAMARCA PÉREZ, C., «Apología: un residuo...», cit., 45.

<sup>967</sup> A causa de la inaplicación práctica de este precepto, quedaría frustrado el propósito de la reforma y se confirmaría la teoría de todos aquellos autores para los cuales la regulación de la apología en el Código Penal de 1995 la convertía en *un hecho superfluo e inaplicable*. Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., Op. Cit., 1627-1628.

Se trataría entonces de actos que constituyen en todo caso un apoyo genérico a una ideología violenta, pero por mucho que ofendan o agredan susceptibilidades sociales, esas conductas no llegan al mínimo de peligrosidad exigida para la intervención penal, por no tratarse de actos incitadores, directos o indirectos, a delitos particulares. Frente a esto, a criterio de BERNAL DEL CASTILLO, la solución más correcta sería combatir las en otro ámbito, «**debiendo considerarse atípicas**»<sup>968</sup>.

En consecuencia, según esta interpretación, aunque adecuada desde un punto de vista dogmático, sin duda es errónea frente a su tenor literal y a la voluntad del legislador; siendo además discutible en cuanto a su necesidad y su eficacia política-criminal, teniendo más un sentido simbólico, que trata de tranquilizar o apaciguar a la opinión pública.

## **2) Concebir el art. 578 como una figura especial o novedosa de apología.**

Partiendo de la Exposición de Motivos de la LO 7/2000, se advierte que la descripción típica que el legislador ha querido regular en el art. 578 CP, no coincide con el marco de la apología delictiva del artículo 18 CP.

COBO DEL ROSAL Y QUINTANAR DÍEZ<sup>969</sup>, consideran que con el art. 578, se trata de volver a un concepto de apología menos rígido que el propuesto por el artículo 18. Por su parte, CUERDA ARNAU<sup>970</sup> hace una distinción entre dos clases de apología: a) la apología como forma de provocación (art. 18.1 párr. 2 CP); y, b) otros comportamientos apologéticos, de los que ni directa, ni indirectamente se exige que supongan una provocación a delinquir. En todo caso, cuando hablamos del art. 578 CP es porque nos estamos refiriendo a una «novedosa» forma de apología.

---

<sup>968</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., Op. Cit., 1627.

<sup>969</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra el orden público...» cit., 1152.

<sup>970</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 97 y ss.

Así, algunos autores hablan de una modalidad autónoma<sup>971</sup> de apología. En tales términos, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ<sup>972</sup> señala que el art. 578 participa de la naturaleza del art. 18 CP, pero es una *modalidad autónoma* del mismo. Por tanto, no hay que valorar los hechos desde la óptica de actos de provocación directamente encaminados a la comisión de un determinado delito, sino que es un *tipo penal específico*, consistente en ensalzar, encumbrar o mostrar como digna de honra la conducta de una determinada actuación delictiva, en este caso los de terrorismo. SÁNCHEZ-OSTIZ<sup>973</sup> apunta a que la importancia del art. 578 reside precisamente en su desconexión del componente incitador, quedando únicamente «el acto comunicativo de enaltecimiento del terrorismo».

MUÑOZ CUESTA<sup>974</sup> entiende el art. 578 como modalidad autónoma [del art. 18 CP] por dos razones:

1) porque el contenido del art. 578 es más amplio que el contenido en la parte general (art. 18), ya que abarca *una conducta de ensalzamiento* o enaltecimiento del crimen o a sus autores y *otra de justificación* de ambos, a diferencia de lo previsto en el art. 18. 1 párrafo 2 CP, que no prevé la justificación de los delitos. Esto evidentemente se ve reforzado por lo que ha establecido la jurisprudencia, por ejemplo: STS 539/2008, de 23 de septiembre de 2008, que respecto al art. 578, cita: «Aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del artículo 18.1 CP».

---

<sup>971</sup> Vid. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., «Enaltecimiento del Terrorismo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 10 febrero 2010, 42; Vid. MUÑOZ CUESTA, F. J., «Amenazas no condicionales a grupos de personas y enaltecimiento del terrorismo», en *Repertorio de Jurisprudencia*, número 4/2007.

<sup>972</sup> Para este autor, uno de los grandes problemas del art. 578 CP, es la de su proporcionalidad, evitando la lesión innecesaria de derechos individuales con los que puede colisionar. Vid. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., «Enaltecimiento del Terrorismo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 10 febrero 2010, 42.

<sup>973</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo», en *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 910, 912, 913. (893-916)

<sup>974</sup> Vid. MUÑOZ CUESTA, F. J., «Amenazas no condicionales a grupos de personas y enaltecimiento del terrorismo», en *Repertorio de Jurisprudencia*, número 4/2007.

2) porque la previsión del art. 579.1 contempla la provocación, en consecuencia, la apología de los delitos de terrorismo de los comprendidos en los arts. 571 a 578 CP. Por tanto, recoge la apología del art. 578, es decir, *la apología de la apología*<sup>975</sup>, siendo –en su opinión– factible que acontezca en la práctica cuando se ensalzan a las personas que han realizado los hechos previstos en el art. 578 CP, interpretación que puede ser doctrinalmente muy discutida, pero que el tenor del art. 579.1 citado no deja margen para otra apreciación.

Ahora bien, como indica MANJÓN-CABEZA OLMEDA, el art. 578 «no constituye una inocua reiteración [del art. 18], sino un injusto distinto del que se deriva de la combinación del art. 18 con el art. 579»<sup>976</sup>.

Según esta segunda interpretación, supone admitir una apología del terrorismo que no es acto preparatorio, que no requiere incitación directa y que no se castigaría por su peligrosidad futura [respecto a la incitación directa a ulteriores delitos], sino que constituiría una conducta lesiva *per se*<sup>977</sup>; por tanto, el problema se trasladaría como establece BERNAL DEL CASTILLO<sup>978</sup> a la «determinación de un contenido de injusto objetivo». Para este autor, el contenido del injusto sería «una forma de apoyo genérico a la actividad terrorista (...) una conducta de colaboración y apoyo a una organización terrorista, que cae fuera del ámbito de las conductas descritas en el art. 576, pero que, por su forma de comisión,

---

<sup>975</sup> Este aspecto será abordado *infra.*; aquí sólo se quiere destacar que es una de las razones por las cuales MUÑOZ CUESTA considera que la apología del art. 578 CP es una modalidad autónoma del art. 18 CP.

<sup>976</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Op. Cit., 577-578.

<sup>977</sup> La conclusión es que el art. 578 tipifica un *comportamiento apologético*, que no requiere incitación directa, ni indirecta, que no es acto preparatorio, que no es provocación, que no se castiga por el peligro, si quiera abstracto, para un bien jurídico de referencia de los delitos de terrorismo, que tiene *naturaleza de delito autónomo* (o sea, que no se castiga por el reclamo del art. 579, en combinación del art. 18) y, que tiene una *pena propia* (y no de referencia). Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Op. Cit., 580. «La ley no exige, en absoluto, la concurrencia de ningún requisito adicional a la expresión pública de una opinión por la que se manifieste que la comisión de un delito terrorista o de su autor es un comportamiento susceptible de elogio. En ningún caso es preciso que esa expresión incite directa o indirectamente a la comisión de un delito [de los de terrorismo]». Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación y apología...*, cit., 76.

<sup>978</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., Op. Cit., 1629.

*suponen igualmente un apoyo insidioso, pero también potencialmente peligroso, a las actividades terroristas, capaz como dice el texto de justificación de la reforma, de generar el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas»<sup>979</sup>.*

Como se evidencia el art. 578 vendría a castigar el «apoyo a, o la solidaridad moral, o ideológica con, las acciones terroristas»<sup>980</sup>; por tanto, se estaría criminalizando aquel pensamiento que exalta o justifica la violencia como medio de lucha política, lo que viene a situarse peligrosamente cerca del ámbito perteneciente al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tanto en su manifestación de libertad individual básica, como en su configuración de elemento conformador de nuestro sistema político democrático.

Por tales razones, esta segunda interpretación es rechazada por la doctrina<sup>981</sup>, pues el débil contenido de injusto material que comporta la apología del terrorismo así entendida, implica un adelantamiento excesivo de la intervención penal; además, del riesgo de limitar excesivamente el ejercicio de la libertad de expresión. Y es que los derechos regulados en el art. 20 de la Constitución tienen un carácter expansivo y la limitación de su ejercicio, máxime por vía de la interpretación penal deberá ser interpretada restrictivamente.

Al margen de las disquisiciones respecto a lo reprochable de tales conductas, hay que señalar que la redacción del art. 578 es tan genérica, que entran en el campo de la limitación de la opinión política<sup>982</sup>; por lo que, para

---

<sup>979</sup> Ídem.

<sup>980</sup> Ya la STC 199/1987, de 16 de diciembre, señalaba que «la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos».

<sup>981</sup> «La valoración de esta segunda posibilidad interpretativa es negativa». Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., Op. Cit., 1629; «Esta segunda interpretación no es dogmáticamente admisible, pero sin embargo es la que el legislador ha consagrado en el art. 578». MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Op. Cit., 578.

<sup>982</sup> STC 136/1999, de 20 de julio de 1999: «El hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no están materialmente expresando ideas, comunicando información y participando

este tipo de conductas el Derecho penal no constituye la solución apropiada. Estaría de nuevo en juego el principio de proporcionalidad que debe presidir la intervención penal.

Finalmente, debo señalar que a nivel jurisprudencial se entiende que la apología del terrorismo regulada en el art. 578, tiene substantividad propia, distinta de la del art. 18 y la del art. 579 CP; caracterizada por su carácter genérico, por el adelantamiento de su barrera punitiva y con una respuesta punitiva autónoma. Esto se deduce de la STS 224/2010, de 3 de marzo de 2010, FJ 3, que cita:

Por referencia al delito de apología del art. 18, parece opinión más autorizada la que considera que la figura del art. 578 tiene una substantividad propia, distinta y diferente de la apología *strictu sensu* del art. 18 Cpenal.

La apología del art. 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del art. 579 Cpenal que se refiere a la provocación, conspiración y proposición.

Por el contrario, *el enaltecimiento/justificación del art. 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron.*

En apoyo de esta teoría de la sustantividad de esta específica apología "*in genere*", operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente -prisión de uno o dos años-, frente a las apologías "*clásicas*" de los arts. 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita -pena inferior en uno o dos grados-.

---

en los asuntos públicos. Precisamente por ello, una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada».

3) *Admitir que el art. 578 comprende una apología delictiva como una «incitación indirecta»<sup>983</sup> o una provocación «circunstancial»<sup>984</sup>.*

Hay que partir mencionando que la apología del terrorismo del art. 578, tiene un precedente existente en el Código Penal, es decir, la apología del genocidio del art. 607.2<sup>985</sup>, que prescinde del requisito de la «incitación a cometer delito»<sup>986</sup>, redactado en términos tan genéricos como la del terrorismo. Por tanto, si se admite una interpretación de la apología tan genérica, no se entendería por qué no se permitiría la punición de la apología del terrorismo, sin hacerla depender de la figura de la provocación en sentido estricto<sup>987</sup>.

BERNAL DEL CASTILLO propugna una concepción de apología del terrorismo que, manteniendo sus lazos con la figura de la provocación, introduzca una nueva concepción de la misma menos rigurosa. Castigando el enaltecimiento o justificación del terrorismo «cuando de dichas conductas se derive *un riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación o el favorecimiento de un clima de aceptación social del terrorismo*, sin que sea necesario que constituya una provocación directa a delitos concretos y persona determinadas»<sup>988</sup>.

---

<sup>983</sup> Como lo señala QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 1996, 126.

<sup>984</sup> Según el modelo previsto en el anteproyecto del Código Penal de 1994; véase en: SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997, 155.

<sup>985</sup> Este delito fue introducido en el anterior Código Penal por la LO 4/1995, de 11 de mayo, pero se exigía el requisito de la «incitación a cometer delito (art. 137 bis b) derogado».

<sup>986</sup> CUERDA ARNAU exponía que: «el art. 607.2 es inconstitucional porque tipifica conductas que forman parte del contenido esencial de la libertad de expresión, vicio que afecta al núcleo esencial del tipo y, por consiguiente, impide el recurso a la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (...) dicha inconstitucionalidad no puede ser eludida mediante la interpretación del precepto como apología, esto es, como forma de provocación, según el sentido que a ésta otorga el artículo 18.1.2 CP. Frente a ésta, el art. 607.2 representa una «apología» encubierta o innominada con la que se da carta de naturaleza en el Código a una determinada concepción doctrinal acerca de esta figura (...) que no se ajusta a los límites que la Constitución impone a la intervención penal». Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones Constitucionales», en *Poder Judicial*, número 56, Madrid 1999, 64-65.

<sup>987</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., *Op. Cit.*, 1629.

<sup>988</sup> Esta interpretación puede conducir, en palabras del propio BERNAL DEL CASTILLO, a que se castigue la provocación directa para cometer provocación indirecta del art. 579 en relación con el art. 578, pero entiende que «esto nunca va a suceder, pero el hecho de que exista teóricamente

Esto supondría una intervención penal en un nivel más alejado que el ámbito reservado a la libertad de expresión, castigando solamente las acciones que representen «un peligro potencial, real y de naturaleza abstracta, para el orden público y la paz social», es decir, interpretar este art. 578 como una forma de incitación o provocación indirecta<sup>989</sup>, recogiendo la idea de QUINTERO OLIVARES de que el art. 18 «amplía el concepto de provocación extendiéndolo a la provocación indirecta»<sup>990</sup>.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA no comparte, que Bernal del Castillo busque una tercera interpretación. No participa de dicha postura, no por razones doctrinales, sino porque no lo admite la norma vigente. Pues el art. 18 no amplía el ámbito de la provocación, admitiendo, vía apología, las incitaciones indirectas; sino que, limita el ámbito de la apología, diluyéndola en los requisitos de la provocación [en definitiva, la apología no es provocación, pero la tratamos «como sí» -ficción jurídica- lo fuese]<sup>991</sup>.

Esta tesis, de admitir que el art. 578 exige una *capacidad incitadora a delinquir, aunque sea indirecta*, aunque inspirada en el loable propósito de restringir el alcance del mismo; a criterio de CUERDA ARNAU, no se ajusta ni al texto de la ley, ni tampoco a la voluntad del legislador, en tanto desde la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 se le desvincula del art. 18 CP y la insistencia en que lo que se pretende castigar es el «refuerzo» o «apoyo» que este tipo de conductas representan; por mucho que se entienda que sólo esa interpretación podría salvar la constitucionalidad del precepto, para esta autora sobra decir que no es la vía que el ordenamiento prevé para que el aplicador alce su voz frente a la ley<sup>992</sup>.

---

tal posibilidad constituye un grave error del legislador». Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., Op. Cit., 1629.

<sup>989</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 172.

<sup>990</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi 2009, 593.

<sup>991</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Op. Cit., 580.

<sup>992</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 97 y ss.



RAMOS VÁZQUEZ<sup>993</sup> considera que si bien en la doctrina mayoritaria se viene exigiendo el elemento provocador, «*de lege lata* tal exigencia no constituye más que un *desideratum*, pues no existe ni el más mínimo indicio legal que sustente dicha interpretación». Y es que del delito no se especifica ningún requisito ulterior; lo cual, le hace dudar sobre la veracidad de la intención del legislador de no prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que pongan en cuestión el marco constitucional.

Para LAMARCA PÉREZ esta tercera interpretación supone un caso de interpretación extensiva a la que se opone el propio contenido del art. 18 del CP<sup>994</sup>.

No obstante, a criterio de BERNAL DEL CASTILLO, la interpretación propuesta sería la única que permitiría aceptar la innovación legislativa. En definitiva, la apología del terrorismo constituiría el enaltecimiento o justificación de alguno de los actos terroristas castigados en el Código Penal, pero se desvincularía del requisito de que se trate de una incitación directa (que es el que exige el art. 18); siendo punible la apología terrorista siempre que por su naturaleza o circunstancias suponga una provocación o apoyo real, apreciable para la realización de conductas similares, aunque no se vincula la provocación a uno o a varios delitos concretos específicos, sino al mantenimiento del estado de cosas genera, a la lucha armada, al apoyo, por ejemplo, de los defensores de una ideología y, *siempre que se pueda demostrar, claro está, que esa conducta genera una situación potencialmente peligrosa, la*

---

<sup>993</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Sobre la particular lógica...», cit., 386-388.

<sup>994</sup> Es decir, si se mantiene que el art. 18 obliga a sancionar la apología sólo como forma de provocación también debe sostenerse que, según este mismo precepto, la provocación ha de incitar directamente al delito y la apología, a la que se califica como forma de provocación, sólo puede ser delictiva, en coherencia con lo anterior, cuando constituya una incitación también directa a delinquir. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Apología: un residuo...», cit., 45.

*cual debe deducirse del contenido de los mensajes, de las circunstancias de las manifestaciones, de los medios de difusión, etc.*<sup>995</sup>

No obstante, el rechazo de una parte de la doctrina en interpretar que el art. 578 CP implica una «incitación indirecta» a la comisión de delitos de terrorismo, porque no ha sido esa la voluntad del legislador, conforme a la Exposición de Motivos de la LO 7/2000; para el caso que nos ocupa, cobra especial relevancia lo dictaminado en la STC 235/2007 en relación al delito del negación o justificación del genocidio del art. 607.2 CP; argumentos que podrían ser trasladables a este ámbito. A continuación se transcribe parte del fundamento jurídico 9, en atención a la importancia de tales razonamientos, los cuales citan:

«(...) a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, **permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión**; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) **conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio**. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas **merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo**, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.

Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de

---

<sup>995</sup> Este planteamiento llevaría a plantear una nueva reforma del art. 578, en el que se incorpore esa exigencia de que el *enaltecimiento o justificación constituyan una provocación* y correlativamente, del art. 18 en el cual podría suprimirse la exigencia de que la apología constituya una *incitación directa* a cometer un delito. Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., Op. Cit., 1629.

especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando **la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.** Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 607.1 CP como delito de genocidio (...), afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal».

De lo expresado en tal resolución, se podría deducir que –en efecto– en caso de someterse la cuestión de constitucionalidad al TC, respecto a la apología del terrorismo, éste puede superar el examen de constitucionalidad si se entiende como una forma de incitación indirecta a la comisión de delitos de terrorismo<sup>996</sup>.

Por otro lado, se puede ir advirtiendo una especie de traslación al delito de la apología del terrorismo, los argumentos dictados por el TC –respecto a la apología del genocidio–, entendiendo que el enaltecimiento requiere de una

---

<sup>996</sup> Auto del TC 4/2008, de 9 de enero de 2008: «7. *Tampoco la condena por el delito de enaltecimiento o justificación de delitos de terrorismo o de sus autores (art. 578 CP) supone una vulneración del derecho a la libertad de expresión, pues, como se afirma en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en relación con los delitos de genocidio, «la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad» -cosa que debe afirmarse ahora también de los delitos de terrorismo-* «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» (FJ 9)». (resaltado suplido)

interpretación conforme con la Constitución. Así, lo ha manifestado el Magistrado Sáez Valcárcel, en su voto particular a la sentencia 49/2008, que consta en la SAN 9/2007, de 29 de julio de 2008, que expone<sup>997</sup>: «Esa doctrina [refiriéndose a la instaura en la de la apología del terrorismo] significa que la criminalización y el castigo de la apología del terrorismo en su modalidad de enaltecimiento de los autores respetaría la libertad ideológica, según el canon constitucional, **sólo si la conducta tuviera la capacidad para incitar de manera indirecta a la perpetración de los delitos** al menos mediante el fomento o favorecimiento de un clima de odio en el que germinare la necesidad de emplear medios violentos para perseguir fines políticos» (resaltado suplido).

*II. Objeto del enaltecimiento o justificación: «conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 al 577 del Código Penal» y «cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos»*

En cuanto al objeto del enaltecimiento o la justificación, se tiene que la *conducta es alternativa o de doble modalidad*<sup>998</sup>, porque puede ser: «de los delitos comprendidos en los art. 571 a 577» o «de quienes hayan participado en

---

<sup>997</sup> Voto particular del Magistrado Sáez Valcárcel, a la sentencia 49/2008, que consta en la SAN 9/2007, de 29 de julio de 2008: «la reciente sentencia 235/2007 del Tribunal Constitucional (...) considera que la mera negación del delito ha de distinguirse de la adhesión valorativa al hecho criminal que lo promueve mediante la exteriorización de un juicio positivo y que la constitucionalidad del precepto requeriría de un elemento adicional no incluido en el tipo: la conducta habría de ser idónea para crear un clima o actitud de hostilidad hacia el colectivo de personas (étnico, religioso, nacional...) afectado por el genocidio. Es decir, que la acción conllevara una especie de incitación, al menos indirecta, a la comisión del delito de genocidio, promoviendo el odio al otro, al miembro de uno de los grupos sometidos a la violencia genocida de que se tratara. Por esa razón vino a declarar su inconstitucionalidad. Respecto al delito de justificación el TC ha realizado una interpretación conforme con la libertad ideológica: la emisión de juicios de valor ha de operar como incitación indirecta a la ejecución de delitos de genocidio o como provocación al odio, siempre habrá de representar un peligro cierto de fomento de un clima de violencia y hostilidad que pudiera concretarse en actos específicos de discriminación».

<sup>998</sup> «Ciertamente el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores». STS 224/2010, de 3 de marzo de 2010, FJ 3.

la ejecución»; por lo tanto, comprende las dos opciones, la apología del delito y la del culpable, siendo necesario –para este último caso– una interpretación amplia del precepto en el sentido de englobar a los autores y partícipes en la realización de un tipo penal, refiriéndose al enaltecimiento o justificación y no a los actos de descrédito o humillación.

Cabe mencionar que la configuración de este tipo (art. 578) en el que caben dos conductas delictivas: el enaltecimiento o la justificación y el descrédito, menosprecio o humillación de la víctima, ha sido criticada por la doctrina<sup>999</sup>, pues se tipifican dos conductas de distinta naturaleza jurídica, por lo que lo más conveniente hubiese sido darles un tratamiento normativo separado, al no ser modalidades de un mismo hecho delictivo. Ciertamente, nos encontramos ante mala técnica legislativa<sup>1000</sup> por falta de diferenciación típica de dos conductas distintas que crea confusión y problemas de interpretación.

*i. Conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 al 577 del Código Penal.*

Ciertamente, en un Estado de Derecho no cabe concebir que se sancione el elogio de conductas que el legislador previamente no haya considerado como intolerables, es decir, delictivas.

Del art. 578 CP se colige sin mayor dificultad que son punibles el enaltecimiento o justificación «de los delitos previstos en los artículos 571 a 577»,<sup>1001</sup>.

LAMARCA PÉREZ<sup>1002</sup> señala que la conducta de alabanza o justificación

---

<sup>999</sup> También en la jurisprudencia se ha hecho referencia a ese error por parte del legislador: STS 224/2010, de 3 de marzo de 2010, FJ 3.

<sup>1000</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 168

<sup>1001</sup> RAMOS VÁZQUEZ entiende que se refiere a los delitos en sí mismos considerados y no de acciones terroristas concretas, en cuyo caso, a su criterio, la expresión más adecuada habría sido, quizá, «el enaltecimiento o justificación (...) de la comisión de los delitos previstos en los arts. 571 a 577». Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Sobre la particular lógica...», cit., 380.

<sup>1002</sup> Cfr. LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010, 750; CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 165.

debe serlo de un delito ya realizado, como respecto de los tipos de la legislación anterior venía exigiendo la jurisprudencia, pues, en realidad, la apología se configura como una forma de *cooperación ex post facto*<sup>1003</sup>.

Sobre este punto, se advierte del voto particular del Magistrado Sáez Valcárcel, a la sentencia 49/2008, que consta en la SAN 9/2007, de 29 de julio de 2008, que: «una interpretación literal del tipo del art. 578 CP como forma de apología genérica al margen y por contraste con la apología provocadora del art. 18 CP, **la conducta estaría vinculada a hechos delictivos ya ejecutados así como a sus autores y partícipes, que constituirían el objeto de la alabanza, y por lo tanto la figura habría de entenderse como una forma de cooperación ideal post delictiva**» (resaltado suplido).

Y es que, para un sector doctrinal, era necesario para entender perfeccionado el delito de apología, que se hubiese realizado la acción calificable de apología con una especial finalidad de incitar a la realización de posteriores delitos terroristas, por lo que sólo sería punible si existía un ánimo de provocar la comisión de futuros delitos<sup>1004</sup>. En cambio, LAMARCA PÉREZ<sup>1005</sup> concebía la apología como una forma autónoma, se configuraba como una manifestación pública que elogiaba, exaltaba, apoyaba o mostrara solidaridad moral o ideológica con ciertas conductas delictivas, sin que fuere preciso que estuviese presentes un elemento subjetivo consistente en el ánimo del sujeto de incitar a la comisión o realización de futuras acciones delictivas. Ello significaba, que la apología en su modalidad de enaltecimiento de un delito, no de los autores, debía tratarse de un delito futuro y no de los ya ejecutados<sup>1006</sup>.

---

<sup>1003</sup> La apología se configura como una forma de cooperación ideal *ex post facto* de terrorismo de los arts. 571 a 577, excepto de este propio delito de apología del art. 578, ya que no es posible sancionar la apología de la apología. Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 165.

<sup>1004</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 168.

<sup>1005</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento...*, cit., 290 y 291.

<sup>1006</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 168.

Ahora bien, dado que los delitos a los que se aplica el art. 578 son del art. 571 al 577 CP<sup>1007</sup>. Constituirían conductas atípicas casos como la justificación de la creación de una organización terrorista o el enaltecimiento de una ya existente, en la medida en que crear una organización terrorista o, incluso, dirigirla, son actividades que –al igual que sucedía con la pertenencia a banda armada u organización terrorista– vienen tipificadas como delitos de asociación ilícita y no como delitos de terrorismo<sup>1008</sup>.

En ese sentido, se entenderían excluidas las conductas tipificadas como delitos de asociación ilícita<sup>1009</sup>, porque no se tratan de delitos de terrorismo aunque castiga actividades relacionadas con dicha criminalidad. Ello impediría el castigo de los elogios y justificaciones que, como indica RUÍZ LANDABÚRU, se producen con mayor frecuencia en España<sup>1010</sup>.

*ii. Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos.*

Esto significa que es punible tanto la apología de los *autores* del delito como de los *partícipes*, es decir, de todos los sujetos que hayan intervenido en cualquier delito de terrorismo ya realizado.

---

<sup>1007</sup> AAN de 9 de julio de 2008: «El objeto de alabanza o justificación puede ser cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo en los artículos 571 a 577 CP –pero sólo ellas, excluido por lo tanto el delito de pertenencia a banda armada del artículo 514 CP– o cualquiera de las personas que hayan intervenido en su ejecución, incluido un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de hechos delictivos».

<sup>1008</sup> Así por ejemplo, no serían conductas delictivas del art. 578 CP: el elogio a Al Qaeda como tal grupo terrorista, ni a Bin Laden como su fundador, ni a quienes aporten fondos para la pervivencia de aquélla, al ser encuadrables en los delitos de asociación ilícita. Tampoco lo serían expresiones de elogio a los miembros de dicha organización (siempre que se les mencione indistintamente, esto es, tomándolos en su conjunto) ni a sus actividades terroristas si no se hace referencia, por ejemplo, a un atentado en concreto. Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Sobre la particular lógica...», cit., 380.

<sup>1009</sup> La exclusión de este tipo es un error de enormes dimensiones, si realmente lo que se pretende es evitar la impunidad de conductas apologéticas pues la mayor parte de los comportamientos enaltecedores no se refieren a concretas acciones criminales de la organización terrorista, sino a la propia existencia de la misma, su necesidad y finalidad. Vid. RUÍZ LANDABURU, M. J., *Provocación y apología...*, cit., 78.

<sup>1010</sup> *Ibidem.*, 105.

Con respecto a la apología de los partícipes, se ha producido una extensión porque antes sólo se hablaba de la apología de los autores; además, tiene que ser también en relación a un delito ya cometido sin que quepa hablar de apología cuando se trata del enaltecimiento de virtudes privadas<sup>1011</sup>. En cuanto a la autoapología, del mismo modo que el autoencubrimiento, debe ser considerado un hecho impune cuyo desvalor debe quedar subsumido en el hecho principal realizado que se ensalza o justifica<sup>1012</sup>.

Se requiere para este supuesto la existencia de una sentencia condenatoria firme<sup>1013</sup>, porque el condenado en primera instancia no es todavía condenado, mientras tenga un recurso para deducir, y goza del principio de inocencia por lo que se requiere que la cosa se considere juzgada. Otros autores difieren con esto. FONTAN BALESTRA<sup>1014</sup> manifiesta que: «ha de tratarse de una persona determinada en relación con un hecho concreto sobre el que ha recaído sentencia condenatoria. Sobre este punto, la doctrina es pacífica. Puede tratarse de una condena pronunciada en cualquier instancia, sin que sea preciso que se halle firme; la ley no distingue».

En el caso, es condenado de un delito tanto el que es autor, como también el instigador o cómplice. Se puede plantear la cuestión de que sucede

---

<sup>1011</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 169.

<sup>1012</sup> Este fue el caso del *Diario Egin* condenado por la STS de 31 de diciembre de 1983 por un delito de apología al reproducir un comunicado de ETA donde se justificaba la muerte de dos personas, sentencias que posteriormente fueron anuladas por la STC de 12 de diciembre de 1986. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010, 750.

<sup>1013</sup> En el caso de Otegi (parlamentario vasco que acudió al funeral de Olaia Kastresana, muerta a causa de la explosión del artefacto explosivo que estaba manipulando, previsiblemente con vista a la perpetración de un atentado), que realizó un discurso en el que enaltecía la figura de Kastresana; no obstante, como la mencionada fallecida no llegó a ser juzgada en ningún momento, resultaría apresurado decir que haya intervenido en la comisión de un delito de terrorismo. Por otra parte, aunque del discurso vertido por Otegi se deducía que la fallecida era miembro de ETA, hay que recordar que la pertenencia a organización terrorista no es, en sí misma considerada, un delito de terrorismo, pues se castiga en el ámbito de los delitos de asociaciones ilícitas (art. 516 CP título XXI: De los delitos contra la Constitución) y, por consiguiente, no está incluida en el elenco de los delitos mencionados en el art. 578 CP.

<sup>1014</sup> Autor citado por: LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010, 750.



con el hecho delictual de un inimputable, la respuesta debe ser que la persona declarada inimputable no es condenada por lo que no se podrá dar este ilícito.

Podría surgir la problemática de considerar si encajan en el art. 578 CP conductas de enaltecimiento genéricas, es decir, aquellas declaraciones, que vienen referidas no a una persona en concreto sino a un grupo indeterminado de personas que hayan intervenido en actos terroristas; sin embargo, de lo expuesto en la jurisprudencia [v. gr., SSTS 224/2010, de 3 de marzo de 2010; 539/2008, de 23 de Septiembre de 2008; 149/2007, de 26 de febrero de 2007; 585/2007, de 26 de Junio de 2007; y la SAN 49/2008, de 29 de julio de 2008] se entiende que no resultando necesario la identificación de ninguna persona en concreto, y siendo suficiente una alusión genérica a un colectivo de autores: «*b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos*».

Ejemplo de esto lo encontramos en el caso llamado «De Juana Chaos»<sup>1015</sup>, en el que se enjuicia el contenido de una carta remitido al diario *Gara*, bajo el título «El escudo», en el que se puede apreciar expresiones en las que, según el Alto Tribunal, por un lado «se habla en tono de alabanza de los más de 700 presos» (enaltecimiento), y por otro «se está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes» (justificación):

« (...) en su contenido hay un tono apologético respecto de lo que ellos denominan colectivo de los presos vascos y de las razones por las cuales estos ingresaron en prisión. Se trata, nos dice el Ministerio Fiscal y compartimos nosotros, de modificar los roles, considerando a jueces, políticos o funcionarios

---

<sup>1015</sup> De Juana Chaos fue condenado en 1989 a 2.322 años de cárcel por el atentado del 14 de julio de 1986 en la Plaza República Dominicana de Madrid en el que murieron 12 guardias civiles y otras 58 personas resultaron heridas; en 1990 a 378 años de cárcel por el asesinato de otros cinco guardias civiles; y en 1995 a 55 años de cárcel por el asesinato del vicealmirante Escrigas. Todas esas condenas fueron impuestas bajo el Código Penal de 1973 que preveía importantes redenciones de pena sobre la base de circunstancias como el buen comportamiento, el trabajo penitenciario, la superación de programas formativo. (FUENTE: *El País*, 6 de junio de 2007).

de prisiones como agresores y torturadores frente a los encarcelados por hechos terroristas que serían sus inocentes víctimas. Más en concreto, se habla repetidamente en tono de alabanza de los de más de 700 presos compañeros y compañeras con miles de años de cárcel cumplidos y por cumplir, de quienes se pone de manifiesto su buen comportamiento por resistirse a la resocialización que con ellos se pretende en el interior de las prisiones»<sup>1016</sup>.

### III. *Por cualquier medio de expresión pública o difusión.*

Como ya se señaló *supra.*, uno de los elementos caracterizadores de la apología es precisamente el elemento de la publicidad<sup>1017</sup>, la doctrina es unánime en señalar que se requiere de la presencia de este elemento dentro del discurso apologético, en tanto posibilita la creación de un clima de peligro que se teme de dicha conducta y en razón del cual podría castigarse.

Y es que, en cualquier intento de convencer a la opinión pública de algún tema y, mucho más en el terrorismo, es fundamental contar con el apoyo de ciertos sectores del público que hagan de transmisores, sectores que en muy pocos casos podrán ser profesionales pagados<sup>1018</sup> e integrados en una organización, sino ciudadanos convencidos. Como lo manifiesta FERNÁNDEZ MONZÓN, este apoyo personal es más necesario en el terrorismo y, sobre todo en el vasco, donde las relaciones familiares y de vecindad entre los terroristas y la población son fundamentales, porque el terrorismo, como explico en otro apartado de mi ponencia, desarrolla toda una estrategia alternativa para influir

---

<sup>1016</sup> Aunque también se podrían encontrar ejemplos en el sentido contrario, como en el caso de Otegi, en el que el magistrado instructor de la causa, había desestimado la querrela sobre la base de que «la acción de enaltecer o justificar ha de venir referida a concretos hechos delictivos ya realizados, y a personas determinadas partícipes en los mismos» algo que no sucedía en el caso de Otegi, en el que las declaraciones vienen «genéricamente referidas a personas fallecidas relacionada con ETA» y, por tanto, «no aluden a concretas acciones delictivas, ni identifican a los partícipes que las hayan ejecutado».

<sup>1017</sup> Requisito que, como señala REBOLLO VARGAS, ha sido siempre requerido por la legislación y la doctrina. Vid. REBOLLO VARGAS, R., *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Valencia 1997, 118 y ss.

<sup>1018</sup> BUENO ARUS recomienda que se consideren ilícitos punibles con penas graves los delitos de apología del terrorismo, especialmente realizado por profesionales de la comunicación social, aún con todas las dificultades evidentes que supone deslindar el derecho fundamental de la libertad de expresión de la apología punible. Cfr. BUENO ARUS, F., «medidas eficaces para reprimir...», cit., 972.

a la opinión pública, en muchos más casos más compleja y sutil que la del Estado<sup>1019</sup>.

Así, el *carácter público* es un elemento del tipo objetivo que exige en la apología del terrorismo; es decir, que la manifestación de enaltecimiento o justificación sea hecha públicamente. Esto implicará, la difusión de las expresiones mediante medios de comunicación, como la televisión, prensa<sup>1020</sup> o radio. Así lo advierte OLMEDO CARDENETE, al señalar que la apología es siempre de naturaleza pública y dirigida a destinatarios no individualizables (abarca, pues, la realizada por cualquier medio: radio, televisión, Internet o la que se lleva a cabo ante una concurrencia de personas)<sup>1021</sup>.

En ese sentido, la jurisprudencia considera como conducta constitutiva de apología del terrorismo: *Realizar declaraciones ante una concurrencia de personas y los medios de comunicación en las que el manifestante se propugna e identifica con la tesis de la lucha armada de ETA como cauce necesario para lograr el derecho de autodeterminación*<sup>1022</sup>; se había condenado a Otegi a la pena de quince meses de prisión por el delito de enaltecimiento del terrorismo, pero la representación de Otegi interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo y adujo que tres de los magistrados que componían la sala que dictó la condena, dos habían intervenido en la admisión de los recursos de apelación planteados por el Ministerio Fiscal, por lo que implícitamente se habían

---

<sup>1019</sup> Cfr. FERNÁNDEZ MONZÓN, M., «Prensa, opinión pública y terrorismo», en *Terrorismo Internacional*, dirigido por Salustiano del Campo, Madrid 1984,76.

<sup>1020</sup> «Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser evidentemente un periódico que se distribuyere entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución (STS 26/02/2007)». Cfr. AMADEO GARDEA, S., *Código Penal, parte especial*, Tomo II, Volumen II, Madrid 2011, 1011.

<sup>1021</sup> Cfr. OLMEDO CARDENETE, M., «Capítulo 67. Delitos Contra el Orden Público (VI) de las Organizaciones y Grupos Terroristas. Delitos de Terrorismo», en *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*, coordinado por Lorenzo Morillas Cueva, Madrid 2011, 1224.

<sup>1022</sup> Otegi solicitó a los asistentes el «aplauzo más caluroso a todos los gudaris (según la propia Sentencia, *gudari* es un apelativo que en euskera significa soldado vasco y que comúnmente se reserva elogiosamente a quienes combaten) que han caído en esa larga lucha por la autodeterminación»; y también hizo referencia a Olaia Kastresana y dijo: «se nos ha ido, a sus 22 años, como tantos gudaris de ETA, con la dignidad silenciosa y la suerte solitaria»; «es la generación nacida en el Estatuto la que se adhiere a la lucha armada para expresar su compromiso político (...) lo que demuestra que generación tras generación y aunque la lucha siga siendo muy dura, ésta pasa de mano en mano».

pronunciado ya sobre el carácter delictivo de la Conducta de Otegi y debían haberse abstenido de juzgar el caso. Así lo entendió el Tribunal Supremo que casó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante sentencia de 19 de enero de 2006, declarándola nula y ordenando retrotraer las actuaciones al momento del comienzo del juicio oral. Sin embargo, en la medida en que Otegi había perdido la condición de parlamentario, el proceso pasó a ser conocido por la Audiencia Nacional, llegando a celebrarse la vista oral el 21 de marzo de 2007. **STSJ de País Vasco, de 31 de marzo de 2004.**

**SAN 10/2007, de 23 de marzo de 2007**, que finalmente absolvió a Arnaldo Otegi del delito de enaltecimiento, por haber retirado el Fiscal los cargos, si bien la Audiencia afirma que las manifestaciones proferidas por él ante los medios de comunicación con motivo del fallecimiento de un miembro de ETA, alabando su compromiso, serían suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. En su fundamento jurídico único, expresó:

«Los hechos así relatados, según se desprende de la prueba de cargo, directa, objetiva, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, lícitamente obtenida y practicada en el acto del plenario de conformidad a las normas que establece nuestra Ley de Enjuiciamiento, podrían constituir un delito de enaltecimiento terrorista previsto en el artículo 578 del Código penal (...).

Ahora bien, el hecho de que el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, haya retirado la acusación tras la práctica de la prueba celebrada, impide al Tribunal, en base al principio acusatorio, dictar cualquier otro tipo de resolución que no sea la absolución del acusado»

Esta sentencia es «implícitamente condenatoria», en el que señala que independientemente de lo mantenido por el Ministerio Fiscal, el delito existía; vulnerándose con ello uno de los principios básicos del derecho procesal penal: el principio acusatorio<sup>1023</sup>.

---

<sup>1023</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 12, 2008, 780.

No resultarían punibles las expresiones –de exaltación o justificación del terrorismo– vertidas en el ámbito privado, ante un grupo de amigos o por teléfono. Tampoco lo serían, como señala LAMARCA PÉREZ<sup>1024</sup>, las difundidas a través del correo electrónico, el cual debe tener, la misma consideración de la correspondencia privada dado que se trata en definitiva de un buzón particular al que sólo el titular con sus claves puede tener acceso.

La línea jurisprudencial en torno a este aspecto también es clara, en exigir en el discurso apologético el elemento de la publicidad. Así tenemos, las siguientes resoluciones:

ATS de 23 de septiembre de 2003 y el AAN, de 9 de julio de 2008, citan: «No toda justificación o enaltecimiento es, por sí, constitutiva del delito de artículo 578 CP sino que **tienen que estar dotadas de una publicidad de cierta calidad e intensidad** (medios de expresión pública o difusión) e inscribirse en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista en sentido estricto. (...) Es preciso por tanto, que el autor realice un discurso público en defensa o alabanza de hechos delictivos concretos o de sus responsables, (...) porque a través de este delito no se persiguen las manifestaciones ideológicas ni la exposición pública de cierto grado de coincidencia con los fines de una organización terrorista».

El AAN de 9 de julio de 2008: «hay que distinguir entre lo que son «actos» y «delitos de terrorismo» (artículos 571 a 577 Código Penal) y *los que sin ser actos de terrorismo, expresan públicamente alguna forma de apoyo o solidaridad moral a los hechos o a sus autores (enaltecimiento o justificación)*».

SAN de 29 de julio de 2008, «queda **acreditada la manifestación pública y notoria**, de participar en los actos de nombramiento y presencia establecidos por el protocolo de las fiestas patronales de Amurrio en lugar preferente, *portando los monigotes o figuras para honrarlos como personas durante la celebración de los actos públicos y populares derivados de las fiestas, que congregan por su naturaleza a gran número de personas ante las que se exhiben los monigotes o*

---

<sup>1024</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Apología: un residuo...», cit., 44; LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010, 750; GARRO GARRERA, E., «La libertad de expresión...», cit., 368.

*figuras, cuyo único mérito común es que se encuentran en prisión cumpliendo condena por su actividad relacionada con la organización terrorista ETA».*

STS de 23 de septiembre de 2008: «**Ondear y extender la bandera en el estadio** es un gesto que implica justificar y ensalzar los crímenes terroristas y a sus autores, de manera pública y notoria en un acontecimiento deportivo de gran difusión»; en este caso se trataba de la bandera con las siglas y los símbolos de la banda terrorista ETA y su sección juvenil Jarrai. Además de ser *actos desarrollados al aire libre en un acontecimiento deportivo (partido de fútbol de 1ª división) entre dos equipos en un gran estadio.*

En definitiva, uno de los elementos objetivos del tipo de enaltecimiento del terrorismo es que la misma se verifique de forma pública, con un número importante de receptores, por lo que será necesario utilizar algún medio de difusión que sea capaz de lograr que la manifestación alcance una difusión notoria por el elevado número de sujetos a los que ha llegado, pudiéndose incluir, por lo tanto, conductas llevadas a cabo en un mitin o concentración, e incluso, a través del correo electrónico<sup>1025</sup>.

Al respecto, para la jurisprudencia, no son apología del terrorismo, *las opiniones vertidas en ámbitos en los que, pese a realizarse ante una concurrencia de personas, las mismas formasen parte del colectivo político del apologeta o de otro contrario; STS de 21 de diciembre de 2004*, caso en el que un diputado autónomo justificó, en una intervención parlamentaria, la lucha armada de ETA por la defensa de los derechos legítimos del pueblo vasco. En este caso, la conducta debe ser considerada atípica, puesto que se realiza en un ámbito en el que los oyentes, o bien forman parte de su grupo político, o bien del contrario, por lo que no hay peligro de transmisión del discurso apologeta a terceros radicales e influenciables, que pudieran adherirse a la violencia.

### ***B. Menosprecio a las víctimas o sus familiares***

---

<sup>1025</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 165.

Como ya se señaló *supra.*, estas conductas no mantienen ningún vínculo con la apología pero comparte con la primera con modalidad la pretensión de sancionar conductas inscribibles en otros tipos, cual, en este caso, *las injurias, las amenazas o los delitos contra la integridad moral*<sup>1026</sup>. Para BERNAL DEL CASTILLO, constituyen –por su propia naturaleza–, conductas de amenazas o injurias de tipo cualificado, por razón de un especial desvalor de la acción<sup>1027</sup>.

A partir de estas premisas, la doctrina mayoritaria cuestiona su ubicación sistemática en el Código Penal, pues no es de buena técnica legislativa la falta de diferenciación típica de dos conductas de distinta naturaleza (apología y menosprecio a las víctimas)<sup>1028</sup>; por lo que puede acarrear, confusión, inseguridad jurídica y problemas en la interpretación. «*Ambas conductas no son modalidades de un mismo hecho delictivo, ni tampoco, agreden a un mismo bien jurídico. Por todo ello, deberían merecer un tratamiento normativo diferenciado*»<sup>1029</sup>.

Y es que, si el legislador no ha tenido inconveniente en introducir un nuevo tipo delictivo con la apología del terrorismo podría haber hecho lo mismo, con una conducta de injurias o amenazas a las víctimas de terrorismo. O en todo caso, haber separado la descripción de ambas conductas de forma que fuera manifiesta su diferente naturaleza; por ejemplo, así como lo hizo con la

---

<sup>1026</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit. 107. Se trata de un supuesto mucho más cercano a los delitos de injurias o a los nuevos delitos contra la integridad moral. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 41, Septiembre 2007, 15; LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010, 751.

<sup>1027</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1630.

<sup>1028</sup> A nivel jurisprudencial también se crítica la tipificación conjunta de conductas de distinta naturaleza. Por ejemplo en la STS 224/2010, de 3 de marzo de 2010, FJ 3: «En el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores y b) la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, *hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes*» (resaltado suplido).

<sup>1029</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1628.

apología de la discriminación (art. 510.1) y las injurias por motivos discriminatorios (art. 510.2)<sup>1030</sup>.

No obstante, algunos autores<sup>1031</sup> consideran que la tipificación de esta conducta en relación con las víctimas del terrorismo *vulnera el principio de igualdad*<sup>1032</sup>, pues todas las víctimas y sus familiares, -y no sólo las de los delitos terroristas-, tienen derecho a que no se realice contra ellos los actos previstos en este tipo delictivo; por ejemplo, por qué no hacerlo con los delitos cometidos con fines xenófobos o racistas o los de violencia en el ámbito de la familia o concretamente sobre la mujer; e inclusive extranjeros que han sufrido ataques violentos, que también pueden ser víctimas que sufren actos de humillación<sup>1033</sup>.

En el mismo sentido, BAILONE señala que con este tipo penal se les confiere a las víctimas de los delitos terroristas un *status superior* y desigual al de las demás víctimas, puniendo en forma específica lo que no es más que una injuria o un delito contra la integridad moral<sup>1034</sup>.

MORAL DE LA ROSA no comparte la anterior postura, ya que si bien es cierto ese derecho corresponde a todas las víctimas, también lo es que en la práctica constituye una actuación común en este tipo de delincuencia, «como parte de la forma ideada por las bandas organizadas terroristas y sus aparatos

---

<sup>1030</sup> *Ibidem.*, 1627.

<sup>1031</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Op. Cit.*, 173; Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 41, Septiembre 2007, 15; LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010, 751.

<sup>1032</sup> En contra CUERDA ARNAU, quien sostiene que las críticas que se le pueden hacer a este tipo delictivo no tienen que ver con la vulneración del principio de igualdad y tampoco con la afectación del principio de proporcionalidad. Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», *cit.*, 107.

<sup>1033</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., *Op. Cit.*, 173.

<sup>1034</sup> BAILONE, M., «Sistemas penales comparados: el tratamiento jurídico del terrorismo», en *Revista Penal*, número 24, julio 2009, 198.



de apoyo para dar continuación a la acción terrorista concretamente cometida, como parte del entramado ideado en su lucha contra el sistema establecido»<sup>1035</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la configuración del tipo, debemos entender que el *sujeto activo* puede ser cualquier persona, incluso puede encontrarse al margen de cualquier tipo de organización terrorista. Además, es necesario que el sujeto activo tenga ánimo de desacreditar, menospreciar o humillar a las víctimas o a sus familiares, pero no como un especial elemento subjetivo del injusto, sino como *dolo específico* del autor<sup>1036</sup>.

Respecto a los *sujetos pasivos*, estos serán específicos y concretos, es decir, las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares<sup>1037</sup>. Así también se reconoce en el AAN de 9 de julio de 2008, que expresa: «El *sujeto pasivo* del descrédito, menosprecio o humillación son las víctimas de los delitos terroristas o sus familiares, de modo que se trata de perseguir conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares (STS, 2ª, de 17 de julio de 2007). Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal (exposición de motivos, apartado III, de la Ley 7/2000 de 22 de diciembre)».

Respecto al concepto de *víctima*<sup>1038</sup>, en el mismo auto citado, se señala la distinción entre víctimas directas y las indirectas; y cita: «conforme a la

---

<sup>1035</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J., Op. Cit., 262.

<sup>1036</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 169.

<sup>1037</sup> *Ibidem.*, 164.

<sup>1038</sup> El AAN de 9 de julio de 2008, hace referencia a la SAN de 21 de noviembre de 2006 (caso Sociedad Alcohólica) y la STS de 17 de julio de 2007, que en ella se analiza el artículo 578.2 distinguiendo entre «objetivos» y «víctimas» de la banda terrorista. Distinción correcta, según el Alto Tribunal, pues una cosa es que los hechos a que se refiere la norma no se limiten a la dignidad o al honor de una persona individual y puedan referirse a un colectivo o generalidad de afectados (...) y otra muy distinta que pueda extenderse el concepto de «víctima» a todos los miembros de un colectivo, como, por ejemplo, las fuerzas y cuerpos de seguridad que solo por su cargo ostentarían aquella condición. Lo contrario implicaría –como el Ministerio Fiscal

legislación específica en la materia, de cuya regulación se desprende que serian víctimas «directas» las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia de cualquier delito terrorista; y en caso de muerte, a título de víctimas «indirectas» diversos familiares (cónyuge o persona con análoga relación con el fallecido, hijos o padres, según los casos)».

La conducta prohibida de *actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares*, está configurada en términos excesivamente difusos<sup>1039</sup>, lo que provoca que debido a la gran variedad de conductas imaginables el precepto pueda crear inseguridad jurídica, al no quedar especificado qué acciones son efectivamente típicas y por lo tanto punibles y qué acciones, aunque moralmente reprobables, quedan al margen de la tipicidad<sup>1040</sup>. De ahí que deba ser interpretado de *manera restrictiva*<sup>1041</sup>, porque de lo contrario, puede dar lugar a consecuencias difícilmente tolerables y a interpretaciones muy dispares dependiendo de que se entienda por acto que entrañe descrédito, menosprecio o humillación.

Por esa razón es que COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ<sup>1042</sup>, requieren el establecimiento de algún parámetro objetivo que cierre en términos rígidos la citada conducta típica. Frente a este déficit, CAPITA REMEZAL expresa que corresponderá a los tribunales de justicia, en la medida que vayan conociendo y

---

argumenta en su escrito de impugnación al recurso– que todos los ciudadanos serian «víctimas» en cuanto posibles sujetos pasivos de las acciones terroristas.

<sup>1039</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra el orden público...», cit., 1152. En palabras de BERNAL DEL CASTILLO «sumamente vaga ¿a qué actos se refiere? ¿qué entidad deben reunir esos actos?», BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1630.

<sup>1040</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 167.

<sup>1041</sup> CARBONELL MATEU advierte el peligro de la tipificación de una conducta en términos tan amplios, aconsejando una interpretación más *restrictiva*, porque en caso contrario puede dar lugar a consecuencias no permisibles: «será necesario, por ejemplo, entender que el descrédito, desprecio o humillación a los familiares de las víctimas lo serán en tanto que tales, sin que, por el mero hecho de serlo, se hayan convertido en sujetos pasivos privilegiados de los delitos contra el honor» Vid. CARBONELL MATEU, J. C., «Terrorismo: Algunas reflexiones sobre...», cit., 51-52; GARRO GARRERA, E., «La libertad de expresión...», cit., 368.

<sup>1042</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra el orden público...», cit., 1152.

juzgando esas conductas, los que realicen una labor de construcción del efectivo ámbito delictivo y del significado y alcance del precepto<sup>1043</sup>.

Los verbos típicos que conforman la conducta de realizar actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación; no son unívocos<sup>1044</sup>. El tipo penal describe en *forma genérica conductas vejatorias* que pueden realizarse verbalmente, por escrito o mediante actos, lo que no debería de ser tan amplio e indiscriminado. Así por ejemplo, podrían incurrir en esta conducta del art. 578 CP, quienes realizan llamadas telefónicas insultando a un familiar muerto recientemente o la atribución a las víctimas de hechos, presentándolos como una justificación del ataque sufrido<sup>1045</sup>.

Según el DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA<sup>1046</sup>, se entiende por «*descrédito*» la disminución o pérdida de la reputación de las personas, o del valor y estima de las cosas. El «*menosprecio*» como poco aprecio, poca estimación; y por «*humillación*» abatir el orgullo y altivez de alguien o herir el amor propio o la dignidad de alguien. En términos idénticos lo entiende tanto jurisprudencia (AAN de 9 de julio de 2008)<sup>1047</sup> como la doctrina<sup>1048</sup>: por *descrédito* hay que interpretar la pérdida de la reputación de las personas o la discriminación del valor y estima de las cosas; por *menosprecio*, sinónimo de

---

<sup>1043</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 167.

<sup>1044</sup> Ídem. Para ZARAGOZA AGUADO basta la realización de actos -no sólo expresiones- que supongan descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares con independencia de su conocimiento público. Vid. ZARAGOZA AGUADO, J. A., «Sección Segunda: De los Delitos de Terrorismo», en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Manuel Gómez Tomillo, Valladolid 2010, 1968.

<sup>1045</sup> Vid. GARRO GARRERA, E., «La libertad de expresión...», cit., 368.

<sup>1046</sup> Vid. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Madrid 2001, en <http://www.rae.es/rae.html>

<sup>1047</sup> Razonamiento Jurídico 3.2 que señala: «Por «descrédito» se entiende todo acto realizado para menoscabar o destruir la reputación de las personas, «menosprecio» equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén, y la «humillación» consiste en herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo».

<sup>1048</sup> Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Notas sobre la propuesta...», cit., 186; Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 166-167.

desprecio o desdén, es desestimación, poca estima, indiferencia, desapego, falta de aprecio, de afecto, de reconocimiento, cabe interpretar tener a otra persona en menos de lo que se merece; por *humillación* hay que entender toda acción y efecto de postrar, inclinar, abatir el orgullo y altivez de una persona.

Ahora bien, no tiene la misma entidad una pintada ofensiva en la pared del domicilio de una persona que un conjunto de llamadas sistemáticas ofensivas o que una campaña orquestada insultos a través de un medio de comunicación<sup>1049</sup>. De ahí que, respecto a este punto, muy acertadamente se expresó la Audiencia Nacional en el auto de 9 de julio de 2008, en que –en efecto–: «no todo acto que pueda ofender a los sujetos pasivos puede ser considerado objeto de castigo ya que los bienes jurídicos tutelados (honor y dignidad de la persona) pueden ser tan ampliamente interpretados que *debe exigirse también una cierta intensidad en el ataque a los mismos* –desvalor de resultado–, pues así lo exige el principio de subsidiariedad del derecho penal y el principio de intervención mínima que, como se desprende de la exposición de motivos de la ley, inspiraron el sentido de la reforma». (Negrita y cursiva suplido).

Por otra parte, en este supuesto *no es necesario que la conducta de descrédito, menosprecio o humillación se verifique con publicidad*, según el Informe de la Fiscalía General del Estado, cuando asevera que estas acciones, aun realizadas sin publicidad, como pueda ser un mensaje de texto por teléfono móvil, encierran una capacidad ofensiva digna de sanción penal<sup>1050</sup>.

Así también CAPITA REMEZAL<sup>1051</sup> considera perfeccionado el delito sin que se lleve a cabo la conducta con publicidad, y tampoco es necesario que se realice una incitación de forma directa a la ejecución de nuevas actuaciones

---

<sup>1049</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1630.

<sup>1050</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 167.

<sup>1051</sup> *Ibíd.*, 169.

delictivas. De ahí que, de *lege data*, entiende que no quedan fuera del ámbito de la tipicidad, la mera exteriorización de opiniones humillantes hacia las víctimas en el ámbito privado, sin ninguna finalidad; pero propone que de *lege ferenda* este tipo de conductas deberían quedar al margen de esta modalidad delictiva, *debiéndose exigir el requisito de la publicidad y el fin específico de incitación directa a los delitos terroristas*.

En cuanto a la penalidad, en este tipo del art. 578 se prevé una pena de uno a dos años de prisión, sin embargo, en el art. 209, la pena es de multa de tres a siete meses cuando se trata de injurias graves sin publicidad o multa de seis a catorce meses si se efectúan con publicidad, y en el art. 173.1, la pena de prisión de seis meses a dos años<sup>1052</sup>. De ahí que con respecto a estos parámetros, el art. 578 mantenga una elevada pena en relación con los delitos comunes contra el honor. De igual manera, si se compara la pena señalada para estas conductas con la prevista para un delito mucho más grave, como es el de las amenazas, se puede apreciar con más claridad la desproporción<sup>1053</sup>.

Por ello es que parte de la doctrina<sup>1054</sup> sostiene que se vulnera el *principio de proporcionalidad*,<sup>1055</sup> en la medida que la pena de prisión de uno a dos años es muy superior a las penas previstas para las injurias graves.

Además cabe la posibilidad de que el juez o tribunal acuerde en la sentencia, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el art. 57<sup>1056</sup> en

---

<sup>1052</sup> *Ibíd.*, 171.

<sup>1053</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1630.

<sup>1054</sup> *Ídem.*, 1630; CAPITA REMEZAL, M., *Op. Cit.*, 171. Pues bien, basta una rápida comparación de penas para constatar que nada de esto sucede: el artículo 578, al prever una pena de uno a dos años de prisión, se aleja en mucho de la pena de las injurias graves e incluso rebasa la pena del delito del artículo 173 (que prevé una pena de prisión de seis meses a dos años), por lo que hay que concluir que este precepto *vulnera el principio de proporcionalidad*. BENLLOCH PETIT, G., «El Derecho penal...», cit., 201-204.

<sup>1055</sup> En contra CUERDA ARNAU, quien sostiene que no afecta el principio de proporcionalidad sin sustentar su postura sólo afirma que la vulneración a tal principio requeriría de ulteriores matizaciones. Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El nuevo delito político...», cit., 107.

relación con el art. 48 CP<sup>1057</sup>; esto es, aproximación o comunicación con la víctima o sus familiares o regreso al lugar del delito.

El plazo de duración de estas prohibiciones se determina en el art. 57, por tiempo que no excederá de cinco años en este caso por ser un delito el del art. 578, menos grave, al tener prevista una pena de prisión de uno a dos años, sin perjuicio que si el condenado lo es a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo haga por un tiempo superior entre uno y cinco años al de la duración de la pena de prisión

---

<sup>1056</sup> **Art. 57.- 1.** Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea. **2.** En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior. **3.** También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.

<sup>1057</sup> **Art. 48.- 1.** La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. **2.** La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. **3.** La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. **4.** El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

impuesta en la sentencia, por el delito menos grave, cumpliéndose necesariamente por el condenado, la pena de prisión y las prohibiciones de forma simultánea<sup>1058</sup>. Esta previsión accesoria del art. 57, sólo afectaría, en principio, al delito de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, porque en el delito de apología del terrorismo, no hay víctimas<sup>1059</sup>.

Cabe señalar que al no tratarse de un delito de terrorismo, tal y como ocurre con la apología, tampoco podrán aplicarse las medidas excepcionales sobre suspensión de derechos propias de esa normativa<sup>1060</sup>.

Finalmente, señalar que el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL propone la supresión del segundo párrafo, del art. 578 CP pues «el menosprecio o la humillación no constituye en forma alguna un acto de terrorismo o de apología del mismo, tratándose de un comportamiento que, de ser constitutivo de infracción penal, está mucho más cercano a los delitos de injurias o a los nuevos delitos contra la integridad moral, por lo que su tipificación expresa resulta además innecesaria y solo introduce confusión y duplicidad»<sup>1061</sup>. Esta propuesta también se ve respalda por otra parte de la doctrina<sup>1062</sup> que también

---

<sup>1058</sup> CAPITA REMEZAL considera esta interpretación como la única posible, ya que interpretar esta opción facultativa del art. 578 «durante el período de tiempo que él mismo señale», como la no exigencia al juez de límite temporal alguno sobre estas prohibiciones, conduciría al absurdo de que un homicidio terrorista al ser un delito grave tendría una imposición de estas prohibiciones por un tiempo, como máximo, de diez años superior al de la pena de prisión impuesta, en cambio, por este delito de humillación se podría imponer una prohibición superior a la de prisión pero sin límite alguno. Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 173.

<sup>1059</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 173; CARBONELL MATEU, J. C., «Terrorismo: Algunas reflexiones sobre...», cit., 51-52; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Op. Cit., 576.

<sup>1060</sup> Vid. GARRO GARRERA, E., «La libertad de expresión...», cit., 369.

<sup>1061</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal...*, cit., 36-37.

<sup>1062</sup> BERNAL DEL CASTILLO «esta segunda parte del art. 578 es un desacierto; lo más correcto sería eliminarlas del Código Penal y reconducir tales comportamientos, cuando ello corresponda, a los tipos correspondientes de injurias, amenazas, si al menosprecio se une la amenaza de un mal, etc.». Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1630; En todo caso, además de constituir un comportamiento ya previsto por la legislación penal, existes otras razones para abogar por su supresión pues, según creo, con la inclusión de este párrafo se vulnera claramente el principio de igualdad pues todas la víctimas y sus familiares, y no sólo las de los delitos terroristas, tienen derecho a que no se realice contra ellos

la consideran innecesaria<sup>1063</sup> y transgresora del derecho de igualdad y el principio de proporcionalidad.

A esto hay que añadir la ausencia jurisprudencial respecto a la aplicación de este tipo delictivo por los Tribunales de Justicia, figurándose más un tipo de carácter simbólico que de eficacia real; por lo que se advierte una simbólica utilización de la política criminal real. No obstante, merece destacar la Sentencia 61/2008, de 1 de diciembre de 2008, dictada por la Audiencia Nacional, en la que se condena a una persona como autor responsable de un delito de humillación/menosprecio a las víctimas del terrorismo y sus familiares, a la pena de un año y seis meses de prisión, así como inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. La conducta prohibida consistió en el envío de correos electrónicos humillantes dentro de un foro de internet que lesionaron la dignidad de agentes de la Guardia Civil asesinados por ETA y la de otros sujetos pasivos de actos violentos terroristas. Dicha conducta fue calificada como perversa que pretendía acrecentar el sufrimiento y la presión hacia las víctimas supervivientes y los familiares de las ya fallecidas.

#### 7.4. Elemento Subjetivo

El delito de la apología del terrorismo es un *delito doloso*.

El dolo es la representación subjetiva de los elementos que realizan el tipo objetivo. El autor que ha llevado a cabo los hechos que constituyen el tipo de injusto, lo ha querido si conocía, en el momento de actuar, que los realizaría. En este sentido, se viene diciendo, tradicionalmente, que el dolo contiene dos componentes, uno *intelectual* y otro *volitivo*, habiendo de concurrir ambos para

---

los actos previstos en este tipo delictivo. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 41, Septiembre 2007, 15; LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010, 751.

<sup>1063</sup> Vid. MORAL DE LA ROSA, J., Op. Cit., 262.



que se pueda hablar de dolo<sup>1064</sup>. En otras palabras, el dolo se describe como «saber y querer (conocimiento y la voluntad)» de todas las circunstancias del tipo legal<sup>1065</sup>.

Ahora bien, el que la apología del terrorismo sea una conducta dolosa significa que se exige conciencia y voluntad de que la conducta supone el elogio de un hecho delictivo y precisamente de un hecho delictivo comprendido en el ámbito de la ley, de modo que el dolo debe extenderse al conocimiento del carácter terrorista o rebelde de la acción ensalzada<sup>1066</sup>.

Por otra parte, hay que señalar que la conducta tipificada en el art. 578 CP se clasifica como delito doloso, por una razón objetiva, y es que el Código Penal se configura con un sistema de punición de la imprudencia como de «*numerus clausus*»; es decir, que sólo se podría castigar conductas imprudentes si el legislador lo ha regulado de manera expresa. Así, ROXIN manifiesta que según la ley sólo es punible la realización dolosa de los tipos mientras en las disposiciones concretas de la Parte Especial no esté también penada expresamente la punición imprudente<sup>1067</sup>.

En este sentido, el art. 578 CP no habla en su contenido sobre la punición de su conducta en comisión imprudente, por tanto, no cabe la realización de la apología del terrorismo a título de imprudencia.

A nivel jurisprudencial se señala la naturaleza dolosa de este tipo delictivo, por ejemplo: la STS 224/2010, de 3 de marzo de 2010, FJ 3, en el que se indica que las: «Características del delito [referidas a la apología del terrorismo] son el tratarse de un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo un delito de mera actividad y

---

<sup>1064</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español...*, cit., 646-647.

<sup>1065</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, cit., 415.

<sup>1066</sup> En otro caso, creo que puede hablarse de un error sobre el tipo que impediría la aplicación del precepto. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985, 301.

<sup>1067</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, cit., 414.

carente de resultado material, y de *naturaleza esencialmente dolosa o intencional*» (resaltado suplido)<sup>1068</sup>.

Así pues, el dolo abarca el enaltecimiento o la justificación de los delitos tipificados en los arts. 571-577 [de modo que el dolo debe extenderse al conocimiento de carácter terrorista de la acción ensalzada] o de sus autores o partícipes sin que sea necesario que englobe la intención de provocar la ejecución del crimen, es decir, *el tipo no exige incitación a cometer un delito*, ni de forma directa, ni de forma indirecta, quebrantando el tenor literal y el espíritu del precepto cualquier otra interpretación<sup>1069</sup>.

Por su parte, BERNAL DEL CASTILLO considera que, en atención a su tercera interpretación de entender una incitación indirecta en la apología del terrorismo, por tratarse de un acto de incitación, aunque sea indirecto, *debe exigirse un elemento subjetivo incitador*, lo que excluye en todo caso una comisión no dolosa del delito de apología del terrorismo<sup>1070</sup>.

Partiendo de esta idea es que algunos autores<sup>1071</sup> admitirían la presencia del *dolo eventual*<sup>1072</sup>. Esto implicaría, que el autor se representa el delito como

---

<sup>1068</sup> «El tipo contempla un comportamiento activo (se excluye la comisión por omisión), de **mera actividad** y de naturaleza **dolosa o intencional**. Se requiere, además, la existencia de una acción o palabras por la que se enaltece o justifica», Vid. CORCOY BIDASOLO M., Y MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2010*, Valencia 2011, 1127.

<sup>1069</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 169.

<sup>1070</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1629.

<sup>1071</sup> Algunos autores admiten dolo eventual, precisamente porque se trata de instigación indirecta. Cfr. SOLER, S., *Derecho penal argentino*, Buenos Aires 1973, 657.

<sup>1072</sup> El *dolo eventual* es una construcción doctrinal ideada para ayudar a la jurisprudencia en la solución de los casos difíciles que se le presentan. Tales casos vienen preferentemente dados por aquellos supuestos donde, no constando el claro propósito del autor (en el sentido de la intencionalidad) dirigido a realizar todas las circunstancias del tipo, y habiéndose presentado el autor la posibilidad de realizarlas, debe dilucidarse si el grado de probabilidad que sí se representó es suficiente para imputar el hecho a título de dolo o cabe deducir de los hechos que el autor aceptó la posibilidad de producción del resultado. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español...*, cit., 658. Y es que sin duda existe dificultad para descubrir un elemento tan interno como la intención del autor de un hecho delictivo; así, en la jurisprudencia se ha señalado: STS 676/2009, de 5 de junio de 2009: «Elemento intencional que, así mismo, como sabemos y tan reiteradamente se ha dicho en otras ocasiones, al pertenecer al ámbito de lo más

consecuencia posible (eventual)<sup>1073</sup>. Por ejemplo, podría plantearse esta cuestión, en el caso en que Otegi, quien enalteció la figura de Kastresana, conocía o no la condición de miembro de ETA, para poder representarse o no la *posibilidad* de la comisión de un hecho delictivo, y a partir de ahí elogiar su persona. El Ministerio Fiscal interrogó a Otegi acerca de ello, cuestión a la que el portavoz de Batasuna contestó que «no había certeza absoluta» aunque reconoció que «se podía deducir»<sup>1074</sup>. Otro ejemplo es en el caso de la STS 2506/2007, de 23 de septiembre de 2008, en el que se adujo que los acusados no conocían el contenido de la bandera que portaban (que tenía los símbolos de ETA), porque del vídeo se desprendía que ni la miraron; en razón de lo cual ignoraban la clase de bandera que poseían. En este caso se determinó la presencia del dolo directo por parte de los acusados que fueron condenados por el delito de enaltecimiento del terrorismo, no obstante, frente a las argumentación expuestas –las que calificaron de absurdas– llegaron inclusive a la conclusión que en caso de no concurrir el dolo directo pues podría caber el dolo eventual.

## 7.5. Formas de aparición

### 7.5.1. Iter criminis

En esta etapa por lo general se estudian los tipos consistentes en la realización de conductas dirigidas a la consumación de alguno de los tipos

---

recóndito del pensamiento del ser humano, no es susceptible, por lo general, de una clara probanza directa, obligando al Juzgador a acudir a juicios de inferencia a partir de ciertos extremos fácticos debidamente acreditados que puedan revelar, con la suficiente certeza, ese dato tan personal e íntimo».

<sup>1073</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 262.

<sup>1074</sup> Frente a la razón del Ministerio Fiscal que concluyó que en el caso enjuiciado «ni se sabía ni se quería cometer el delito». RAMOS VÁSQUEZ, es de la opinión que no es así. Y deduce sobradas razones para que Otegi conociera que Kastresana era miembro ETA; no sólo porque la parafernalia desplegada durante su funeral era suficientemente indicativa de la pertenencia de ésta a dicha organización terrorista, sino que algunas de las declaraciones realizadas por el portavoz de Batasuna sólo pueden entenderse en esta línea. Vid. RAMOS VÁSQUEZ, J. A., «Sobre la particular lógica...», cit., 378.

dolosos previstos en la Parte Especial del Código Penal, pero que no alcanzan tal objetivo, sino que quedan en *fases anteriores a dicha consumación*<sup>1075</sup>. Como sabemos, la consumación se produce cuando se realizan la totalidad de los elementos del tipo del injusto de que se trate, esto es, no sólo la actividad o actividades descritas por él, sino también y plenamente el resultado típico, produciéndose de modo completo el desvalor global de la figura delictiva<sup>1076</sup>.

Por lo que se refiere al *iter criminis* parece obvio que la apología del terrorismo se *consume con la mera difusión de las ideas o doctrinas*, sin que se exija ningún resultado ulterior<sup>1077</sup>.

Esto es así, porque la apología del terrorismo lleva en sí misma su desvalor y cuya punibilidad no presupone ningún resultado ulterior, esto significa, que es un *delito de los de mera actividad*,<sup>1078</sup> es decir, de aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separado de ella<sup>1079</sup>. En ese sentido, se habla de delitos de consumación instantánea, quedando prácticamente descartada la tentativa inacabada<sup>1080</sup>. Y es que, «en los delitos que se cometen a través de la

---

<sup>1075</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 337.

<sup>1076</sup> Se habla de delito consumado para referirse a la realización completa del delito que la Ley incrimina por sí mismo, no tanto en vía de realización de otro mayor. Generalmente, la consumación empieza y termina en un instante. Cfr. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho...*, cit., 233.

<sup>1077</sup> En similares términos para el caso de la apología del genocidio según: CUERDA ARNAU, M. L., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones Constitucionales», en *Poder Judicial*, número 56, Madrid 1999, 78-79.

<sup>1078</sup> En contrario, los *delitos de resultado* se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, cit., 328. «El tipo delictivo completo incluye la producción causal de un resultado mediante la acción del autor». CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español...*, cit., 521 y ss.

<sup>1079</sup> Vid. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, cit., 328; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español...*, cit., 520 y ss.

<sup>1080</sup> La *tentativa inacabada* supone la ejecución de parte de los actos que deberían producir el resultado y, por causas ajenas a la voluntad del sujeto actuante no se producen; la *tentativa acabada* supone la realización de todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado sin que éste se produzca por causa ajena al actuante. Cfr. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho...*, cit., 228.

expresión de las ideas, la lesión al bien jurídico, cualquiera que sea, no se produce sino a partir de la difusión del contenido del pensamiento, lo que obliga a situar el límite de la punibilidad en el principio de ejecución»<sup>1081</sup>.

No obstante, algunos autores hablan de un «*resultado*» en los delitos de mera actividad, consistente en la exteriorización de la voluntad<sup>1082</sup>. En este sentido, la doctrina moderna sigue concepciones materiales para distinguir entre el acto preparatorio y el ejecutivo, existiendo precisamente un criterio objetivo individual, que atiende al plan concreto del autor. Por tanto, la tentativa sería perfectamente posible en los delitos de mera actividad o formales.

Para el caso en estudio, como en todos los delitos que incorporan la *publicidad* entre sus elementos constitutivos, se plantea cierta dificultad acerca del momento en que debe considerarse consumada la acción delictiva. Siguiendo la postura antes apuntada, se podría admitir que en el delito de la apología del terrorismo existe posibilidad que se dé en *grado de tentativa*; a pesar de ser un delito de mera actividad, consistente –en la generalidad de los supuestos– en una única acción, pues en un caso concreto podría desdoblarse en varios actos<sup>1083</sup>, por ejemplo: una persona que se halle dispuesto y esté comenzando la ejecución de actos tendientes a difundir la apología de un crimen de terrorismo (publicación y difusión) puede ser interrumpido en esa tarea, consistiendo la entrega material para publicación el comiendo de ejecución del delito.

---

<sup>1081</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones Constitucionales», en *Poder Judicial*, número 56, Madrid 1999, 78-79.

<sup>1082</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español...*, cit., 521.

<sup>1083</sup> CREUS considera que es difícil concebir la tentativa en la apología. «Es de aclarar que sí es posible la apología de un delito en grado de tentativa, pero no la tentativa de la apología de un delito, la razón es que la consumación coincide con la apología». Vid. CREUS, C., *Derecho penal, Parte Especial*, Tomo II, Buenos Aires, 1993, 131.

Para CÓRDOBA RODA, la publicidad se produce, y por tanto se consume el delito, cuando «de la acción de apología tenga conocimiento una cierta comunidad de personas»<sup>1084</sup>. Para la apreciación de las formas imperfectas de ejecución debe partirse de la idoneidad de los medios empleados y, aunque cabe calificar la conducta de apología como un delito formal, su ejecución a través de determinados medios de comunicación permite pensar que es probable, al menos, el grado de tentativa<sup>1085</sup>.

A nivel jurisprudencial, hay pronunciamientos significativos en torno a este tema, pues se ha establecido que la apología del terrorismo es un delito de mera actividad, instantáneo y en algunos casos puede constituir un delito de estado; así se tiene, el Auto de la Audiencia Nacional, de 9 de julio de 2008, en cuyo fundamento jurídico 5 señala:

5. El delito de que tratamos [la apología del terrorismo] **es un delito de mera actividad**, pues no requiere que la acción vaya seguida de la causación de un resultado separado temporo-espacialmente de la conducta típica, excluyéndose como resultado la mera exteriorización de la conducta criminal y lesión del bien jurídico. Por lo tanto es un delito que sólo se puede cometer mediante la ejecución de la acción descrita en el tipo.

Para una mejor comprensión de lo expresado por los Tribunales de Justicia, en relación a la apología del terrorismo como delito de mera actividad, cabe indicar que tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden dividirse en *delitos instantáneos, permanentes y de estado*, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un *estado* antijurídico de cierta *duración* (delitos permanentes y delitos de estado) o no (delitos instantáneos)<sup>1086</sup>.

---

<sup>1084</sup> Autor citado por: LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985, 301.

<sup>1085</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985, 301.

<sup>1086</sup> «Esta distinción importa siempre que la ley asigna efectos al momento de consumación del delito (prescripción, deslinde de complicidad y encubrimiento, actualidad de la legítima defensa, tiempo del delito). En particular, por lo que se refiere a la **prescripción**, sólo en el delito permanente empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico, a

El *delito permanente* supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración *por la voluntad del autor*; de modo que el delito *se sigue consumando* hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio, en el *delito de estado*, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento<sup>1087</sup>. Para el caso, el Auto de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2008, en el fundamento jurídico 6 citaba:

«Generalmente [la apología del terrorismo] es un delito instantáneo (...). Sin embargo, en algunos casos, como podría ser el enaltecimiento consistente en ponerle nombre de criminales condenados por delitos de terrorismo a las calles, plazas, parques, etc. *es un delito de estado*, pues el estado antijurídico creado con la actividad del sujeto activo tiene cierta duración, se prolonga en el tiempo, aunque no depende de la voluntad del autor el mantenimiento de la situación antijurídica.

Cabe también plantearse otras formas de ejecución en las que podrían concurrir las características del *delito permanente*, como por ejemplo la exhibición de una pancarta de alabanza a un preso terrorista colgada en el balcón de una casa o la exhibición de su fotografía con determinados lemas.

En el delito permanente (detención ilegal, allanamiento de morada o conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) *la situación contraria a la norma perdura en el tiempo bajo el dominio del autor, de forma que el tipo penal se sigue consumando hasta que se le pone fin.*

En el *delito de estado* (...) el delito se consuma con la realización de la conducta típica y cesa en ese momento, pero la situación antijurídica se prolonga en el tiempo con independencia de la voluntad de su autor».

---

diferencia de lo que ocurre en los delitos de estado». Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 223-224.

<sup>1087</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 223-224. «La realización del tipo se agota con la producción de un determinado estado real (lesiones) o ideal (injurias) que se consuma en un instante (por eso se habla también de delitos de consumación instantánea) aunque produce efectos que perduran un tiempo». CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español...*, cit., 548. «Son *delitos de estado* los hechos que están concluidos con la provocación de un determinado estado». ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, cit., 329.

## 7.5.2. Autoría y participación

Un hecho punible puede ser realizado por una persona o por más de una. Ante estas situaciones de intervención plural en un delito, el sistema penal puede reaccionar imponiendo a todos la misma pena independientemente de cuál haya sido su contribución al hecho. Por el contrario, también puede valorar las diferentes intervenciones y distinguir entre autores y demás partícipes. En dicho sentido, se establece penas diferentes proporcionales a la importancia de su aporte en la realización de la conducta punible<sup>1088</sup>.

Ahora bien, sobre la autoría y participación criminal en el delito de la apología del terrorismo deberán observarse las reglas generales en esta materia<sup>1089</sup>, pues se trata de un delito común; aunque –por regla general y porque implica la difusión del pensamiento–, se trata de delitos realizados de forma individual por un solo sujeto activo<sup>1090</sup>.

En materia de autoría y participación para este delito –sin duda– lo más destacado es la posible aplicación del régimen establecido en el art. 30 CP puesto que se trata de delitos consumados por medio de la difusión del pensamiento a través de la *publicidad*<sup>1091</sup>, siempre, claro está, que la difusión se lleve a cabo a través de cualquiera de los medios o soportes de difusión

---

<sup>1088</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., 394 y ss.

<sup>1089</sup> Según la forma de intervención del sujeto, concurrirá un tipo de autoría o de participación. El **tipo de autoría** requiere la realización de un delito (consumado o no) de la Parte Especial, directamente o por medio de otra persona que actúa como mero instrumento (*autoría mediata*), por sí solo o junto con otros (*coautoría*). Los **tipos de participación** suponen la *inducción* de o la *cooperación* con el autor de un delito (consumado o no) de la Parte Especial (arts. 28 y 29 CP). Una mayor precisión de estos conceptos ha de reservarse a las lecciones destinadas a la codelincuencia. Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 228.

<sup>1090</sup> Podría decirse que el precepto acepta todas las modalidades posibles de autoría, aunque por las características del propio precepto algunas no serían destacadas o casi nulas (*autoría mediata*, la *inducción*); v. gr., *autoría mediata*, no es frecuente que un sujeto utilice a un segundo (que desconozca las intenciones del primero y, por lo tanto, no tenga verdadera voluntad en la realización de los hechos) para utilizarlo y que le sirva como instrumento para la consecución de sus fines.

<sup>1091</sup> Sobre el ámbito de aplicación del art. 30, vid., por todos VIVES ANTÓN, T. S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, Madrid 1977, 192 y ss.



mecánicos a que se refiere tal precepto<sup>1092</sup>. En este sentido se debe reproducir el art. 30 CP que establece la responsabilidad criminal en los delitos cometidos por medios de difusión mecánicos:

1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.
2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:
  1. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.
  2. Los directores de la publicación o programa en que se difunda.
  3. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.
  4. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.
3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

Con ello se consigue, limitar el círculo de sujetos responsables, se restringe el régimen común en un doble sentido<sup>1093</sup>: de un lado, se elimina la responsabilidad de los cómplices y los encubridores, y, de otro, los autores responderán de la manera escalonada, excluyente y subsidiaria que en él se establece, y sólo, naturalmente, en cuanto puedan ser reputados autores

---

<sup>1092</sup> No será, por tanto, de aplicación cuando el medio de difusión no reúna tal característica (v. gr. cuando las ideas o doctrinas se expresen realizando una pintada). Vid. al respecto STS 31 mayo 1971; asimismo, VIVES ANTÓN, T. S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, Madrid 1977, 200 y 201.

<sup>1093</sup> Conforme lo entiende la doctrina: COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho...*, cit., 242; y la jurisprudencia: STC 159/1986; STS 5 de diciembre de 1989, RA 9427; STS 25 de noviembre 1988, RA 9245; STS 16 de mayo de 1989, RA 4962.

conforme al artículo 28, esto es, en cuanto exista una propia contribución al hecho delictivo<sup>1094</sup>.

La responsabilidad sucesiva establecida en dicho artículo que tradicionalmente se ha entendido como responsabilidad sin culpabilidad contraída por hecho de otro, y basada en una ficción de autoría, por culpa *in vigilando*, debe ser interpretada conforme a los principios de culpabilidad y del hecho en el sentido de que sólo puede exigirse dicha responsabilidad sucesiva, si dichas personas son además autores, consistiendo el precepto en una restricción de su responsabilidad y no en una ampliación<sup>1095</sup>.

Finalmente la *autoapología*<sup>1096</sup>, del mismo modo que el autoencubrimiento, debe ser considerado un hecho impune cuyo desvalor debe quedar subsumido en el hecho principal realizado que se ensalza o justifica<sup>1097</sup>. En este sentido, BELLOCH JULBE considera que la apología «alude a la conducta o a la persona de un tercero, sin que la autoapología esté prevista en ninguno de los textos legales como una conducta típica, viniendo a ser, (...), una *contradictio a terminis* su mera enunciación». Y, añade que «tales mecanismos de autojustificación o autoelogio son en nuestro marco legal impunes por atípicos de forma análoga a lo que ocurre en la generalidad de los casos, y salvo expresa previsión legal en contrario, con los supuestos de autoencubrimiento, por cuanto ese tipo de conductas quedan habitualmente absorbidas por la autoría»<sup>1098</sup>. No está del todo de acuerdo, RUIZ LANDÁBURU, cuando sostiene

---

<sup>1094</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones Constitucionales», en *Poder Judicial*, número 56, Madrid 1999, 79-80.

<sup>1095</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho...*, cit., 242.

<sup>1096</sup> «El *autoensalzamiento* o la *autojustificación* no pueden ser comportamientos típicos, es decir, no puede ser sujeto activo de este delito quien haya cometido el hecho elogiado o justificado». Vid. LLOBET ANGLÍ, M., «¿El fin justifica los medios? Comentarios a las resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en el «caso De Juana Chaos»», Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volumen LX, 2007, 529.

<sup>1097</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010, 750.

<sup>1098</sup> Vid. BELLOCH JULBE, J. A., «Libertad de expresión y violencia. La apología», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1993, 49.

que «debe entenderse que esas conductas de autoelogio del hecho delictivo por su autor, deben quedar consumidas por el tipo que castiga el delito. No obstante, ello no excluye que la conducta sea típica y, desde luego, de ninguno de los preceptos que regulan la apología puede extraerse la conclusión de que queda excluido como autor de este delito el autor de la infracción objeto de la misma»<sup>1099</sup>.

Ejemplo de este supuesto fue el caso del *Diario Egin*<sup>1100</sup> condenado por la STS de 31 de diciembre de 1983, por un delito de apología al reproducir un comunicado de ETA donde se justificaba la muerte de dos personas; dicha sentencia exponía: «aunque normalmente la apología se refiere a conductas ajenas, las propias pueden exceder de la simple justificación –que por otra parte suelen ofrecer la mayoría de los delincuentes como exculpación de sus crímenes–, sino que además se alaba, ensalza, se aprueba, elogia y defiende tales conductas sin que aparezca en su redacción el más mínimo indicio de arrepentimiento»<sup>1101</sup>. Dichas sentencias posteriormente fueron anuladas por la STC de 12 de diciembre de 1986.

---

<sup>1099</sup> Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., Op. Cit., 51.

<sup>1100</sup> Los hechos pueden ser resumidos: en el diario *Egin* correspondiente al día 4 de abril de 1982 se insertó un comunicado de ETA en el que, bajo el titular «ETA (m) expone sus razones para haber dado muerte al doctor C.», dicho grupo armado hace «autopanegírico y autoloable de su comportamiento (sic) y esgrime argumentos tendentes a legitimar dicho asesinato». Posteriormente, en el mismo diario correspondiente al día 9 de mayo de 1982, se incluyó otro comunicado, esta vez bajo el título editorial «Para ETA (m) su último atentado supone un incremento cualitativo de la campana contra Lemóniz», en el que dicho grupo «vuelve a hacer autoloa y autopanegírico de su comportamiento y aduce argumentos para pretender justificar el asesinato que efectuó en la persona de don Angel P. M.».

<sup>1101</sup> Sin embargo, con esta argumentación está afirmando que es posible castigar a un sujeto por el mero hecho de no arrepentirse, lo que en nuestro sistema de Estado no es de recibo. Vid. LLOBET ANGLÍ, M., «¿El fin justifica los medios?...», cit., 529.

### 7.5.3. Aspectos concursales

Frente a la duplicidad de delitos por los que se condena a una misma persona, se ha de examinar si nos encontramos ante un concurso de normas<sup>1102</sup> (concurso aparente) o ante un verdadero concurso de delitos, es decir, si han de castigarse los hechos solo conforme a una de esas disposiciones del Código Penal o hay que aplicar ambas.

Existe *concurso de delitos* cuando un hecho constituye dos o más delitos, cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos, si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos. En el primer caso se habla de *concurso ideal*<sup>1103</sup>, mientras que en el segundo se produce un *concurso real*<sup>1104</sup>. Dentro de este último el Código penal distingue el supuesto de que uno de los delitos sea medio necesario para cometer otro (*concurso medial*). El concurso ideal y el medial reciben el mismo tratamiento jurídico, contraponiéndose al régimen general del concurso real<sup>1105</sup>.

En la jurisprudencia, STS de 26 de febrero de 2007, se sostiene que: «hay concurso de delitos -y no de normas- cuando, para abarcar la total antijuridicidad de un comportamiento delictivo concreto, es necesaria la aplicación de los diferentes preceptos penales. En otro caso nos encontraríamos ante un concurso de normas»<sup>1106</sup>.

En general, cabe apreciar un *concurso material de delitos en la apología del terrorismo con otros hechos delictivos*; así, es fácil imaginar que el elogio o la

---

<sup>1102</sup> Se habla en cambio, «**concurso de leyes**» cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que *sólo uno puede aplicarse*, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 652.

<sup>1103</sup> Conforme el texto del art. 77.1 CP, hay concurso ideal «en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones».

<sup>1104</sup> El art. 73 CP es el que regula el concurso real que es cuando se está en presencia de varios hechos constitutivos de varios delitos.

<sup>1105</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 646.

<sup>1106</sup> SSTS 468/2006, de 27 de abril; 1518/2005, de 19 de diciembre; 1521/2004, de 14 de diciembre; 1509/2004, también de 14 de diciembre; 875/2004, de 29 de junio, entre otras muchas.

justificación puedan ir acompañados de unas injurias a la autoridad o de una provocación para la comisión de un delito futuro. No obstante, como señala CÓRDOBA RODA, en este último caso deben distinguir entre dos supuestos distintos. Si el elogio es el medio utilizado para incitar a la ejecución de un delito existirá un concurso de leyes; que a juicio de LAMARCA PÉREZ, deberá resolverse a favor del tipo de provocación como norma específica. Pero si se aprecia que el elogio y la incitación aparecen de forma independiente entraran en juego las normas generales del concurso ideal de delitos<sup>1107</sup>.

Por su parte, BERNAL DEL CASTILLO crítica, la incongruencia que supone la regulación de la apología del terrorismo en el art. 578 respecto a la punición en el artículo siguiente (art. 579)<sup>1108</sup>, de la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 571 a 578. Sobre la base de su tercera interpretación del art. 578 CP (Vid. *supra.*), si la apología del terrorismo constituye una *forma de provocación indirecta*, se va a poder castigar por la vía del art. 579 *la provocación directa para cometer una provocación indirecta* de alguno de los delitos de terrorismo. A pesar de que nunca va a suceder, se da el hecho de que existe teóricamente tal posibilidad; lo que constituye un grave error del legislador<sup>1109</sup>.

Ahora bien, FERNÁNDEZ REQUENA<sup>1110</sup> entiende que se puede dar la situación que al realizar una acción de enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas pueda, a su vez constituir un *delito de terrorismo de baja intensidad* (art. 577) en relación –por ejemplo– a un delito de amenazas o daños.

---

<sup>1107</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985, 302-303.

<sup>1108</sup> El legislador contempla la sanción en el art. 579 de los actos preparatorios de la figura típica recogida en el art. 578. Dicho de otra manera, se sancionará o se podrá sancionar –sin darse jamás dicho supuesto– la provocación para cometer el delito de enaltecimiento o justificación de delitos terroristas; o sea, la incitación directa de una incitación indirecta. Vid. CAMPO MORENO, J. C., «El enaltecimiento o justificación de los delitos de terroristas o de sus autores», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2001, 1754.

<sup>1109</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1629-1630.

<sup>1110</sup> Vid. FERNÁNDEZ REQUENA, J., *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad*, *Análisis del artículo 577 C.P.*, Valencia 2009, 164.

Así, en el caso de una pintada que, a la vez que constituya un delito de amenazas contra un individuo identificado, constituya un delito de apología terrorista. O que esa pintada constituya a su vez un delito de daños, en el caso que se realice sobre una vivienda o un vehículo privado. Por lo que se puede dar el concurso entre los arts. 577 y 578. Por ejemplo: un acto público donde el sujeto (que no pertenezca a ninguna organización), dentro de un discurso donde se enaltezca, justifique o aliente las acciones de determinada organización, a su vez identifique a otros sujetos y los amenacé con ser potenciales víctimas de futuros atentados. Nada parece impedir la existencia de un concurso entre ambos delitos.

El *delito de colaboración con organización o grupo terrorista* consiste en cualquier acto de cooperación, ayuda o mediación, económica o de cualquier otro género con la actividad de aquéllos<sup>1111</sup>. Pero no es un delito autónomo, ni de tracto sucesivo, ni de mera actividad, ni de peligro abstracto. La diferencia entre este delito y la apología del terrorismo es clara: el primero exige una *actuación de carácter material* con la que se contribuya a la finalidad o actividad criminal de la organización; la segunda, constituye la manifestación de una voluntad conforme a dicha actividad, proponiéndolo como modelo de conducta elogiabile<sup>1112</sup>. En cualquier caso, parece evidente que la frontera entre los tipos de exaltación del terrorismo (art. 578 CP) y la colaboración con asociación terrorista (Art. 576 CP) es la materialidad de la conducta observada por el sujeto

---

<sup>1111</sup> En efecto, ya la doctrina científica entendía en relación con el derogado Art. 174 bis a) CP1973 que la mención «cualquier otra forma de cooperación» no constituía una cláusula que permitiera considerar acto de colaboración cualquier tipo de auxilio a la asociación terrorista. Así, sólo **constituían colaboración típica los actos de colaboración material con la asociación terrorista**, excluyéndose los supuestos de auxilio inmaterial o puramente espiritual. Vid. APARICIO DÍAZ, L., *El delito de colaboración con asociación terrorista*, Granada 2009, 438.

<sup>1112</sup> Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., Op. Cit., 105. «El sujeto activo con su comportamiento coloca a las acciones punibles, y asus autores como modelo otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente», Vid. SAAVEDRA RUÍZ, J., *Código Penal, comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 2ª edición actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, Madrid 2011, 1627.

activo que, en ambos casos, es un *extraneus*<sup>1113</sup> a la citada asociación<sup>1114</sup>. De ahí que la diferencia esencial en estos tipos se establecerá en la clasificación del concreto auxilio prestado como material o inmaterial. De ahí que se pueda plantear la existencia de un concurso de delitos real, ideal o medial.

Por otro lado, a nivel jurisprudencial se tiene un caso considerada relevancia [STS 149/2007, de 26 de febrero de 2007 (Caso De Juana Chaos)] en el que se condenó a Iñaki De Juana Chaos<sup>1115</sup> por la comisión de dos delitos, el de amenazas no condicionales a grupos de personas del art. 170.1 en relación con el 169.2 y el de enaltecimiento o justificación del terrorismo de la primera parte del art. 578, todos del CP. En relación a los hechos el TC consideró que «si alguna de tales disposiciones (arts. 170.1 o 578) no se aplicara, quedaría sin sancionar una parte de la ilicitud del comportamiento delictivo del procesado José Ignacio J. C. Hay una conducta de amenazas y hay otra de enaltecimiento del terrorismo. Si alguna de ellas se quedara sin castigo, no resultaría sancionado el comportamiento del procesado en su total antijuridicidad». En razón de lo cual, existía un concurso de delitos.

---

<sup>1113</sup> «El *extraneus* es el tercero ajeno a la asociación». Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona 1977, 251. «El *extraneus* una persona no integrada en la organización», Cfr. GUTIÉRREZ GIL, A., «La participación por colaboración en el delito de terrorismo», en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial II, 2001, 29-30.

<sup>1114</sup> Vid. APARICIO DÍAZ, L., *El delito de colaboración con asociación terrorista*, Granada 2009, 438-439.

<sup>1115</sup> Los hechos versan sobre Iñaki De Juana Chaos quien, mientras se hallaba cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Algeciras por numerosas acciones cometidas como miembro activo de la organización terrorista, remitió al *Diario Gara* dos cartas. La primera se titulaba «El Escudo», publicada el 1 de diciembre de 2004, en ella, dejaba muy clara su ideología separatista frente al Estado español, al que denominaba enemigo y fascista. En palabras de la propia Sentencia, «mantenía el ideario de la banda terrorista ETA» Además, mencionaba al entonces Juez Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional, Javier Gómez Bermúdez, a quien hacía responsable de los retrasos surgidos en su excarcelación, pese a que técnicamente había terminado de cumplir condena. La segunda, bajo el título «Gallizo», se publicó el 30 de diciembre de 2004. En esta epístola, De Juana citaba ejemplos de concretos funcionarios de prisiones para poner de relieve que la nueva política penitenciaria del Gobierno de Zapatero, empezando por el nombramiento de la señora Mercedes Gallizo como directora general de Instituciones Penitenciarias, consistía «en recuperar o promocionar a los personajes de más triste recuerdo para los presos en general y para el Colectivo de presos políticos vascos en particular».

El problema podría surgir ya cuando se entra a analizar frente a los hechos expuestos que si se está en presencia de un concurso real o ideal. El TS analiza el contenido de la carta «El escudo» que es donde –a su criterio– se configuran los ilícitos. Expresó que había existido un solo hecho, la redacción de un artículo de prensa y su consiguiente publicación en un periódico, y cita que determinadas partes de la carta eran «constitutivas de un delito de amenazas y un tono general y expresiones concretas que encajan en la figura de enaltecimiento o justificación, como ya hemos explicado. Pero todo ello dentro de una misma acción cuyo contenido alberga tales dos infracciones punibles». De lo cual concluyó que se estaba en presencia de un *concurso ideal* del art. 77. 2 CP de los delitos de amenazas no condicionales y enaltecimiento del terrorismo.

No obstante, hay que mencionar que, a dicha sentencia se le formularon tres votos particulares<sup>1116</sup>. El primero, suscrito por el magistrado Julián Sánchez Melgar, quien discrepa del criterio mayoritario en dos extremos: a su juicio, las amenazas vertidas por De Juana Chaos tuvieron el carácter de condicionales, por un lado, y, por el otro, considera que entre los delitos de amenazas y enaltecimiento del terrorismo apreciados en este caso existe una *relación de concurso real*, y no, como califica la mayoría, de concurso ideal pluriofensivo (el magistrado José Manuel Maza Martín se adhiere al voto particular en lo referente a esta segunda discrepancia). Al respecto, y en atención al tema que nos ocupa, merece transcribir sus razonamientos:

En efecto, según el art. 77 del Código penal, el concurso denominado ideal, es de dos clases: medial: cuando un delito es medio necesario para cometer otro; o bien, pluriofensivo: un solo hecho constituye dos o más infracciones penales.

El criterio mayoritario ha considerado que un mismo escrito no puede

---

<sup>1116</sup> El primero, suscrito por el magistrado Julián Sánchez Melgar. El segundo está suscrito por el magistrado Joaquín Giménez García, quien considera que De Juana Chaos debió haber sido absuelto. Del mismo modo, llega a esta conclusión, el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez aunque mediante otros razonamientos, pero que concluye diciendo que tal condena se basa en la expresión de «un planteamiento ideológico, que no pierde tal carácter por el hecho de ser aberrante».



ser, a su vez, constitutivo de varios delitos independientes, sino que todo él debe ser calificado como una misma acción penal, en sentido técnico. Se apoya, así, tal criterio, en una especie de concepto naturalístico de la acción: acción (penal) y hecho físico (el hecho de escribir, en este caso), no pueden ser escindidos, y, en consecuencia, constituyen un mismo hecho, y éste hecho «constituye dos o más infracciones penales» (delito ideal pluriofensivo). Desde mi perspectiva, la acción penal relevante (hecho típico) se relaciona con un comportamiento delictivo, y no con un hecho físico (natural). Es lo que podemos denominar como concepto normativo de acción. Que acción no es igual a un hecho físico, queda demostrado si pensamos en un solo disparo que atravesando varios sujetos, termina con sus vidas: un solo disparo (hecho físico) son, para el derecho penal, varias acciones que constituyen varios delitos de homicidio (tantos como sujetos muertos); el concepto, pues, físico o naturalístico de un hecho, no es, propiamente, el concepto normativo de la acción: son dos cosas diferentes.

Siendo ello así, en un mismo escrito, pueden concurrir diversos delitos: como, por ejemplo, uno o varios delitos de calumnias perfectamente tipificadas (como aquí sin duda ocurre, aunque el imputado no haya sido acusado por tales delitos, y no pueda, por ende, ser condenado), un delito de amenazas, o un delito de enaltecimiento del terrorismo. No importa que todo él, sea un escrito, porque un mismo escrito no es una misma acción (en el sentido indicado de hecho penalmente relevante), sino varias acciones, que se contienen en un mismo escrito. Del propio modo que un narcotraficante podría calumniar a diversos funcionarios de aduanas o de control de fronteras, y a su vez, proponer a otro por medio del mismo escrito la perpetración de un delito de tráfico de drogas, y ello no sería obstáculo para ser considerado como dos delitos distintos (uno de calumnias y otro de proposición delictiva), penándose separadamente los mismos, sin que pudiera hablarse de la existencia, a nuestro juicio, de un concurso ideal (pluriofensivo) de delitos. De la misma forma, existe concurso real (y no ideal), entre la acción de amenazar a otro con causarle un mal a su hijo, y el hecho de secuestrarle (es decir, privarle ilegalmente de libertad), véase un caso real en este sentido que se contiene en el Auto de inadmisión número 1177/2004, de 23 de septiembre. Por la misma razón, en el caso ahora enjuiciado, existe también un delito de enaltecimiento del terrorismo, como razona la sentencia mayoritaria, deducido de aspectos diversos de los escritos enjuiciados, y un delito de amenazas condicionales genéricas que resultan del párrafo anteriormente transcrito, que deberían concurrir en concurso real. De ser así, no puede imponerse una sola penalidad en su mitad superior, sino sancionar separadamente los delitos, conforme preceptúa el art. 73 del Código penal.

Por otra parte, señalar algunas cuestiones a las que ha aludido la Audiencia Nacional<sup>1117</sup> referidas al art. 578 CP. En primer lugar, que la apología de la apología no es delito, pero basa su argumento en el ATS de 23 de mayo de 2002, en el que se hace la distinción entre el delito de la apología del terrorismo como delito de opinión, que versa sobre otro distinto que es el delito-objeto, siendo en el caso: el terrorismo. De no ser así, y entender que el delito de apología del terrorismo es un delito de terrorismo, pues existiría la apología de la apología, lo que sería un absurdo. Por lo tanto, quien defiende o justifica la conducta de enaltecimiento de los delitos de terrorismo o de los que en ello intervinieron hecha por otro u otros no comete el delito del artículo 578 CP, por mucho que este delito esté en la sección rubricada «De los delitos de terrorismo». Ese comportamiento es apología de la apología y no integra el tipo penal, entre otras razones porque la justificación o enaltecimiento tiene que versar sobre los delitos de los artículos 571 a 577 o sus autores o partícipes. Esto lo logra diferenciar del supuesto en que, con ocasión o al hilo de la defensa de la conducta apologética hecha por otro, se realicen actos o se viertan expresiones o comentarios que puedan, por sí, de manera autónoma, colmar *prima facie* el tipo objetivo del delito del artículo 578 CP en cualquiera de sus vertientes, justificando la apertura de una investigación judicial. De igual manera, el enaltecimiento o justificación de la conspiración, provocación o provocación para cometer los delitos de terrorismo o de los que los intervinieron en su ejecución (artículo 579 CP) no es delito del artículo 578 CP.

Finalmente, cabe cuestionarse si puede concurrir un delito de reunión o manifestación ilícita (art. 513.1 CP), por tener como fin la comisión del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP)<sup>1118</sup>, y en consecuencia, poder ser prohibidos de manera anticipada.

---

<sup>1117</sup> En el Auto de 9 de julio de 2008, FJ 7.

<sup>1118</sup> Este análisis es a propósito de los autos de prohibición dictados por la JCI de la Audiencia Nacional, que se fundamentaron expresamente en la necesidad de evitar la comisión del delito de enaltecimiento del terrorismo, y son: auto JCI número 3, de 3 de septiembre de 2009 y dos autos de JCI número 6, ambos de 25 de septiembre de 2009.

Se tiene que el elemento central del delito de reunión o manifestación ilícita es que se ha de celebrar con “el fin de cometer algún delito”; además, ese fin ha de ser predicable de la reunión en sí misma, y no de algunos asistentes aislados, pues no basta que solo algunos de los participantes persigan el fin delictivo, ni que en el transcurso de la reunión se cometa efectivamente algún delito, sino que una parte significativa de los asistentes, y desde luego los convocantes, han de acudir a ella con esa precisa finalidad<sup>1119</sup>.

Al respecto, señalan MARTÍNEZ GARAY Y MIRA BENAVENT que una reunión convocada con la finalidad de homenajear a un terrorista muy difícilmente puede reunir dichos elementos típicos, porque reunirse para escuchar cómo alguien pronuncia un discurso ensalzando la vida y obra de un terrorista no es reunirse *para cometer* un delito, sino *para observar cómo otro lo comete* –que es quien habla–. La mera asistencia a estas reuniones, o incluso el aplauso entusiasta a los oradores, no constituye una conducta típica del delito del art. 578 CP. En consecuencia, la reunión no deviene en ilícita a través del art. 513.1 CP, sin perjuicio de que posteriormente quepa en su caso exigir responsabilidad penal por la comisión del delito del art. 578 a los individuos que personalmente haya realizado, en el transcurso de dicha reunión, la conducta típica de enaltecer o justificar<sup>1120</sup>.

Ejemplo de esta circunstancia, se encuentra en la **SAN 13/2010, de 2 de marzo**, en la que se condena a Arnaldo Otegi por la comisión del delito del art. 578 CP, por su participación en un homenaje al preso de ETA José María Sagarduy, también se solicitaba que se le condenará por la comisión del delito de reunión ilícita. En este caso, la Audiencia Nacional rechazó que pudiera considerarse cometido el delito del art. 513 CP, pues la reunión se celebró cumpliendo todas las formalidades exigidas en la ley; además, señaló que dicha reunión no se solicitó ni se autorizó con la finalidad de cometer un delito

---

<sup>1119</sup> Vid. MARTÍNEZ GARAY, L., Y MIRA BENAVENT, J., *Audiencia Nacional y Prohibición Penal de Reuniones y Manifestaciones*, director José Luis González Cussac, Valencia 2011, 206. Véase también: ORTIS BERENGUER, E., «Reuniones y Manifestaciones Ilícitas», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo II, Madrid 1983, 89 y ss.

<sup>1120</sup> Cfr. MARTÍNEZ GARAY, L., Y MIRA BENAVENT, J., Op. Cit. 207.

concreto, que en el transcurso de dicho acto se perpetró el delito de enaltecimiento de terrorismo por alguno o algunos de los asistentes al evento, es una cuestión distinta al margen del delito de reunión ilícita.

No obstante lo anterior, no puede negarse que en efecto pudiera concurrir el delito de reunión ilícita con relación al ilícito penal de enaltecimiento del terrorismo, pero para ello deben concurrir los presupuestos de ambos delitos, así: 1) que estuviera claramente establecido con anterioridad que se trata de cometer un delito de enaltecimiento del terrorismo, con la concurrencia de todos sus elementos. 2) que dicho delito lo fueran a cometer todos o la mayor parte de los asistentes a la reunión. 3) que la reunión ya se estuviera celebrando. Dicho supuesto es de difícil cumplimiento.

Sobre este aspecto, MARTÍNEZ GARAY Y MIRA BENAVENT<sup>1121</sup> sostienen que la única respuesta lícita de un Estado de Derecho ante la sospecha de la posible perpetración de un delito de enaltecimiento del terrorismo durante un acto público es efectuar la correspondiente vigilancia -policial- del mismo y, si se llega a cometer una conducta presuntamente constitutiva de delito, proceder a la identificación de los responsables, a la interposición de la correspondiente denuncia, y, si es el caso, a la disolución de la reunión.

## 7.6. Consecuencias jurídicas: penalidad

El art. 578 CP fija una autónoma<sup>1122</sup> y concreta *pena de prisión de 1 a 2 años*<sup>1123</sup>, a los que enaltezcan o justifiquen los delitos de terrorismo o sus partícipes; ello resalta el carácter de tipo delictivo autónomo, e impide que pueda castigarse más duramente la exaltación del delito que la realización del mismo.

---

<sup>1121</sup> *Ibídem.*, 218-219.

<sup>1122</sup> La pena relativamente poco grave (y autónoma) del art. 578 se prevé para conductas no punibles como provocación según el art. 579 en relación con el art. 18. No exige, pues, la provocación a un delito, y por ello no depende de la pena que se señale a otro delito. Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 346.

<sup>1123</sup> La cual conforme al art. 33.2 a) CP constituye una *pena menos grave*.

No obstante, como afirma BERNAL DEL CASTILLO<sup>1124</sup>, dicha sanción debe merecer el mismo reproche que el Tribunal Constitucional emitió para la pena prevista en el art. 576 para los actos de colaboración con organización o grupo terrorista. El Tribunal Constitucional valoraba entonces la lejanía del bien jurídico protegido respecto de la conducta típica y, por las mismas razones alegadas en dicha resolución, deberá seguirse el mismo criterio respecto al art. 578. Ahora bien, este autor quien interpreta que con este precepto se castiga una apología indirecta o circunstancial, le parece que la sanción ahí impuesta, no merece –siempre y en todo caso– una pena de prisión de tal calibre, sobre todo teniendo en cuenta *la escasa potencialidad lesiva* que tendrá en muchos casos, y la diferente naturaleza o circunstancialidad de los actos de enaltecimiento, que exigirían, como ya expuso el Tribunal para el caso mencionado, una posibilidad de atemperar la pena a la naturaleza de los actos.

Es preciso hacer mención a la gravedad de la pena de este precepto (art. 578 CP) en relación con la penalidad del art. 170.2 CP<sup>1125</sup>; ello, porque ambas conductas presentan cierta similitud en su contenido pero esta última tiene una virtualidad amenazante sobre un grupo de personas, es decir que perturba su sentimiento de tranquilidad (por eso se ubica entre las amenazas). En este sentido, como señala MANJÓN-CABEZA OLMEDA<sup>1126</sup>, este comportamiento es más

---

<sup>1124</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1630.

<sup>1125</sup> RUÍZ LANDÁBURU sostiene, que en el art. 170.2 se pueden incluir no sólo los reclamos directos sino también los indirectos y no sólo la comisión de delitos concretos, sino también las peticiones de actos genéricos que impliquen violencia; coincidiendo su ámbito típico con el art. 579, al ser así: «será de aplicación el apartado segundo del artículo 170 en detrimento de la provocación, pues mientras que ésta no deja de ser un acto previo a la ejecución del delito, aquél es un delito independiente y consumado». Vid. RUÍZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación y apología...*, cit., 65. Por su parte, BARQUÍN SANZ señala que: «la norma del art. 170.2 tiene sustantividad: abarca conductas que no eran punibles antes de su entrada en vigor, consistentes en la reclamación en público de la comisión de actos terroristas, con determinados requisitos. La no exigencia del empleo de medios cualificados de difusión distingue *prima facie* este delito de la provocación propia y de la apología como forma de provocación». Cfr. BARQUÍN SANZ, J., «Artículo 170», en *Comentarios al Código Penal, Tomo VI, Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Madrid 1999, 179.

<sup>1126</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Op. Cit., 580.

grave que el que se contiene en el art. 578, puesto que tiene la capacidad incitadora y amenazante y, sin embargo, se castiga con pena menos grave. Con ello, la autora concluye que la existencia del art. 170.2<sup>1127</sup> se convierte en otro argumento más contrario a la apología del terrorismo del art. 578 CP.

Ahora bien, si la apología implica provocación a un determinado delito de terrorismo no será punible con la pena de prisión de uno a dos años prevista por el art. 578, sino con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito a que se incite, que puede ser mucho más grave<sup>1128</sup>; aunque la finalidad de la ley al tipificar el enaltecimiento o justificación del art. 578 no fue *atenuar* la pena de estas conductas, sino, bien al contrario, regresar en parte a la punición de formas de apología distintas a la provocación a un delito<sup>1129</sup>. Y para los casos de distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, generando o incrementando el riesgo de su

---

<sup>1127</sup> El tipo penal fue incorporado al Código por la LO 2/1998, de 15 de junio (posteriormente modificada por la LO 15/2003, que incrementó la severidad de la sanción), alegando la necesidad de hacer frente a los altercados que suelen protagonizar personas del entorno ideológico de ETA, vitoreando las actividades terroristas y aprovechando en muchas ocasiones la convocatoria de manifestaciones realizadas por grupos pacifistas como señal de protesta o como apoyo a las víctimas del terrorismo, lo que acaba provocando el natural enfrentamiento entre unos y otros. Ante ello, el legislador pretendió, según dice la Exposición de Motivos, «cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (...) y la apología (*que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico*)». Tal vez porque nunca estuvo claro cuál era ese espacio, pronto se vio que el nuevo precepto sería fuente de importantes problemas interpretativos, pues resulta ciertamente difícil delimitar cuál deba ser su ámbito de aplicación. De un lado, la norma puede propiciar –pese a su colocación sistemática– el que se entiendan incluidas en la misma conductas que pueden caber en la provocación lo que, en contra de lo pretendido, acabaría por beneficiar a sus autores. Por su parte, BARQUÍN SANZ alude a que si bien el delito de petición pública de acción terroristas está dotado de un perfil normativo autónomo, su virtualidad punitiva es muy escasa, motivo por el cual señalábamos antes su carácter más simbólico que real. Vid. BARQUÍN SANZ, J., «Artículo 170», en *Comentarios al Código Penal, Tomo VI, Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Madrid 1999, 180.

<sup>1128</sup> V. gr. si se provoca a cometer un atentado que cause la muerte de una persona, hecho castigado en el art. 572.2 1º CP con la pena de prisión de veinte a treinta años, la pena imponible a la apología será de diez a veinte o de cinco a diez años.

<sup>1129</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., 346.

efectiva comisión, será castigada con la pena de seis meses a dos años de prisión, conforme al art. 579.1 párr. 2 del Código Penal<sup>1130</sup>.

Por otra parte, junto con la citada pena del art. 578 CP, el artículo 579.2 CP<sup>1131</sup> viene a prever la pena principal de *inhabilitación absoluta entre 6 y 20 años* para los autores de todos los delitos recogidos en dicha Sección, entre los cuales se encuentra la apología del terrorismo. Ciertamente, como señala MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «no hay en el Código ningún otro caso en el que la pena se exprese de esta forma tan indeterminada y con tan amplísimos márgenes»<sup>1132</sup>. Esta pena conforme al art. 33.2 b) CP es una *pena grave* y según el artículo 41 del Código Penal produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.

Al respecto, BERNAL DEL CASTILLO<sup>1133</sup> reconoce que tal penalidad, en el ámbito de los delitos de terrorismo, es una respuesta a la perplejidad e indignación que causaba en la opinión pública el acceso a cargos de representación en instituciones democráticas de personas condenadas por delitos de terrorismo, pues el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad y la deficiente regulación de la misma así lo permitía.

No obstante, y aunque tal regulación podría estar justificada, al tratarse de una pena principal se aplicará automáticamente a todas las infracciones de

---

<sup>1130</sup> Reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>1131</sup> Art. 579.2 Los responsables de los delitos previstos en esta sección, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, serán también castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.

<sup>1132</sup> Vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., Op. Cit., 558.

<sup>1133</sup> Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000...», cit., 1632.

dicha Sección, con independencia de su gravedad y naturaleza, lo cual puede dar lugar a consecuencias injustas<sup>1134</sup>. En este caso podríamos encontrar el art. 578 CP que a pesar de no guardar una naturaleza terrorista y contener una pena menos grave al contemplar una pena de prisión de 1 a 2 años, se aplicará una pena de inhabilitación absoluta por un tiempo mínimo de 6 años; cuando podría haberse previsto otro tipo de pena, como el de la inhabilitación especial, que tiene un marco punitivo mucho más amplio y puede, por ello, ser mucho más proporcionada a las penas privativas de libertad impuesta.

El último inciso del artículo 578 recoge la posible imposición por el juez o magistrado sentenciadores de algunas de las prohibiciones del artículo 57 «durante el periodo de tiempo que el mismo señale». La previsión, aunque bien intencionada, ni está bien redactada ni resuelve el problema de la duración de unas prohibiciones que en el artículo 57 aparecen como penas accesorias. A criterio de MANZANARES SAMANIEGO, «mejor hubiera sido referirse a éstas, aunque fuera imponiéndolas como principales»; por lo demás, crítica dicho autor, abarca tantos supuestos que no se sabe a qué duración máxima habrá de estarse, siendo lo más acertado, acudir a los cinco años de máximo puesto que la prisión de uno a dos años es pena menos grave conforme al artículo 33<sup>1135</sup>.

Finalmente, hay que mencionar que mediante la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, se modifica el art. 579, cuyo nuevo inciso 3 cita: «A los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave

---

<sup>1134</sup> Por otro lado, no se va a desconocer que se ofrece un criterio al juzgador a la hora de imponer tal pena, en atención a la gravedad del delito, número de delitos cometidos y circunstancias que concurran en el delincuente, que -sin duda- guarda mayor correspondencia con los delitos de terrorismo regulados en dicha Sección, pero no para el caso de la apología del terrorismo que es un delito de opinión con una pena menos grave.

<sup>1135</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (comentarios y jurisprudencia)*, Parte II, Parte Especial, artículos 138-639, Granada 2011, 1511.



cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor». Esta reforma implica por ejemplo que a una persona condenada por un delito de enaltecimiento del terrorismo en concurso real con otro de la misma Sección u otro del mismo Capítulo, además de la pena de prisión y la de inhabilitación absoluta, podrá imponérsele la medida de libertad vigilada; y quedará a criterio del Tribunal si imponer o no esta pena en caso que se trate de la comisión sólo del delito de apología del terrorismo, cometido por delincuente primario.

### 7.7. Algunas cuestiones procesales

Ciertamente en un Estado constitucional y democrático de Derecho subsiste el principio irrenunciable a que la solución de los conflictos y la aplicación de las normas jurídicas correspondan a jueces independientes, imparciales, técnicos en Derecho, seleccionados sin consideración a sus opiniones políticas ni a otros criterios discriminatorios. Esta regla no admite excepciones en el terreno de la delincuencia terrorista, donde no sería admisible la implantación de tribunales de excepción, que hubieran de reprimir con criterios políticos una delincuencia en que primaría la consideración de enemigo político<sup>1136</sup>. Esto en relación con la prohibición contenida en el art. 117.6 de la CE, de los tribunales de excepción, así como con la limitación de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio (art. 117.5 CE)<sup>1137</sup>.

Esto nos lleva a la garantía del juez natural que tiene toda persona en cualquier proceso judicial, pero al caso que nos ocupa al juez penal. Así, desde la perspectiva del derecho constitucional «el juez natural» implica la existencia de un órgano judicial preestablecido en forma permanente por la ley, juez natural es el juez legal o sea, el órgano creado por la ley conforme a la

---

<sup>1136</sup> Vid. BUENO ARUS, F., «Medidas eficaces para reprimir...», cit., 967.

<sup>1137</sup> Vid. GARCÍA MORILLO, J., «El derecho a la tutela judicial», en *Derecho Constitucional, Tomo I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia 2007, 362.

competencia que para ello la Constitución asigna, es decir, el tribunal judicial cuya creación, jurisdicción y competencia proviene de una ley anterior al hecho originalmente de aquel proceso, de tal suerte que la expresión juez natural es una garantía de los habitantes.

No pugna con este principio la posibilidad de que, para asegurar mejor la lucha contra determinados tipos de delincuencia, las leyes confiaran su represión a órganos judiciales especializados (no especiales) y centralizados, lo que permitiría una mejor concentración de medios pero cuyos competentes fueran seleccionados de acuerdo con las normas generales.

Así, España creó una Audiencia Nacional especializada en 1977, que fue legalmente configurada como un «órgano jurisdiccional independiente y especializado en el conocimiento y juicio con carácter procesal de urgencia, de las conductas delictivas de terrorismo»<sup>1138</sup>. Los jueces y fiscales de ese tribunal tienen jurisdicción nacional en cuanto a delitos de terrorismo<sup>1139</sup>. Algunos son de la opinión que los tribunales especializados tales como la Audiencia Nacional mejoran la capacidad de tratar casos de terrorismo y otros fenómenos delictivos pues permite la especialización en la materia. En tal sentido, la STC de 16 de diciembre de 1987, en su FJ 6, declaró su constitucionalidad señalando que no se trata de órganos especiales o excepcionales sino que responden a un legítimo criterio de especialización en razón de la materia, del ámbito territorial en que se producen los hechos que enjuicia, y de su trascendencia para el conjunto de la sociedad. Pese a ello, otros la consideran «incompatible con una

---

<sup>1138</sup> Vid. MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista...*, cit., 89 y ss.

<sup>1139</sup> Según el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Penal el período de detención preventiva de tres días puede prorrogarse dos o más días si un juez así lo autorizara. El detenido puede permanecer “*incomunicado*” durante ese período previa autorización judicial. Sin embargo, esa medida no suprime el derecho a asistencia letrada, aunque el abogado debe ser nombrado públicamente. La custodia en condiciones de incomunicación puede aplicarse a cualquier investigación penal de un delito y su propósito es evitar la fuga de otros sospechosos e impedir el ocultamiento o la destrucción de pruebas. Salvo esas medidas específicas, se aplican las mismas leyes procesales y normas probatorias aplicables a cualquier otro delito.

lectura material del derecho al juez natural, amén de hacer más gravoso el acceso a la justicia (a ese órgano) para todos lo que no residen en Madrid»<sup>1140</sup>.

En cuanto a las conductas apologéticas, ya el TC se ha pronunciado diciendo que la apología del terrorismo no es un delito de terrorismo, de modo que la ampliación del régimen excepcional a estas conductas que pretendía la LO 9/1984 en su art. 1.1 no quedaba cubierta por la cláusula de excepcionalidad del art. 55.2 CE<sup>1141</sup>, referida únicamente a «bandas armadas o elementos terroristas». La STC 199/1987, FJ 4, cita:

«La manifestación, en términos de elogio o exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, *no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos.* (...) Por todo ello, debe considerarse contraria al art. 55.2 de la Constitución la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos en el art. 1 de la Ley en el ámbito de aplicación de esta última en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas la suspensión de los derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional, es decir, en relación con los arts. 13 a 18 de la Ley Orgánica 9/1984».

Dicha tesis es la misma sostenida –actualmente– por el Tribunal Supremo, en los autos de 23 de mayo de 2002 y 14 de junio de 2002<sup>1142</sup>, pronunciándose sobre la naturaleza de la *apología del terrorismo del art. 578 CP*, en el sentido que no constituye un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de

---

<sup>1140</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G. «Los subsistemas penales...», cit., 204-205.

<sup>1141</sup> Pero también debe quedar claro que, como en el caso de la apología, no se trata de un delito de terrorismo, por más que formalmente se ubique entre los mismos, por lo que *tampoco podrán aplicarse en estos casos las medidas excepcionales sobre suspensión de derechos u otras consecuencias propias de este tipo de normativa*. Vid. LAMARCA PÉREZ, C., «Apología: un residuo...», cit., 43.

<sup>1142</sup> Las *Vivas a ETA proferidas en el transcurso de un mitin político celebrado en el extranjero*, podrían –en principio– integrar el supuesto contemplado en el artículo 578 CP y ser perseguidas en España cuando se hubieran cometido dentro del territorio del Estado, no pueden serlo si son realizadas fuera de España, porque no constituyen un delito de terrorismo –*vid.* 23.4 b) LOPJ–, pues la apología es un delito de opinión que tiene al terrorismo como referente necesario pero externo desde el punto de vista del *iter criminis*; un delito relacionado con el terrorismo en el plano ideológico y en la perspectiva del bien jurídico de referencia, pero de cuya naturaleza y de cuya gravedad no participa, aún cuando exista una convergencia ideal en el plano de los fines. **Auto TS 14 de junio de 2002.**

sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta. Para el caso expresa:

«Resulta, que la apología, cuando se persigue penalmente, **es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo**, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología, lo que conduciría directamente al absurdo».

Con ello definió el TS que la jurisdicción española no era competente para conocer en la causa de Arnaldo Otegi por haber finalizado un acto en Francia con la expresión «*Gora Euskadi Askatasuna*»; por no hallarse la apología entre los delitos de terrorismo a los que hace referencia el art. 23.4 LOPJ<sup>1143</sup> para poder perseguir infracciones cometidas fuera del territorio español.

Ciertamente, a partir del art. 23.4 LOPJ al estar presente ante un delito de terrorismo, la jurisdicción española puede perseguir penalmente los hechos. En el caso del art. 578 que se encuentra incluido por el legislador bajo el genérico título «De los delitos de terrorismo»; conforme al Auto del TS, en dicho caso no se está en presencia de un delito de terrorismo sino ante un delito de apología del terrorismo, aunque su ubicación sistemática dentro del Código Penal haga creer lo contrario.

Sobre este punto, COBO DEL ROSAL<sup>1144</sup> cuestiona hasta qué punto puede el *nomen iuris* de las rúbricas legales con las que el legislador titula los capítulos, secciones, etc., del Código Penal, vincular de manera inexorable al intérprete

---

<sup>1143</sup> El art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone:

1. En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.(...)

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio y Lesa Humanidad, b) Terrorismo, c) (...).

<sup>1144</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M., «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en *Cuadernos de política criminal*, Nº 76, 2002, 114-117.

científico, e incluso al «aplicador» del Derecho Penal<sup>1145</sup>. Aún admitiendo, pues, que la *ratio legis* pueda desempeñar un papel a la hora de interpretar las Leyes penales, este ha de ser, forzosamente secundario. *El punto de partida de la estructura del delito es el tipo de injusto. Y el tipo de injusto, representa la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido*<sup>1146</sup>. Así entendido, dicho autor reconoce que la rúbrica legal no tiene validez, y menos vinculante para el intérprete, ni menos para el juzgador, pues en sí misma no es concreción y expresión de ninguna materia criminalmente prohibida; es simple rúbrica o título de orden clasificatorio que no puede suplantar, ni mucho menos, la redacción de los tipos de injusto en la medida en que solamente ellos son los que, taxativamente, describen las conductas penalmente prohibidas y conminadas con una pena criminal<sup>1147</sup>.

Sobre la base de estos presupuestos, cabría entender que para conocer de los casos de apología del terrorismo resulta competente la jurisdicción ordinaria pues la LO 7/2000, que introdujo el art. 578 CP, no ha previsto de forma expresa que su enjuiciamiento corresponda también, como sucede con las actividades a que se refieren los arts. 571 a 577, a la Audiencia Nacional<sup>1148</sup>. No obstante, y pese a ello, la competencia de la jurisdicción especial de la Audiencia Nacional ha sido expresamente ratificada, según lo indican el auto

---

<sup>1145</sup> «No basta el examen del epígrafe para desentrañar la materia que contiene, porque el derecho objeto de tutela no puede alcanzarse, en la mayoría de los casos, del solo concepto expresado en el *título*, sino a través del análisis de los aspectos concretos de ese bien jurídico contenido en las figuras que componen los capítulos que lo integran». Cfr. COBO DEL ROSAL, M., «Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XIV, Fascículo 2, Año 1961, 211; COBO DEL ROSAL, M., «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en *Cuadernos de política criminal*, N° 76, 2002, 115.

<sup>1146</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M., «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en *Cuadernos de política criminal*, N° 76, 2002, 116.

<sup>1147</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M., «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en *Cuadernos de política criminal*, N° 76, 2002, 119.

<sup>1148</sup> En este sentido el Voto Particular emitido por la Magistrado Sra. San Miguel Bergaretxe en los Autos dictados por la Audiencia Provincial de Vizcaya de 7 y 22 de enero de 2003 señalando que la falta de modificación de la ley procesal en materia de competencia para los casos de apología supone un ejercicio de analogía prohibida.

del TS de 19 de enero de 2004<sup>1149</sup>. Así, LAMARCA PÉREZ señala que la doctrina ha venido cuestionando desde el principio esta atribución de competencias que resulta contraria al sistema general de organización judicial diseñado por la Constitución y contradice el derecho al Juez natural y al principio de inmediación<sup>1150</sup>.

Frente a estas circunstancias lo más adecuado sería que se reformara la Ley Orgánica del Poder Judicial e incluyeran como propios de la jurisdicción española los delitos de opinión «relativos a los delitos de terrorismo», aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, incluyéndolos en el citado art. 23; así como se hizo con «los delitos relativos a la prostitución». Sólo en ese caso sería posible un enjuiciamiento en España de tales hechos siendo respetuosos con el principio de legalidad<sup>1151</sup>.

---

<sup>1149</sup> El Juzgado de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional se inhibió del conocimiento de la causa a favor del órgano judicial que territorialmente fuera competente, al considerar que los hechos serían constitutivos de un delito de apología del terrorismo del que no era competente la Audiencia Nacional. El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tolosa rechazó el conocimiento de la causa por considerar que los hechos presentan características que hacen presumir la posible existencia de una infracción penal consistente en cooperación o colaboración con banda armada o elementos terroristas, para cuyo enjuiciamiento es competente la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo consideró que los hechos estaban situados en el contexto que contempla la Exposición de Motivos y encaminados a exaltar el terrorismo parecen entrar de lleno en el art. 578 (comprendido dentro de los delitos de terrorismo), declarando por tanto competente a la Audiencia Nacional.

<sup>1150</sup> Cfr. LAMARCA PÉREZ, C., «Apología: un residuo...», cit., 47.

<sup>1151</sup> Vid. COBO DEL ROSAL, M., «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en *Cuadernos de política criminal*, N° 76, 2002, 120.



## CAPÍTULO VIII

### REFLEXIONES JURÍDICAS EN TORNO AL DELITO DE LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO

#### 8.1. Consideraciones previas: planteamiento del problema

Ciertamente en los países occidentales existe una evidente preocupación frente al terrorismo. Las reacciones penales de los Estados democráticos y constitucionales de Derecho –de cara a dicha problemática– son recibidas con posiciones muy críticas y antagónicas. Así, los hay quienes desde un enfoque teórico garantista, ven en las medidas implantadas por los Estados el peligro de prácticas abusivas en la persecución penal, en detrimento de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos<sup>1152</sup>; por otro lado, existe la preocupación de quiénes temen que un exceso de garantías induzca al Estado a una pasividad que tienda a trivializar el terrorismo de modo que haya mayor afectación a la estructura misma de la sociedad democrática, estos últimos propugnarían una tendencia –sino tan extrema– pero orientada al llamado Derecho penal del enemigo.

El panorama político-criminal global en el que se produce, en el momento actual, el debate sobre las infracciones de terrorismo presenta los rasgos de un verdadero cambio de paradigma. Se está produciendo –al menos–, por un lado, una expansión cuantitativa y cualitativa del ordenamiento penal; por otro, un proceso de cambio de la relevancia del ordenamiento penal y su funcionamiento en la comunicación pública: lo que antes sólo interesaba a

---

<sup>1152</sup> La batalla por la llamada «seguridad ciudadana» aparece y desaparece para justificar reformas siempre más severas del sistema penal. Parece así que ya no cabe hablar de un problema de «expansión del Derecho penal» sino más bien de uno de «abuso del Derecho penal» de la «banalización de la legalidad» o de «populismo punitivo». Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007, 229.



juristas, ahora está en boca de todos<sup>1153</sup>. Y esto, inequívocamente, porque afecta a la sociedad en su conjunto.

En el presente trabajo, el análisis del art. 578 CP se ha estudiado desde el ámbito que circunda al terrorismo, no porque su contenido normativo determine su naturaleza terrorista, sino porque es precisamente esta criminalidad lo que el legislador pretende prevenir con su tipificación en el Código Penal. Como reiteradamente se ha expresado, por medio de la LO 7/2000 se introduce el enaltecimiento o la justificación del terrorismo, teniendo como marco múltiples factores de carácter político-criminal, no directamente vinculados a lo que se dice proteger, sino a *necesidades sociales de defensa*<sup>1154</sup>, o bien dirigidos a la obtención de condiciones sociales que distan de ser bienes jurídicos pero en todo caso para hacer frente a la proliferación de actitudes a favor de esa delincuencia.

No se puede afirmar que el art. 578 CP sea totalmente novedoso pues en el Código Penal ya se regulaba el art. 607.2 que tipifica la apología del genocidio con el que guarda paralelismo; en ambos casos, el legislador creó una apología al margen de las prescripciones del art. 18 CP, exigiéndose en este último que la apología constituya una «incitación directa» a la comisión del hecho delictivo. Ahora bien, si en el art. 578 CP se despoja a la apología de su componente incitador ¿qué nos queda? un simple acto comunicativo de alabanza, aprobación o aplauso de los delitos de terrorismo o de sus partícipes; en otras palabras, una especie de adhesión ideológica o moral a las infracciones de terrorismo, en las que se evidencia una determinada ideología, la expresión de ideas u opiniones, las que a mi criterio –sin duda– inadecuadas o erróneas desde una óptica política, incluso ética, pero no necesariamente delictivas. Este

---

<sup>1153</sup> Vid. CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo...*, cit., 18-19.

<sup>1154</sup> La primera manifestación del Derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico-español la encontramos en la tipificación de conductas que no afectan a bienes jurídicos penales, y cuya finalidad consiste únicamente en calmar las reacciones emocionales que las mismas producen. Nos estamos refiriendo al delito de adhesión a las infracciones de terrorismo, o a sus autores, previsto en el art. 578 CP. Vid. OLÁSULO ALONSO, H. Y PÉREZ CEPEDA, I., *Terrorismo Internacional...*, cit., 59.

es el peligro que subyace en una regulación de tipos legales como la apología del terrorismo, que supone un adelantamiento a la criminalización de conductas a un ámbito sumamente previo a la comisión de cualquier hecho delictivo y que roza con el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión y consecuentemente a otros de igual importancia y con los que encuentra relación como el derecho de reunión o manifestación.

Ante este panorama y la coexistencia de dos tipos de apología en el Código Penal cabe preguntarse si acaso el legislador ha logrado trazar inequívocamente la frontera entre lo que éticamente es reprochable y lo que es penalmente sancionable; y es que, no se puede desconocer que con la apología del terrorismo, se pueden castigar hechos que aunque no sean parte del ejercicio de un derecho fundamental, innegablemente, están muy cercanas al ámbito del contenido protegido.

Sobre este punto, la EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, ha señalado los importantes problemas que plantea a los derechos humanos estos «nuevos» crímenes de discurso en los que se considera que favorecen directa o indirectamente al terrorismo. Pues «las restricciones han ampliado las prohibiciones existentes sobre la incitación a áreas más amplias y menos definidas como "disculpa", "alabar", "glorificación o fomento indirecto" o "justificación pública" de el terrorismo. Estos "nuevos" delitos suelen tipificar como delito la difusión, publicación y posesión de material que se consideran incluidas en las disposiciones de la incitación. Estas disposiciones en general, tienden hacia un debilitamiento de la relación de causalidad que se requiere normalmente en la ley entre el discurso original (u otra forma de expresión) y el peligro de que actos criminales actos puedan ser cometidos»<sup>1155</sup>.

---

<sup>1155</sup> En el texto original cita: «Restrictions have expanded from existing prohibitions on incitement to much broader and less defined areas such as "apology", "praising"; "glorification or indirect encouragement" or "public justification" of terrorism. These "new" offences often criminalise the dissemination, publication and possession of material which are considered to fall foul of the incitement provisions. These provisions generally tend towards a weakening of the causal link that is normally required in law between the original speech (or other form of expression) and the danger that criminal acts may be committed». Vid. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on Counter-Terrorism Measures and*

La OSCE también evidencia el problema que conlleva la criminalización de la indirecta incitación o apología / glorificación de actos terroristas. «La Penalización de tales expresiones, implica un riesgo claro y previsible de abuso, debido a la penalización generalizada de la expresión de ideas u opiniones que no son "gustadas" por la mayoría, sin cuestionar si son o no son, de hecho, puede dar lugar a la comisión de un acto terrorista. Este problema es particularmente agudo en relación a los delitos que no son realmente «incitación», tales como la apología, glorificación o justificación del terrorismo»<sup>1156</sup>. Esta Organización no encuentra inconveniencia en la criminalización del discurso que incita o provoca la ejecución de actos terroristas; pero, insiste en que es difícil compatibilizar la penalización de la apología o glorificación del terrorismo con los derechos humanos.

Una vez establecido –en los capítulos anteriores– el marco teórico conceptual de la apología del terrorismo, su marco histórico nacional e internacional, su naturaleza, tratamiento jurídico junto con la delimitación del contenido del derecho a la libertad de expresión, conviene ahora realizar un análisis crítico sobre el mismo, determinar su interpretación, constitucionalidad o plantearse la posibilidad de reforma o adopción de nuevas estrategias.

## **8.2. Valoración final: ¿son peligrosas las palabras en un Estado democrático y constitucional de Derecho?**

Un Estado democrático y constitucional de Derecho reconoce el sometimiento del ejercicio del *ius puniendi* o poder penal a la Constitución y a los principios que se derivan de ella, así como la tutela de los derechos

---

*Human Rights*, CDL-AD (2010)022, Adopted by the Venice Commission at its 83rd Plenary Session (Venice, 4 June 2010), Strasbourg, 5 July 2010, 9.

<sup>1156</sup> Vid. OSCE/COE EXPERT WORKSHOP AND OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS, *Background Paper on Human Rights Considerations in Combating Incitement to Terrorism and Related Offences: Preventing Terrorism: Fighting Incitement and Related Terrorist Activities*, Vienna, 19-20 October 2006, 9.

fundamentales de las personas; en ese sentido, la Carta Magna fundamenta todo ese conjunto de disposiciones del régimen jurídico penal, estableciendo el marco sobre el que debe ceñirse la ley penal y sus materias afines. Ante graves formas de criminalidad, el Estado debe librar una lucha por medio del Derecho, y esto acontece –especialmente– por medio de una protección institucional de bienes jurídicos, con una finalidad de prevención y control aunque no necesariamente penal, pues debe prevenir el delito usando no sólo las conminaciones penales sino otros medios; reconociendo límites formales y materiales fijados normativamente a nivel legal, constitucional e internacional, es decir, no se concibe un poder absoluto del Estado en la lucha contra la delincuencia.

En mi opinión, sin ánimo de ser radical, la apología del terrorismo en los términos regulados en el art. 578 CP es *inconstitucional*, porque como reiteradamente se ha expresado sanciona la sola difusión de ideas y opiniones, la observancia de una determinada posición ideológica; ya que no exige ni la incitación directa a cometer hechos delictivos, ni la indirecta. En consecuencia, se carece de un elemento esencial e indispensable para no invadir el contenido esencial de protección del derecho a la libertad de expresión. A continuación, algunas consideraciones sobre esta postura.

En cualquier país el debilitamiento de la libertad de expresión es una clara indicación del deterioro de la democracia, pues ésta supone una pluralidad de opiniones e ideas, y un clima de tolerancia que haga posible el libre flujo de las mismas; desde luego, ese clima de respeto no se extiende solamente a las opiniones más ortodoxas, sino que, sobre todo, a aquellas que no son compartidas por la mayoría<sup>1157</sup>, y que incluso pueden parecerle repudiables. Ésta es precisamente una regla de convivencia.

---

<sup>1157</sup> Las Constituciones que apelan al principio democrático, al desarrollo de la personalidad o a la libertad de expresión y que luego resulten limitados por opciones morales mayoritarias, incurrirían en una *contradicción práctica*, o sea, un engaño, en una trampa cuya gravedad es

El legislador al introducir el art. 578 CP, no tuvo en cuenta que para elaborar un tipo que sanciona acciones que atañen a la libertad de expresión como ejercicio de un derecho fundamental, *se debe de determinar con exactitud su contenido*, garantizando de alguna manera que en efecto no es el ejercicio legítimo a la libertad de expresión, y que además requiera una intervención penal en consideración las exigencias de la prohibición de exceso, para garantizar los principios de legalidad, de intervención mínima y de proporcionalidad<sup>1158</sup> en la reacción.

El Tribunal Constitucional aboga por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales de modo que restrinja el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo. Por tanto, los límites de los derechos deben ser interpretados con criterios restrictivos<sup>1159</sup> y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos.

Como se recomienda en el CONSEJO DE EUROPA sobre la protección de la libertad de expresión e información en tiempos de crisis, «los Estados miembros no deben utilizar términos vagos al imponer restricciones a la libertad de expresión e información en tiempos de crisis. La incitación a la violencia y el desorden público debe ser adecuada y claramente definidos»<sup>1160</sup>.

---

directamente proporcional a la restricción de la libertad resultante. Cfr. VIVES ANTÓN, T. S., «Sistema democrático y concepciones...», cit., 19.

<sup>1158</sup> «Tal principio ha sido especialmente desarrollado por la doctrina constitucional alemana y por el Tribunal Constitucional alemán incluyendo en él tres subprincipios: el de idoneidad de la intervención estatal para conseguir su finalidad, el de necesidad de dicha intervención para tal fin y el de proporcionalidad en sentido estricto entre el cote de la intervención en términos de afectación de derechos y el beneficio representado por le fin a obtener», Vid. MIR PUIG, S., *Constitución y Principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Valencia 2010, 68.

<sup>1159</sup> Los derechos regulados en el art. 20 de la Constitución tienen un carácter expansivo y la limitación de su ejercicio, máxime por vía de la interpretación penal deberá ser interpretada restrictivamente. No parece que la punición de conductas de enaltecimiento desvinculada casi absolutamente de la preparación de delitos futuros respete esa exigencia, máxime cuando entran en el campo de la opinión política. Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., Op. Cit., 1629.

<sup>1160</sup> *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on protecting freedom of expression and information in times of crisis, adopted by the Committee of Ministers on 26 September 2007 at the 1005th meeting of the Ministers' Deputies, Guideline IV, § 19.*/ Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de la libertad de expresión y la información en tiempos de crisis, aprobado por el Comité de Ministros el 26 de septiembre de 2007 en la reunión del 1005<sup>a</sup> Delegados de los Ministros, IV Orientación, § 19.

Desde el punto de vista de las normas constitucionales, ha de responderse a la pregunta de si lo que el tipo penal pretende proteger es un bien que merece la protección penal; pues hay bienes jurídicos de elevada importancia que requieren que su *protección penal se adelante* castigando conductas peligrosas.

En la misma línea de ideas, el autor alemán ZÖLLER<sup>1161</sup> considera que un Derecho penal aplicado al terrorismo que pueda calificarse como constitucionalmente intachable y ajustado así a Derecho debe cumplir con dos requisitos esenciales: 1. Que el estadio relativo a los actos preparatorios muestre ya un considerable potencial de peligrosidad con respecto a bienes jurídicos relevantes; 2. Que las conductas punibles estén lo suficientemente determinadas en el texto legal. Siguiendo el esquema propuesto por este autor pasaré a desarrollar los dos ámbitos:

1. En la Constitución no se establece un mandato genérico dirigido al legislador penal para que intervenga protegiendo los bienes constitucionales. Se parte de la base que el *legislador es soberano a la hora de elegir qué bienes de los reconocidos constitucionalmente han de ser merecedores de tutela penal, y en consecuencia su lesión objeto de sanción penal*. En esa elección, desde el punto de vista constitucional, el legislador sólo estaría limitado por criterios formales – como el de legalidad– y algunos de carácter material como pudieran ser el principio de proporcionalidad o el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales; otra serie de límites, no reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución –fragmentariedad, subsidiaridad, intervención mínima, *ultima ratio*, eficacia de protección– sólo tienen una capacidad limitadora más teórica que práctica<sup>1162</sup>.

El TC ha señalado que la ley penal no puede dispensar su protección a bienes jurídicos proscritos en la CE o socialmente irrelevantes. Protección que

---

<sup>1161</sup> Citado por: CANO PAÑOS, M. A., «Los inicios de la lucha...», cit., 28.

<sup>1162</sup> Vid. MUÑOZ LORENTE, J., «obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 6, 2001, 106-107.

además ha de ser necesaria y proporcionada, pues, dada la gravedad de las respuestas penales, sólo deben operar frente a conductas y para la tutela de bienes jurídicos de importancia; de modo que no se produzca un sacrificio innecesario o excesivo de los derechos, cuyo origen puede estar en una innecesaria reacción penal o por ser excesiva la cuantía o la extensión de la pena en relación la entidad del delito<sup>1163</sup>.

En consecuencia, resultaría constitucionalmente admisibles todas aquellas conductas típicas que supongan en un sentido objetivo la probable producción de un menoscabo a un bien jurídico, suponiendo entonces, una cierta aptitud o idoneidad para generar un resultado; quedando descartadas todas aquellas regulaciones de conductas inocuas, cuyo fundamento de punición se base en la impresión o en la desobediencia estatal.

En cuanto al art. 578 CP, es innegable que la misma surgió a raíz de una significativa demanda social, no soy de la opinión que lo que este artículo pretende proteger sea de naturaleza irrelevante, pero tampoco he de admitir la idea que el derecho penal sea la vía idónea para reprimir o sancionar la simple exteriorización de ideas, por muy reprobables que sean, pues a mi criterio para que esta conducta tenga la suficiente relevancia penal le hace falta la presencia de elementos indispensables que determinen su peligrosidad, tal es el caso de la *incitación directa a la comisión de hechos violentos*, en este caso: los de terrorismo.

Sobre este aspecto, la OSCE también señala la importancia de que los Estados velen cuidadosamente por los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad en la elaboración de leyes sobre glorificación de actos terroristas. Una forma para ello es exigir expresamente tanto *una intención específica de incitar a la comisión de un acto terrorista y un peligro concreto de este acto*<sup>1164</sup>.

---

<sup>1163</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La generalización del derecho...», cit., 236-237.

<sup>1164</sup> Vid. OSCE/COE EXPERT WORKSHOP AND OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS, Op. Cit., 10.

Pero como se ha señalado en el capítulo anterior, para sancionar este tipo de conductas, no era necesaria la introducción de un precepto elaborado en estos términos, pues ya en el Código Penal se contaba con las disposiciones correspondientes e idóneas para su reproche penal; siendo así, se advierte la intención del legislador en producir efectos meramente simbólicos.

Y es que, a través de la función simbólica del Derecho penal se transmiten ciertos mensajes de contenido valorativo que inciden en la conciencia social; esos valores, al ser interiorizados por los ciudadanos, operan de modo preventivo de comportamientos lesivos de bienes jurídicos dirigiendo el proceder de los destinatarios de las normas hasta hacerlo adecuados a éstas. El problema es claro cuando se abusa de esa función simbólica<sup>1165</sup>. Y es que si bien el legislador tiene la prerrogativa constitucional de decidir acerca de los comportamientos sancionables, nada inhibe para que su decisión resulte profundamente errada. El legislador no es infalible y se equivoca.

2. En cuanto a la *determinación del contenido normativo del delito de apología del terrorismo* respecto al alcance de la libertad de expresión en el contexto de la prevención del terrorismo es –sin lugar a dudas– altamente complejo<sup>1166</sup>; identificar esa línea de aceptabilidad puede variar, inclusive de país a país, y depender de las costumbres o la diversidad en la cultura jurídica. No obstante, como se advirtió del estudio de los instrumentos internacionales, los principios

---

<sup>1165</sup> Vid. MUÑOZ LORENTE, J., «obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 6, 2001, 118.

<sup>1166</sup> Debe partirse de que las exigencias del principio de legalidad nacen desde el instante que cualquier intervención punitiva comporta una injerencia en los derechos fundamentales (libertad, honor, intimidad). Por consiguiente, la materia penal, en cuanto comporta una limitación de derechos, debe estar sometida a controles precisos. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La generalización del derecho...», cit., 231-232.

la STC 133/1987, en los que fijan los requisitos generales del principio de legalidad en materia sancionadora. Aunque no versa sobre terrorismo resulta de gran utilidad para contrastar la validez que el TC otorga a la indeterminación de que adolece la formulación legal del delito de cooperación con organización terrorista, que según se interprete puede llegar a no dejar fuera del ámbito típico ninguna conducta que pudiera ser idónea para los fines colaboracionistas.



básicos son prácticamente equivalentes en todas las regiones. La OSCE<sup>1167</sup>, en su declaración conjunta ha manifestado:

*«El derecho a la libertad de expresión es universalmente reconocido como un derecho humano y para responder al terrorismo mediante la restricción de este derecho puede facilitar ciertos objetivos terroristas, en particular, el desmantelamiento de los derechos humanos.*

*Si bien puede ser legítimo prohibir la incitación al terrorismo o actos del terrorismo, los Estados no deben emplear términos vagos como "glorificación" o "promover" el terrorismo para la restricción de la expresión. La incitación debe ser entendida como una llamada directa a participar en actos de terrorismo, con la intención de que esto promueva el terrorismo, y en un contexto en el que la llamada sea directamente responsable de incrementar la probabilidad real que ocurra un acto terrorista*». (Resaltado suplido)

En su texto original, cita:

*«The right to freedom of expression is universally recognised as a cherished human right and to respond to terrorism by restricting this right could facilitate certain terrorist objectives, in particular the dismantling of human rights.*

*While it may be legitimate to ban incitement to terrorism or acts of terrorism, States should not employ vague terms such as 'glorifying' or 'promoting' terrorism when restricting expression. Incitement should be understood as a direct call to engage in terrorism, with the intention that this should promote terrorism, and in a context in which the call is directly causally responsible for increasing the actual likelihood of a terrorist act occurring»<sup>1168</sup>*

En razón de lo anterior, el *principio de legalidad* juega un papel primordial como garantía jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado, ámbito donde tiene enorme relevancia y desempeña un papel de primer orden como garantía de los derechos fundamentales de la persona humana<sup>1169</sup>. Por

---

<sup>1167</sup> Vid. OSCE/COE EXPERT WORKSHOP AND OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS, Op. Cit., 8.

<sup>1168</sup> Joint declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, 21 December 2005.

<sup>1169</sup> «La aplicación de este principio, y a la vez derecho fundamental, requiere a la ley penal claridad y precisión. Por eso la primera objeción sería a estas doctrinas generalizadoras de la excepción nace de la propia ambigüedad de muchas de sus formulaciones legales o de sus

otro lado, dicho principio tiene un *fundamento político-criminal*, en el sentido que sólo puede entenderse razonablemente que los ciudadanos se abstengan de realizar determinada conducta si la prohibición es perceptible previamente y *con la claridad suficiente*.

Y es que, con el mandato de predeterminación normativa de los tipos y de las penas, se asegura a los ciudadanos que la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de los jueces no va a traspasar, en ningún caso, la barrera infranqueable de la letra de la ley, evitándose así toda tentación de creación jurisprudencial de delitos y penas.

De allí la *exigencia dirigida al legislador penal*, en el sentido de procurar utilizar un lenguaje claro y comprensible al describir las conductas prohibidas, evitando en lo posible la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, oscuros e inciertos que pudiesen dar lugar a la aparición de divergencias interpretativas que puedan inducir a la arbitrariedad; pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisas y claras. Por tanto, no pueden considerarse conformes al principio de legalidad, los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales.

En consecuencia, se viola dicho principio en el caso de figuras delictivas cuyos elementos constitutivos están formulados en términos cuya interpretación *no permite una verificación precisa, incentivando diversas opciones interpretativas de carácter subjetivo en el juzgador*. En ese sentido, el principio de legalidad penal garantiza, por un lado, el estricto *sometimiento del juez a la ley penal*, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación así como una interpretación analógica de la misma; y por otro, *la seguridad del ciudadano* en cuanto a la certeza de que la ley penal le permite programar sus

---

aplicaciones judiciales, difícilmente compatibles con el mandato de taxatividad. En efecto, no resulta sencillo determinar a quién ha de considerarse por ejemplo, integrante, colaborador o *apologista del terrorismo*». Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La generalización del derecho...», cit., 231-232.

comportamientos *sin temor* a posibles condenas por actos no tipificados previa y claramente.

De lo anterior se concluye que, *siendo el tipo penal una construcción lógica de la situación hipotética conminada en abstracto con la imposición de una pena, la misma debe hacerse con el mayor nivel de precisión y claridad que permitan los marcos o límites de tal construcción, lo cual no puede llevar a exigir del legislador un nivel de precisión que sólo puede ser hecho por el juzgador a la vista de la situación fáctica que le corresponda decidir.*

Retomando lo expuesto en los párrafos anteriores, resulta conveniente confrontar lo dispuesto en el art. 578 CP y el principio de legalidad. Como se sabe el precitado artículo dispone:

*El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 1 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución (...) se castigará con la pena de prisión de uno a dos años (...).*

Se aprecia que la disposición aludida no describe suficientemente la conducta punible en la medida necesaria para cumplir el requisito derivado del principio de legalidad penal, ya que los elementos que constituyen la norma son de tal amplitud que exigen del juez un juicio complementario valorativo, aumentando notablemente su margen de poder discrecional subjetivo; en otras palabras, la determinación en abstracto no llena el nivel mínimo de concreción precisa para que el tipo penal cumpla su función garantizadora, es decir, establecer los límites al ejercicio del *ius puniendi* y prevenir actos de arbitrariedad y abuso del poder en su ejercicio.

Lo anterior se comprueba aun más si se realiza un examen analítico de la disposición, ya que prescribir como acción delictiva «enaltecer o justificar», es dejar en la plena imprecisión el hecho punible. Pues siendo el tipo penal la base para individualizar aquella conducta humana que será sancionada penalmente, resulta vital que la descripción de la *acción* –denominada también *conducta, acto, hecho*– sea, «precisa e inequívoca». Así lo señaló, la EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, al expresar que la ampliación de la responsabilidad

penal a meras expresiones de adhesión a ideologías terroristas entra en conflicto con el principio de que sólo los actos pueden ser castigados, y no declaraciones de pensamiento, intenciones o la simpatía, siempre y cuando este último no lleguen a ser discurso de la persona o sí misma ascienda a la incitación a la violencia o el odio<sup>1170</sup>.

Una definición de trabajo (aunque no legal), que ha sido utilizado por el Consejo de Europa afirma que apología «podría entenderse como la expresión pública de alabanza, apoyo o justificación de los terroristas y /o actos terroristas». Los conceptos en esta definición son difíciles de identificar de manera precisa lo que hace que legislar en estas áreas especialmente sensibles a los riesgos de las definiciones excesivamente amplias. Por ejemplo, ¿en qué punto exactamente opinión legítima o el discurso político sobre las causas del terrorismo o un acto terrorista en particular pueden convertirse en una justificación del terrorismo que debe ser tipificado como delito?<sup>1171</sup>.

El art. 578 CP, no permite conocer qué comportamientos concretos se castigan, y así, el legislador deja indebidamente a merced de valoraciones subjetivas y metajurídicas del juez los límites entre lo lícito y lo punible<sup>1172</sup>. Prueba tangible de lo afirmado es la praxis judicial instaurada en torno a la apología del terrorismo pues se advierte que los jueces en todos los casos, no hacen otra cosa que contraponer sus valoraciones personales<sup>1173</sup>; o como

---

<sup>1170</sup> En su texto original: «§32.Furthermore, expanding the criminal liability to mere expressions of adherence to terrorist ideologies conflicts with the principle that only acts may be punished, and not also declarations of thought, intention or sympathy, as long as the latter do not amount to speech by the person him- or herself that amounts to incitement to violence or hatred». Cfr. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), Op. Cit., 9.

<sup>1171</sup> Vid. OSCE/COE EXPERT WORKSHOP AND OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS, Op. Cit., 10.

<sup>1172</sup> Los problemas en la praxis de los Tribunales de Justicia en torno a la apología del terrorismo conllevan al indeseable resultado de que una conducta se ajustará o no a la ley de acuerdo a las ideas valorativas de cada juez en cada caso concreto, lo cual aboca el sistema a un indeseable decisionismo y genera demasiada inseguridad.

<sup>1173</sup> Por lo que se refiere al delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, en este trabajo se ha mostrado como ni la mayoría del Tribunal ni los votos particulares hacen otra cosa que

popularmente se podría expresar un «tira y encoje» en torno a los comportamientos que caben dentro de dicha tipificación, creando con ello, un alto grado de inseguridad jurídica.

Desde esa perspectiva, el artículo reporta riesgo para el procesado de que en cada caso concreto no exista una valoración objetiva, sino por el contrario arbitraria, quedando el ciudadano en un linderó de *incertidumbre sobre si sus manifestaciones podían estar comprendidas o no dentro del tipo penal*.

En consecuencia de lo antes expuesto, es imperativo concluir que el artículo 578 del Código Penal viola el principio de legalidad (art. 9.1 CE) y consecuentemente la seguridad jurídica<sup>1174</sup>, ya que pretende penalizar conductas a partir de la formulación de tipos que se abren a fomentar la arbitrariedad en la aplicación de la ley penal en los supuestos de hecho; en ese sentido, sus elementos otorgan demasiada facultad valorativa al juez a efecto de complementar el contenido del tipo penal y determinar si el comportamiento es considerado o no como delictivo, lo cual en definitiva no es válido en materia penal, donde se trata de la garantía de la persona y de su certeza de cometer o no el ilícito.

Por tanto, el artículo 578 CP debería ser expulsado del ordenamiento jurídico por ser contrario a la Constitución española.

En el mismo sentido apunta, CAPITA REMEZAL<sup>1175</sup> quien de *lege ferenda* aboga porque se regrese al estado anterior y sancionar como apología únicamente las acciones susceptibles de ser subsumidas en el art. 18 CP, derogando el art. 578. También el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL<sup>1176</sup>

---

contraponer sus valoraciones personales sobre el particular, sin exteriorizar ningún criterio general. Cfr. ARIAS CASTAÑO, A., «Amenazas, Enaltecimiento del Terrorismo y Libertad de Expresión: El caso De Juana Chaos» en *Revista para el análisis del Derecho*, 4/2007, www.indret.com, Barcelona 2007.

<sup>1174</sup> «El principio de legalidad descansa sobre la idea de seguridad jurídica, enunciada como posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias jurídicas de las diferentes acciones».

<sup>1175</sup> Vid. CAPITA REMEZAL, M., Op. Cit., 181.

<sup>1176</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal...*, cit., 36-37.

propone la supresión del segundo párrafo, del art. 578 CP, por cuanto constituye una muestra de autoritarismo a criminalizar un acto de opinión o de mera disidencia con el modelo político o social imperante; BENLLOCH PETIT<sup>1177</sup> advierte que el nuevo delito de exaltación del terrorismo del artículo 578 CP, viene a plantear las mismas dudas de constitucionalidad que ya en su día planteó a la doctrina el delito de apología del terrorismo del artículo 216 bis a) del CP anterior; RAMOS VÁSQUEZ<sup>1178</sup> considera que la finalidad buscada por la norma es, radicalmente ilegítima y, en efecto, el art. 578, entendido en el sentido propuesto por el legislador, puede ser reputado de inconstitucional; y, LLOBET ANGLÍ<sup>1179</sup> quien señala que la tipificación de la apología del terrorismo es ilegítima, pues ninguno de los bienes jurídicos señalados reviste tal entidad que legitime su tutela jurídico penal a costa de la libertad de expresión; en consecuencia, el precepto es inconstitucional, a la luz del art. 20 CE, y por ende, debería expulsarse del ordenamiento jurídico penal. Parece ser entonces, que una parte de la doctrina respondería de forma positiva a la pregunta que encabeza este análisis que, en efecto, las palabras sí son peligrosas en este Estado democrático y constitucional de Derecho, pues frente a la configuración del art. 578 CP, en los términos ahí expuestos afectan el contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de expresión.

Ciertamente, como manifiesta GONZÁLEZ CUSSAC, estas técnicas de adelantamiento de la intervención punitiva, unidas a una laxitud de su definición, son propias del Derecho penal político histórico, en sí cambiante y variable. Pero lo más preocupante no es ya que continúen instaladas en nuestras leyes y prácticas en materia de terrorismo, sino su imparable extensión

---

<sup>1177</sup> Vid. BENLLOCH PETIT, G., «El Derecho penal...», cit., 201-204.

<sup>1178</sup> Vid. RAMOS VÁSQUEZ, J. A., «Sobre la particular lógica...», cit., 386-388.

<sup>1179</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo...*, cit., 464-465.

y contaminación a otras áreas del sistema penal, con la inevitable afectación, cuando no sacrificio, de los derechos fundamentales<sup>1180</sup>.

---

<sup>1180</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La generalización del derecho...», cit., 267-268. En igual sentido se expresan VIVES ANTÓN Y CARBONELL MATEU, -a propósito del art. 578- quienes señalan que el legislador en el año 2010 «ha tenido un oído muy fino para las demandas, justificadas o no, de elevación de las penas y ampliación del ámbito de lo punible y ha hecho en cambio oídos sordos a las exigencias de los Derechos Fundamentales», véase en: VIVES ANTÓN, T. S., Y CARBONELL MATEU, J. C., «Enaltecimiento del Terrorismo», cit. 794.

## CONCLUSIONES

### Capítulo I. Derecho Penal del Enemigo: El terrorismo

El *Derecho penal del enemigo* se trata de una doctrina que propugna una tendencia expansiva del derecho penal, es decir, de un derecho penal máximos, una ampliación de la intervención punitiva del Estado, que implicaría una minimización, desconocimiento o menoscabo de los principios, garantías y derechos fundamentales de la persona humana. Se caracteriza por: 1) *se considera el enemigo como no persona*, privándole del status de sujeto jurídico (y consiguientemente de su dignidad); 2) *Un amplio adelantamiento de la punibilidad*, es decir, se da la anticipación máxima de la tutela penal hasta casi la penalización de los «actos internos» criminalizándose conductas previas a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido; 3) *El quebrantamiento del principio de proporcionalidad* que se produce al castigar de la misma forma los actos preparatorios y de participación que los hechos consumados y de autoría; 4) *La minimización de las garantías procesales incluso de aquellos Derechos Fundamentales relacionados con el proceso penal.*

Como modelo antagónico, se tiene el *Derecho penal del ciudadano*, que es un sistema garantista del derecho penal, que propugna un derecho penal mínimo en el que existe un nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Tiene como funciones: a) proteger la libertad del ciudadano frente a las prohibiciones indeterminadas y las condenas arbitrarias, a través de la estricta legalidad de los delitos y la verdad formal de su investigación procesal; b) la protección de los bienes jurídicos; c) la protección del más débil contra el más; d) la función del derecho procesal penal además de garantizar los derechos del imputado, es minimizar la discrecionalidad judicial.

El ordenamiento jurídico español, encuentra manifestaciones de ambos modelos pues ninguna de las doctrinas se aplica en puridad; la tendencia actual del sistema penal es expansiva hacia un Derecho penal del enemigo,



quebrantando el Estado democrático y constitucional de Derecho, donde debe de regir un Derecho penal de corte garantista.

La respuesta de los Estados democráticos y constitucionales de Derecho frente al terrorismo, está orientada a utilizar el Derecho penal hacia una política expansionista sin precedentes; adoptando una política criminal reformista, introduciendo tipos penales de dudosa compatibilidad con los principios penales básicos y produciendo importantísimas perturbaciones en el normal funcionamiento de la Administración de Justicia; con ello, se está abriendo una puerta a un *Derecho penal de corte autoritario*.

El terrorismo es un fenómeno a nivel mundial que existe de antaño, y aunque no existe un concepto jurídico unánimemente aceptado, éste se puede desprender del Código Penal, pues su ámbito de aplicación a los delitos de terrorismo obliga a delimitarlo ofreciendo unas particularidades que los distinguen de otros. Doctrinalmente, se destacan una serie de notas características del fenómeno terrorista que pueden servir para su conceptualización jurídica. Así, por ejemplo, unos señalan, desde el punto de vista sociológico, que se trata de una modalidad de delincuencia violenta; otros aluden al carácter organizado de este tipo de delincuencia; y, finalmente, la mayoría esta de acuerdo en exigir un elemento teleológico o finalidad política, consistente en un afán por desestabilizar el sistema democrático y las bases sobre el que éste se asienta. A nivel legal, se desprenden dos elementos: 1) el elemento teleológico: que es subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública y 2) el elemento estructural: que exige una base organizativa, con cierta permanencia y estabilidad, carácter armado y la capacidad de producir terror.

El terrorismo puede ser clasificado en las siguientes categorías: es interno cuando el acto terrorista se produce dentro de las fronteras políticas nacionales y el daño material o el efecto psicológico lo sufre solo el Estado o el grupo social contra el cual va dirigido; es internacional cuando los efectos y consecuencias

de un acto terrorista afectan a dos o más Estados y se convierte en un elemento distorsionador que afecta a la paz y seguridad internacionales; es ideológico cuando a través del terror pretende imponer una ideología específica; es cultural cuando arremete de forma violenta contra los valores y monumentos culturales de un pueblo; es racial cuando sus actividades terroristas están orientadas a atacar y a causar daño a un grupo étnico determinado dentro de un mismo Estado; es fundamentalista cuando los actos terroristas tienen un marcado tinte religioso, extremista, excluyente e intolerante como es el caso del fundamentalismo islámico; y es terrorismo de Estado, el que hace referencia a la acción de los gobiernos cuando recurren al uso de la fuerza y la violencia contra de sus ciudadanos.

## **Capítulo II. Dimensión Jurídica del Derecho a la Libertad de Expresión**

Los derechos fundamentales son uno de los pilares sobre los que descansa el ordenamiento constitucional, constituyendo un límite al poder Estatal; sólo donde están reconocidos y garantizados existe un Estado de Derecho. Así, la Constitución juega un papel legitimador de la democracia, en su carácter fundamental de la organización del Estado. Ahora bien, la Constitución española parte de una concepción democrática y pluralista, consecuentemente adopta la libertad como un valor superior, así se deduce del artículo 1.1 CE que *«propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»*.

Los derechos fundamentales poseen una doble dimensión (objetiva y subjetiva) que debe ser el eje sobre el cual entender e interpretar la realidad político-constitucional, tanto por su íntima interdependencia, como por esa característica de ser elemento estructural del Estado social y democrático de Derecho. *La libertad de expresión*, es quizás el más significativo paradigma para definir a un Estado democrático; no obstante, –al igual que el resto de derechos fundamentales– no es un derecho ilimitado, que si bien adquiere sentido en un

contexto social, implica que tiene limitaciones inherentes a las necesidades propias del bienestar general.

La libertad de expresión tiene un importante reconocimiento a nivel internacional, está regulada en diferentes instrumentos jurídicos internacionales, de los distintos ámbitos regionales: universal, americano y europeo -entre otros-; además, cuenta con un consolidado historial de pronunciamientos jurisdiccionales de destacada relevancia.

En *Estados Unidos* las libertades de expresión y de prensa han gozado de una especial significación, en dicho sistema jurídico se propugna la tesis de la *posición preferente del derecho a la libertad de expresión (preferred freedom o preferred position)*, pues conforme a la Primera Enmienda son bienes esenciales en la sociedad, aunque no se trata de valores absolutos. En *Alemania*, en cambio, se utiliza como método frente a posibles colisiones de derechos fundamentales el sistema de *la ponderación*, es decir, el análisis detallado de cada caso para determinar qué derecho es más importante; la libertad de expresión es un derecho fundamental pero no es ilimitado sino que está sujeto a reservas establecidas en las leyes generales. En *España*, en un inicio el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y cualquiera de sus límites constitucionales se resolvía, fundamentalmente, en el ámbito del derecho penal, lo que suponía que el Código Penal actuaba como un límite, a veces infranqueable, a la libertad de expresión; la tesis de la posición preferente de la libertad de expresión se basó en el reconocimiento de un núcleo resistente y constitucionalmente indeclinable, de un contenido mínimo imbatible, que en colisión con otros derechos constitucionales se mantiene siempre inalterado y mantiene su prevalencia; actualmente, el TC ya no alude recurrentemente a dicho sistema, más bien resuelve el conflicto de derechos a partir de la delimitación de los contenidos constitucionalmente protegido, en este sentido aunque no se hable de un derecho jerárquicamente superior, se habla de un derecho preferente que

se impone a los demás cuando se cumplen o respetan determinadas condiciones.

El *derecho a la libertad de expresión* se encuentra regulado en el art. 20 de la CE, y puede atribuírsele dos sentidos: *a) uno amplio*, en el que se entiende comprensiva de las diferentes «libertades»; y, *b) uno estricto*, en el que la libertad de expresión ampara la expresión o difusión de ideas, juicios personales y subjetivos, pensamientos y opiniones; además, goza de una doble dimensión: como derecho público subjetivo de libertad frente al Estado y como garantía institucional de una comunicación pública libre. Se puede definir como el derecho a difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, los pensamientos, ideas, opiniones, cualquiera que sea su contenido, en el que puede utilizarse cualquier medio, ya sea verbal, escrito, o medios de difusión mecánica, etc.; este derecho se diferencia del de la libertad de información en que en éste se requiere el requisito de la veracidad, que no es exigible respecto de la libertad de expresión.

En cuanto a los límites del derecho a la libertad de expresión, se tiene por un lado que los *límites internos* son los que derivan de la propia naturaleza, sentido, contenido y finalidad, delimitando cuál es el ámbito o contenido de ejercicio legítimo; siendo en la libertad de expresión de contenido amplio ya que ampara todas las opiniones excepto las vejatorias –su único límite–. Por otro lado, los *límites externos o inmanentes* son los que resultan de su relación con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos y buscan restringir el ámbito de ejercicio del derecho, estarían constituidos por aquellos bienes o intereses –individuales o colectivos– que pueden entrar en conflicto con el derecho fundamental y que pueden verse lesionados cuando aquel es ejercitado. Se concretan en todos los tipos penales protectores de los bienes jurídicos que puedan verse vulnerados por el ejercicio de dichas libertades, siempre y cuando el legislador cumpla con ciertas condiciones formales o materiales para imponerlos (art. 20.4 CE): el derecho al honor, a la intimidad, a la propia

imagen, la protección de la juventud y la infancia, los preceptos de las leyes que los desarrollan, podemos encontrar, a la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la protección de la moral, de la reputación y de los derechos ajenos.

Las normas que regulan la libertad y las que limitan su ejercicio son igualmente vinculantes y actúan recíprocamente; de modo que la fuerza expansiva del derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; en consecuencia, los límites de los derechos fundamentales deben ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos. El TC ha reconocido (SSTC 105/1990, FJ 4 y 8; 235/2007, FJ 6) que a «las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, no se permite la tipificación como delito la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político». De ahí que, la tipificación de algunos tipos penales con tendencia a restringir la libertad de expresión mediante el ensanchamiento del ámbito de aplicación, sea muy controversial y genere muchas críticas. V. gr., la apología, el reclamo público de acciones violentas, la apología del genocidio, la apología del terrorismo.

### **Capítulo III. Ley penal y libertad de expresión: conductas apologéticas**

El Tribunal Constitucional ha establecido que entre las normas que regulan la libertad y las que limitan su ejercicio son igualmente vinculantes y actúan recíprocamente; de modo que la fuerza expansiva del derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo. A las normas penales les está vedado invadir el contenido

constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión.

Así pues, siendo que la libertad de expresión es una de las bases fundamentales de una sociedad democrática, y como derecho no absoluto, puede restringírsele en circunstancias específicas; distintos cuerpos normativos –como el Código Penal– establecen limitaciones a la libertad de expresión, en la que diversos derechos y bienes constitucionalmente protegidos justifican este tipo de medidas. En la mayoría de los casos, la restricción se relaciona con la prohibición de difundir determinada idea o información, mientras que en otros se prohíben determinadas conductas que transmiten un mensaje.

En ese sentido, existen figuras delictivas con las que legislativamente se ha llevado a cabo la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por la libertad de expresión; con una tendencia a restringir la libertad de expresión mediante el ensanchamiento del ámbito de aplicación de diferentes figuras delictivas que afectan este derecho fundamental y que son muy discutidas.

Al respecto se tienen: *la apología* del art. 18.1.2 CP que intenta proporcionar un concepto de apología delictiva, aplicable –como mínimo– a todos los supuestos en que se conmina con pena la apología como modalidad de la provocación a cometer delito junto a la conspiración y la proposición, y también a los tipos de la parte especial situados en la órbita de esta figura.

También se encuentran: *el reclamo público de acciones violentas*, el art. 170.2 CP que se refiere a las «llamadas genéricas indeterminadas e inconcretas a la violencia contra un grupo indeterminado de personas». El problema que se detecta es que el precepto termine aplicándose a supuestos de mero apoyo ideológico, pretendiendo ver en ellas una llamada a la violencia. El *enaltecimiento del terrorismo*, regulado en el art. 578. El *delito de propaganda*, art. 579.1 párr. 2º CP, introducido con la reforma operada por la LO 5/2010, que implica una extensión de la tipificación de delitos terroristas hasta la mera manifestación de opinión, constituyendo una *infracción de peligro*: los mensajes o

las consignas deben estar directamente vinculados con el riesgo de comisión. Esta nueva regulación es mal recibida por la doctrina quienes la califican de errada y claramente inconstitucional; además, de los problemas que generará su aplicación. Y la *apología del genocidio*, regulada en el art. 607 del Código Penal,

Todas estas conductas no castigan conductas de apología propiamente dicha pero su tipificación es cercana a ella de manera que resultan punibles conductas que ensalzan o encomian hechos o ideas sin llegar exactamente a constituir provocación directa en los términos estrictos del artículo 18.

#### **Capítulo IV. Marco Internacional y de Derecho comparado en el combate a la llamada: “apología del terrorismo”**

La lucha contra el terrorismo constituye una cuestión transversal en la labor de la Organización de las Naciones Unidas, que sin duda ha aportado una impresionante maquinaria normativa en la lucha contra el terrorismo, aunque aún no ha sido capaz de aportar una *Convención General contra el Terrorismo*, en la que se pueda encontrar una definición global de lo que ha de entenderse por terrorismo; ello sin duda, debido a la falta de acuerdo entre los Estados miembros que revela la subsistencia de divergencias profundas en el seno de la comunidad internacional en torno al tema.

Por otra parte, la ONU no se ha limitado a la creación de instrumentos internacionales y a la aprobación de sus resoluciones sino que también ha creado toda una estructura institucional para hacer seguimiento a las normas y orientaciones que han emitido el Consejo de Seguridad, el secretario general, la misma Asamblea General, las cuales aún no son aceptadas por todos.

En ese sentido, el hecho de que aún no exista una definición consensuada del «terrorismo» permite a los Estados tener cierto margen en la conducción de las acciones antiterroristas cuya legitimación, sin embargo, debe ser contrastada con las reglas y las orientaciones producidas por la Organización. Es la resolución 1624, de 14 de septiembre de 2005, aprobada por el Consejo de Seguridad, la que regula acciones estatales contra «*la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo*», que se sitúa bajo el Capítulo VI de la Carta de las

Naciones Unidas «Arreglo pacífico de controversias», que rompe con el tratamiento dado a las Resoluciones 1373, 1540 y 1566, además de la 1267, que están situadas en el Capítulo VII «Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión»; aunque el mandato de la Resolución 1624 es igual de obligatorio pero las consecuencias de los posibles incumplimientos sean diferentes, pues en éste no se incluyen sanciones.

A nivel de la Unión Europea, es sin duda el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, con su carácter innovador y contenido específico, *el primer instrumento a nivel internacional que tipifica el delito de apología de terrorismo*, que sólo existía en un pequeño grupo de países de Europa –entre ellos España–. No obstante, es preciso destacar que dicho instrumento jurídico no contiene definición alguna del delito de terrorismo en su texto dispositivo. El artículo 5 del citado Convenio, regula «la provocación pública para cometer delitos de terrorismo» en el que se destacan elementos como: la difusión pública del mensaje con la intención específica (ilícita e intencionada) de incitar a cometer delitos de terrorismo, dejando un margen para que pueda ser directa o indirectamente; además, debe existir un riesgo de que el delito pueda cometerse aunque no se cometa.

Por otro lado, debe destacarse –por su especial relevancia– la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI), que introducía por primera vez en la historia comunitaria una definición común de delito de terrorismo para todos los Estados miembros. Al respecto, cabe mencionar que en el seno de la Unión Europea existen importantes divergencias en el tratamiento jurídico de los delitos de terrorismo. Ahora bien, cabe mencionar que es la *Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo*, el instrumento que establece la tipificación de delitos ligados a actividades terroristas con del fin de contribuir a la prevención del terrorismo, exigiendo una armonización en las legislaciones jurídico-penales de los Estados miembros, en el tema de la «*provocación al terrorismo*»,



específicamente en su artículo 3, acudiendo a un adelantamiento de las fronteras de lo punible configurando tipos de peligro abstracto, el cual pudiera resultar incompatible con el principio de proporcionalidad en su manifestación de *ultima ratio*, como directriz político criminal.

En el ámbito americano, se tiene la *Convención Interamericana contra el Terrorismo*, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 3 de junio de 2002, mediante el cual se pretende adoptar medidas eficaces para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la más amplia cooperación; en este instrumento jurídico no se encuentra disposición alguna que sancione la apología del terrorismo, este señalamiento es con independencia de que los ordenamientos jurídicos internos de los cada Estado miembro de la OEA lo tipifiquen como delito. Al respecto, la Comisión Interamericana recomendó a los Estados para que evitaran penalizar la apología del terrorismo, sin exigir algunos requisitos en el que se incitara a la violencia y además existiera un alto grado de que se produjera el resultado.

En la normativa de derecho interno, en la legislación alemana no hay un delito específico referido a la apología o incitación al terrorismo; pero la incitación al cometimiento de actos terroristas o la expresión pública de apoyo o justificar dichos actos pueden ser castigados de acuerdo con un número de provisiones penales bajo la ley alemana. En el Reino Unido, la «*Terrorism Act 2006*», es la ley que crea una serie de nuevos delitos que tienen por objeto la prevención en la lucha contra el terrorismo, entre ellos el de la apología del terrorismo, de distribución de propaganda terrorista y de propaganda por Internet, siendo exhaustivos en el castigo de dichas conductas y que pueden ser penados con hasta 7 años de prisión. En Estados Unidos, es la *USA Patriot Act*, la legislación antiterrorista que introdujo un novedoso marco jurídico competencial del ámbito penal al militar, también un recorte de los derechos de las personas imputadas, afectando el derecho penal sustantivo y procesal, agravando tipos delictivos. No obstante, la *Patriot Act* no hace referencia al

delito de la apología del terrorismo aunque debe señalarse que el concepto vertido sobre lo que constituye terrorismo nacional es sumamente amplio; por otra parte, se sanciona cualquier forma de auxilio a las actividades terroristas, que también constituye un concepto de suma amplitud. En la actualidad no se ha advertido cambios a dicha legislación por parte del actual presidente. Finalmente, en El Salvador se tiene la *Ley Especial contra Actos de Terrorismo*, cuyo artículo 8 tipifica *la apología e incitación pública de actos de terrorismo*, que no describe la conducta punible de manera suficiente para considerar que cumple con el requisito derivado del principio de legalidad penal; además, quebranta el principio de proporcionalidad al sancionar una conducta que se encuentra distanciada de una efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico con una pena tan grave de prisión que oscila entre los 5 y 10 años de prisión, por lo que no existe un grado de adecuación entre la pena a la gravedad del delito.

#### **Capítulo V. Evolución histórico-jurídica de la apología delictiva**

La apología aparece regulada por primera vez en el marco de una normativa dedicada a la prensa –Real Decreto de Prensa e Imprenta de 6 de julio de 1845–, desde entonces aparecería vinculada a los medios de comunicación. Con posterioridad, en el Código Penal histórico de 1870, aparece la apología con un tratamiento punitivo blando, pues se le regula como una mera falta. Y es –sin duda– la **Ley del 10 de julio de 1894**, que marca el inicio de la inseparable conexión entre apología y terrorismo, pues en ésta se castiga como delito la apología de los delitos de terrorismo. Desde estas primeras normas podemos ver dos elementos que a lo largo de la evolución histórica de la apología aparecen vinculados a la misma: el elemento de la publicidad y el ámbito de los delitos de terrorismo.

En pleno clima de autoritarismo, mediante el Código Penal de 1928, se amplió el radio de acción de la apología y se introduce con una doble regulación: como falta y como delito. Con el Código Penal de 1932 se restableció un sistema de represión blando al regularse la apología como una falta y

aparece nuevamente en el ámbito de los delitos de terrorismo con la **Ley de Terrorismo y Explosivos de 11 de octubre de 1934**.

Durante la época del Régimen Franquista, se ampliaron las penas y el ámbito típico de la apología, endureciéndose la lucha contra el terrorismo y configurando como delictivas las apologías de los delitos de traición de los «delitos contra la forma de Gobierno», en sus tipologías más graves. Con el Código Penal de 1944, se introduce nuevamente el sistema de doble incriminación de la apología y el concepto dado, permaneció inmutable hasta la LO 4/1980, y consagraba una especie de escala de valores coherente con el régimen político de la época; así, no era extraño que se sancionará más gravemente la «apología de la resistencia» que la «resistencia misma», pues aquella implicaba una especie de propagación de la intransigencia que el régimen de turno no podía permitir. Durante este lapso, con el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y la seguridad personal, que se introdujo el concepto de mayor amplitud en su tipicidad descriptiva.

En definitiva, en el período que abarca de los años 1845 a 1976, se observa una apología delictiva coherente con el sistema político, difícil desvincularla de una evidente concepción autoritaria del Estado. Observándose que las que hacen referencia a la apología se dan en mayor número a través de normas jurídicas represoras en el período propio de la dictadura e intensificándose hacia el final del franquismo.

Con la entrada en vigencia de la Constitución española de 1978, se evidencia un aumento cualitativo y cuantitativo en la lucha contra el terrorismo, que además, se caracterizó por un marcado aumento en la actividad represiva del Estado que quería ofrecer una imagen de decisión y fortaleza; desde ahí, que la figura de la apología no se vio disminuida, ni rechazada del ordenamiento jurídico penal. Circunstancia que para algunos es difícil de explicar, pues se da un desarrollo legislativo de la apología, durante la vigencia plena de un sistema democrático, que consagra el pluralismo político y

derechos fundamentales como la libertad de expresión e información, conforme al artículo 20 de la CE.

El Real Decreto 3/1979, sólo comprende la apología de los ejecutores del delito, de cualquier clase de delito, siempre que sus autores sean personas integradas en los referidos grupos o bandas organizados y armados. La LO 4/1980, introduce una nueva redacción a la apología, e incorpora el contenido ya citado en el Real Decreto de 1979, además de solucionar una problemática en torno a la penalidad de la apología, pues en algunos casos se castigaba con mayor pena la apología que la del delito base. La LO 2/1981, supuso una elevación sensible de las penas. La LO 9/1984, estableció un concepto amplio de apología que incluía un catálogo –también amplio– de delitos, incluyendo fórmulas abiertas. Y mediante la LO 4/1995, se tipifica la apología de los delitos de genocidio.

En definitiva, en esta etapa ha habido abundante legislación en la que existe pronunciamiento en torno a la apología del terrorismo, lo que conduce a establecer que no sólo existió tal figura en períodos de autoritarismo de Estado sino también, se abusó de su utilización en un período llamado «democrático», dejando serias dudas de la madurez de sus instituciones. Es así, que se advierte que la apología es una figura polémica, en los distintos estratos históricos, evidenciando una falta de precisión y desorganizada regulación.

Finalmente, y tras dos proyectos de reforma de Código Penal de los años de 1980 y 1983, se instauró la figura de la apología, en la parte general del Código Penal de 1995, en el artículo 18.1 párrafo 2, configurándola como un acto preparatorio asimilándolo a una forma de provocación del artículo 18.1. Por otra parte, se puede hablar de una especie de fuerza expansiva de la apología a los tipos específicos del Libro II del Código Penal, que aunque no hacen referencia de manera expresa a tal figura muestra sin duda su incidencia en la tipificación de tales conductas, así se tienen: el art. 170.2 reclamo público de acciones violentas, art. 510 la provocación a la discriminación, art. 607.2 apología del genocidio y art. 578 enaltecimiento del terrorismo.

## Capítulo VI. Tratamiento jurídico de la apología

En cuanto a la apología anterior a la vigencia del Código Penal de 1995, se caracterizaba fundamentalmente: a) por partir –la elaboración de su concepto– del sentido gramatical de la apología como «discurso de palabra o escrito en defensa o alabanza de personas o cosas», no obstante, se coincidió en que su sentido jurídico debía ser más restringido que el gramatical; b) la presencia del elemento publicidad en su conceptualización también es importante, en tanto se requiere para otorgarle virtualidad a creación del peligro que se teme de esta conducta y en razón del cual se castiga; y c) que recaiga sobre conductas que el legislador ha calificado como delictivas, pues no se concibe la sanción de elogios o defensas de conductas que el legislador no haya valorado como intolerables.

Por otra parte, en cuanto a su naturaleza jurídica, la apología suscitó un amplio y rico debate doctrinal, de la que se podía rescatar tres posturas mayoritarias: 1) quienes la consideraban como una forma de cooperación ideal a la conducta delictiva *ex post facto*, como una especie de solidaridad o apoyo con el autor o la conducta realizada; 2) los que estiman la apología como un acto preparatorio substancialmente asimilable a la provocación pero como una forma indirecta de provocación al delito y 3) los que la configuran como un delito autónomo, aquí se diferencia de quienes la convierten en un simple delito formal, carente de bien jurídico, que aunque no provoque nuevas acciones delictivas, acentúa las consecuencias dañosas de la acción delictiva a legitimar y otros quienes le otorgan un bien jurídico –que aunque difuso– lo fundamentan sobre la paz y el orden público.

La apología regulada en el Código Penal de 1995, [art. 18.1 párr. 2 CP] está ubicada formalmente entre los actos preparatorios punibles, sometida a un régimen de punición excepcional o de criterio restrictivo –al igual que el resto de actos preparatorios–, por tanto, habrá que conectarla sistemáticamente con

los respectivos tipos penales de la parte especial en los casos en que esté prevista expresamente su punición.

Del estudio histórico-legislativo se logró abstraer que el elemento de la publicidad está presente en la apología desde sus comienzos, en consecuencia, aunque en la redacción actual de la apología la denominación expresa del adjetivo *público* ha sido eliminado, la doctrina es unánime en sostener que éste es uno de los elementos caracterizadores de la apología y precisamente a esto hace referencia las expresiones «*ante una concurrencia de personas*» o «*por cualquier medio de difusión*», sin duda el primero un término bastante impreciso y el segundo con un alcance sumamente amplio.

La naturaleza jurídica de la apología ya no es motivo de controversia, con la previsión del código penal vigente, no obstante su contenido normativo es seriamente cuestionado, en cuanto a su sustantividad, su función punitiva y su aplicación práctica. De ahí que, la doctrina mayoritaria a través de sus disertaciones ha señalado atinadamente que la apología como categoría jurídico-penal se desvirtúa hasta el punto de anularse en su autónoma significación, al establecer que sólo será delictiva como forma de provocación; siendo así, si la apología es una modalidad de la provocación, el legislador no tenía por qué definirla, si en todo caso estaría hablando en ambos casos de una «*incitación directa a cometer un delito*».

Es así, que el concepto de apología regulado en el Código Penal adolece de serias deficiencias que la anulan en sí misma como figura jurídico-penal al asimilarla totalmente en sus características a la provocación del art. 18.1 párrafo 1 del CP; de ahí que exista la necesidad de que la misma sea reevaluada por el legislador si mantiene la convicción de querer sancionar de manera eficaz conductas apologéticas.

## **Capítulo VII. Tratamiento jurídico de la apología del terrorismo**

Mediante la LO 7/2000, de 22 de diciembre, (BOE número 307 de 23 de diciembre) se introdujo en el Código Penal, un nuevo tipo penal en el art. 578 denominado la *apología del terrorismo*, que penaliza el enaltecimiento o la

justificación de las infracciones de terrorismo o de sus autores; y, además, una conducta de distinta naturaleza como son los actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares de los delitos terroristas. Este ilícito supone la anticipación de las barreras de protección penal criminalizando conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo, históricamente se ha utilizado para poner fin a la disidencia política y la crítica institucional. La incriminación de este tipo de comportamientos *resulta de una clamorosa demanda social*; pero guarda especial relevancia en tanto que el castigo de la mera apología, sin más, puede constituir –y constituye– una injerencia ilegítima en el derecho a expresar libremente las ideas y opiniones que se profesen. Sobre su alcance y contenido discrepan tanto doctrina como jurisprudencia.

### **El tipo penal de la apología del terrorismo**

En relación al bien jurídico protegido existen diversas posturas; entre ellas se encuentran: 1) *la moral predominante de una sociedad*, que es la que obedece a la tutela del orden moral, básicamente encuentra sustento en la consideración de que no debe permanecer impune el elogio de un hecho que la sociedad considera como intolerable desde el momento en que lo ha tipificado como delito; 2) *los sentimientos de perplejidad e indignación social*, derivada de la expresa voluntad del legislador que plasmó en la Exposición de Motivos de la LO 7/2000, pues su ubicación sistemática dentro de los delitos de terrorismo no ayuda a resolver la determinación de su bien jurídico; otro sector, también puede derivar de la Exposición de Motivos, *el refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas*, haciendo referencia a la cooperación psíquica (moral), el apoyo ideológico a una organización terrorista de modo que refuerza el convencimiento de la conducta violenta; 3) *la paz pública y el orden constitucional: como bien jurídico de referencia* de la conducta elogiada que en este caso serían los delitos de terrorismo, entendiendo por *paz pública* las condiciones básicas generales para la convivencia ciudadana y a la seguridad en el ejercicio espontáneo de derechos y

libertades y por orden constitucional la concreta conformación política de un Estado, o como la exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participación del poder. Finalmente, otro grupo, al cual me adhiero que se decanta por 4) *la ilegitimidad de la tutela jurídico penal*, pues en los términos propuestos por el legislador, básicamente busca sancionar la adhesión ideológica a los métodos de la organización terrorista, lo cual aunque cause daños a la sociedad e, incluso, cree y manifieste peligros, está amparada en los derechos a manifestar determinadas opiniones y a disentir políticamente.

En cuanto a los sujetos, del delito de apología del artículo 578 del Código Penal, no hay limitaciones expresas, no se trata de un tipo especial en función de la cualidad del autor; por tanto, el *sujeto activo* puede ser cualquier persona. En cuanto al *sujeto pasivo*, es el destinatario de la protección del bien jurídico, en tanto titular del bien o los bienes jurídicos tutelados, en este caso, es el mismo de los delitos terroristas, *la sociedad en su conjunto y el Estado*.

La conducta típica del delito de la apología del terrorismo requiere una *conducta activa* -una acción- por parte del sujeto activo que contravenga la prohibición impuesta por la norma; por tanto, no cabe su ejecución mediante la llamada *omisión impropia*. Los verbos típicos de la conducta son *enaltecer* o *justificar*, que amplía enormemente el ámbito sancionable y lo determina como un tipo abierto por las innumerables conductas típicas a los que puede dar lugar. *Enaltecer*, en el sentido de ensalzar, engrandecer, exaltar, alabar o elogiar los delitos de terrorismo o de los sujetos que hayan participado en el mismo. *Justificar*, como algo más que la mera explicación o descargo debiéndose tratar de probar la justicia de un hecho; en otras palabras, santificar o probar bondad de una persona o cosa, haciéndolas así justas.

A la figura regulada en el art. 578 CP se le han propuesto tres posibles interpretaciones, a saber: 1) aunque explícitamente no se exija el criterio de la



incitación a cometer nuevos delitos, se entiende presente implícitamente, con lo cual el art. 578 debería de cumplir todas las condiciones expuestas en el art. 18 CP, es decir, que constituiría una *incitación directa* a comisión de hechos delictivos de terrorismo; 2) el artículo 578 no define una verdadera figura de apología, en el sentido de acto preparatorio del delito, con lo cual el legislador habría creado un concepto de apología distinto del ya existente; siendo así, un tipo especial, en el cual, aunque su conducta se refiera al enaltecimiento de otros delitos, tendría una autonomía y un *contenido de injusto propio*; y, 3) la apología delictiva como una forma de «*provocación indirecta*» o una provocación «circunstancial» apta para la creación o el favorecimiento de un clima de aceptación social del terrorismo, sin que sea necesario que constituya una provocación directa a delitos concretos y persona determinadas, generando una situación potencialmente peligrosa que justificaría su tipificación penal.

El objeto del enaltecimiento o justificación comprende la apología del delito y la del culpable, pues debe recaer sobre: las «*conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 al 577 del Código Penal*» o «*cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos*»; la conducta estaría vinculada a hechos delictivos ya ejecutados y abarcando a todos los sujetos que hayan intervenido en el mismo. Además, se requiere que sea hecha públicamente, lo que constituye un pleonasma, por otra parte, frecuente, pues la apología, por su propia definición, ha de ser pública, pues, de no serlo, o es un pensamiento o una opinión, en definitiva, una cuestión particular ajena al campo, no solo del derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico. El carácter público, como elemento objetivo del tipo, supone su realización frente a un número importante de receptores, siendo necesario utilizar algún medio de difusión.

La apología del terrorismo aquí castigada es la de un *delito común doloso*, lo que significa que exige la conciencia y voluntad de que la conducta supone el elogio de un hecho delictivo de los comprendidos en la ley, de modo que el

dolo debe extenderse al conocimiento del carácter terrorista o rebelde de la acción ensalzada. No exige incitación a cometer un delito, ni de forma directa, ni de forma indirecta; se excluye su comisión por conducta imprudente. Además, es un *delito de los de mera actividad*, es decir, de aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separado de ella; y también, puede ser un *delito de estado o permanente*. Sobre la *autoría y participación* criminal deberán observarse las reglas generales en esta materia y en términos generales cabe apreciar un *concurso material de delitos* en la apología del terrorismo con otros hechos delictivos. En cuanto a la penalidad, ésta es de *1 a 2 años de prisión* y junto a ella, el artículo 579.2 CP prevé la pena principal de *inhabilitación absoluta entre 6 y 20 años*; y con el nuevo art. 579.2 párr. 2 CP, se incorpora la posibilidad de imponer la medida de libertad vigilada. Por último, a pesar de no constituir un delito de terrorismo, se ha ratificado expresamente la competencia de la jurisdicción especial de la Audiencia Nacional para conocer de esta conducta.

De la praxis instaurada por los Tribunales de Justicia se evidencia la ausencia de pronunciamientos jurisdiccionales en este ámbito, pero sobre todo se advierte los problemas interpretativos a los que puede dar lugar una figura tan difusa como la que se estudia, pues hay criterios totalmente opuestos, sustentados por perspicaces argumentos.

### **El tipo penal de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares**

El bien jurídico protegido es autónomo y pretende proteger a un grupo muy concreto de personas, en su *honor, dignidad e integridad moral*. Un sector doctrinal considera que la tipificación de este tipo penal está *justificada político-criminalmente* por el desvalor de resultado de la conducta; mientras que otro grupo, con quienes coincido, piensan que si bien dichas conductas son reprobables desde un punto de vista ético y moral, por la ruindad y mezquindad del sujeto que las realiza, ello no justifica que una conducta

reprobable en el ámbito moral, se eleve a categoría de ilícito penal. Guarda cercanía con las conductas inscribibles en otros tipos, cual, en este caso, *las injurias, las amenazas o los delitos contra la integridad moral*.

El *sujeto activo* puede ser cualquier persona, e incluso encontrarse al margen de cualquier tipo de organización terrorista; además, se requiere un *dolo específico* del autor en el ánimo de desacreditar, menospreciar o humillar a las víctimas o a sus familiares. Respecto a los *sujetos pasivos*, estos serán específicos y concretos, es decir, las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

La conducta prohibida está configurada en términos excesivamente difusos, por lo que se puede incluir una gran variedad de conductas; de ahí, que deba ser interpretado de *manera restrictiva*. El tipo penal describe en *forma genérica conductas vejatorias* que pueden realizarse verbalmente, por escrito o mediante actos, lo que no debería de ser tan amplio e indiscriminado, aunque no es necesario que se verifique con publicidad. Por *descrédito* se entiende la disminución o pérdida de la reputación de las personas, o del valor y estima de las cosas; por *menosprecio* el poco aprecio, poca estimación; y por *humillación* abatir el orgullo y altivez de alguien o herir el amor propio o la dignidad de alguien. Por otra parte, debe exigirse una cierta intensidad en el ataque a los mismos. La penalidad es de uno a dos años de prisión y se puede imponer la previsión accesoria del art. 57 en relación con el art. 48 CP; esto es, la aproximación o comunicación con la víctima o sus familiares o regreso al lugar del delito. Al no tratarse de un delito de terrorismo, no aplican las medidas excepcionales sobre suspensión de derechos propias de esa normativa.

De los tipos regulados en el art. 578 CP –apología y menosprecio a las víctimas– se advierte que no mantienen ningún vínculo entre sí, no son modalidades de un mismo hecho delictivo, ni tampoco, agreden a un mismo bien jurídico; se cuestiona su ubicación sistemática, pues no es de buena técnica

legislativa la falta de diferenciación típica de dos conductas de distinta naturaleza.

### **Capítulo VIII. Reflexiones jurídicas en torno al delito de apología del terrorismo**

El art. 578 CP que regula la apología del terrorismo es *inconstitucional*, porque como reiteradamente se ha expresó sanciona la sola difusión de ideas y opiniones, la observancia de una determinada posición ideológica; ya que no exige ni la incitación directa a cometer hechos delictivos, ni la indirecta, siendo así, no se puede garantizar los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, ya que faltarían dos elementos indispensables: 1) la exigencia de *una intención específica de incitar a la comisión de un acto terrorista* y 2) *un peligro concreto de este acto*. Por otra parte, transgrediría el principio de legalidad, en tanto sus elementos están formulados en términos tan amplios y vagos que su interpretación *no permite una verificación precisa, incentivando diversas opciones interpretativas de carácter subjetivo en el juzgador*, afectando en consecuencia, la seguridad jurídica a la que tiene derecho el ciudadano.



## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Autores

ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Valencia 1999.

ACCIONES DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TERRORISMO, *Instrumentos Internacionales para combatir el terrorismo*, Septiembre 2010, en <http://www.un.org/spanish/terrorism/instruments.shtml>

AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 14, enero-abril 1993.

AGUILERA FERNÁNDEZ, A., *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información: (posibilidades y límites constitucionales)*, Granada 1990.

ALONSO RIMO, A., «apología, enaltecimiento y principios penales», en *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, número 4, 2010, 13-80.

ÁLVAREZ CONDE, E. Y GONZÁLEZ, H., «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», en *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*, número 7, 2006.

AMADEO GARDEA, S., *Código Penal, parte especial*, Tomo II, Volumen II, Madrid 2011.

AMBOS, K., «Derecho penal del enemigo», traducido por Carlos Gómez-Jara Díez, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 1, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 119-161.

APARICIO DÍAZ, L., «Una primera aproximación a la Decisión Marco 2008/919/JAI de 28 de noviembre de 2008, que modifica la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo», en *Athena Intelligence Journal*, Vol. 4, No 1, (2009), 88-117.

———, *El delito de colaboración con asociación terrorista*, Granada 2009.

ARAGÓN, M., *Constitución, democracia y control*, México 2002.

ARIAS CASTAÑO, A., «Amenazas, Enaltecimiento del Terrorismo y Libertad de Expresión: El caso De Juana Chaos» en *Revista para el análisis del Derecho*, 4/2007, [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona 2007.

- ARROYO ZAPATERO, L., «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», en *Cuadernos de política criminal*, N° 15, 1981.
- ASÚA BATARRITA, A., «Apología del Terrorismo y colaboración con banda armada: Delimitación de los respectivos ámbitos típicos», en *La Ley*, 1998, D-158, Tomo III, 1638-1646.
- , «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terrorista”, y conductas periféricas», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 1, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 239-276.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, dirigido por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Madrid 1997.
- , «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, número 20, Mayo-Agosto 1987.
- , «Comentario Arts. 17 y 18», en *Comentarios al Código Penal, Arts. 1 al 108*, dirigidos por Cándido Conde-Pumpido Tourón y coordinado por Jacobo López Barja de Quiroga, Barcelona 2007.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., «La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990)», en *Revista española de derecho constitucional*, número 38, año 1993, 297-315.
- BADENI, G., *Libertad de prensa*, Buenos Aires 1991, 28.
- BAILONE, M., «Sistemas penales comparados: el tratamiento jurídico del terrorismo», en *Revista Penal*, número 24, julio 2009.
- BARQUÍN SANZ, J., «Apología del genocidio», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVIII, Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Delito de la apología de la discriminación de las personas y sobre las penas del genocidio, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1997, 375-380.
- , «Apología de la discriminación», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVIII, Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Delito de la apología de la discriminación de las personas y sobre

- las penas del genocidio, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1997, 391-401.
- , «De las amenazas, artículo 169», en *Comentarios al Código Penal, Tomo VI, Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Madrid 1999, 77-170.
- , «Artículo 170», en *Comentarios al Código Penal, Tomo VI, Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Madrid 1999, 171-181.
- BARQUÍN SANZ, J. Y OLMEDO CARDENETE, M., «artículo 18», en *Comentarios al Código Penal, Tomo I, Artículos 1 a 18*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1999.
- BENÍTEZ, R., «Terrorismo Internacional: ¿un nuevo conflicto? Parámetros para lograr una definición», en *II Congreso Internacional de Derechos Humanos: la resolución de conflictos*, Bilbao 2007, 208.
- BENLLOCH PETIT, G., «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo LIV, 2001, 175-227.
- BELLIDO BARRIONUEVO, M., «La eficacia interpretativa de la directiva comunitaria durante el período de transposición: el efecto anticipación de la directiva en conexión con el efecto bloqueo», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 24, 2005, 159-174.
- BELLOCH JULBE, J. A., «Contemplación jurisprudencial sobre el binomio de libertad de información-terrorismo: la “apología” del terrorismo», en *Estudios Jurídicos en honor de José Gabaldón López*, editorial Trivium, Madrid 1990.
- , «Libertad de expresión y violencia. La apología», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1993.
- BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid 1987.
- , «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: Especial referencia a su problemática jurídico penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLIV, Fascículo II, 1991, 339-361.



- BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, I., Y OTROS, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, coordinado por Eduardo Demetrio Crespo y Cristina Rodríguez Yagüe, Barcelona 2010.
- , *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 2004.
- , *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona-Bilbao 1999.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., «Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código penal en materia de terrorismo», en *La Ley*, 2001.
- BERTONI, E. A., «"New York Times vs. Sullivan" y la malicia real de la doctrina», en *Libertad de prensa y derecho penal*, Buenos Aires 1997, 121-150.
- BILBAO UBILLOS, J. M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», en *Revista de Derecho Constitucional*, número 85, enero-abril 2009, 299-352.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Derecho constitucional*, trad. esp., Madrid 1965.
- BLANCO LOZANO, C., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 2003.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito», en *Derecho Penal de Excepción: Terrorismo e Inmigración*, dirigido por Patricia Faraldo Cabana, Valencia 2007, 137-159.
- BRICOLA, F., *Teoria generale del reato*, Torino 1973.
- BUENO ARÚS, F., *La ciencia del Derecho penal: Un modelo de inseguridad jurídica*, Madrid 2003.
- , «Medidas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1990, Tomo I, 956-974.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J., Y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Madrid 2006.
- CALDERÓN CEREZO, A. Y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Barcelona 1999.
- CÁMARA VILLAR, G., «Desde las raíces», en *La palabra contra el terrorismo*, Granada 2004.

- CAMPO MORENO, J. C., «El enaltecimiento o justificación de los delitos de terroristas o de sus autores», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 2001, 1751-1755.
- , *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia 1997.
- CANCIO MELIÁ, M., «Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación», en *Derecho Penal de Excepción: Terrorismo e Inmigración*, dirigido por Patricia Faraldo Cabana, Valencia 2007, 161-170.
- , «Capítulo 61. Delitos de terrorismo», en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, dirigidos por Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac, Valencia 2010.
- , *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid 2010.
- , «Sentido y límites de los delitos de terrorismo», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Madrid 2008, 1879-1906.
- CANO LINARES, M. A., «La labor del Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo: tres vías de actuación y la necesidad de coordinación de los diferentes comités implicados», en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid 2009, 123-146.
- CANO PAÑOS, M. A., «Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, número 10-14, 2008.
- , «Respuestas legales al terrorismo yihadista. El ejemplo de Alemania», en *Athena Intelligence Journal*, Vol. 3, No 1, (2008), 45-77.
- CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid 2008.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo II, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y Miguel Bajo Fernández, Madrid 1983.
- , «Apología de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado», en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo II, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y Miguel Bajo Fernández, Madrid 1983.

- , «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, número 18, Santiago de Compostela 1994-1995.
- , «Terrorismo», en *Derecho Penal, Parte Especial*, coordinado por Vives Antón, Valencia 2004.
- , «Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 49-56.
- CARBONELL MATEU, J. C. Y ORTS BERENGUER E., «Un derecho penal contra el pluralismo y la libertad», en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, coordinado por Juan Carlos Carbonell Mateu, Bernardo del Rosal Blasco, Lorenzo Morillas Cueva y otros, Madrid 2005, 181-194.
- CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e Información y sus límites*, Madrid 1991.
- CARRASCO DURÁN, M., «Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001», en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires 2010, 13-56.
- CARRILLO LÓPEZ, M., *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, Barcelona 1987.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 14, 2007.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *Revista Vasca de la Administración Pública*, número 27, 1990.
- CARUSO FONTÁN, M. V., «Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología del terrorismo)», en *Revista Penal*, número 20, julio 2007.
- CHAZARRA QUINTO, M.A., «El tratamiento penal del inmigrante en el derecho español: Análisis de la aplicación del denominado “Derecho penal del enemigo” a los delitos relacionados con la inmigración», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, volumen I, número 1, 2006.
- CEREZO GALÁN, P., «Contra el terror, la fe en la dignidad del hombre», en *La palabra contra el terrorismo*, Granada 2004.

- CEREZO MIR, J., «Actos preparatorios y tentativa», en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, dirigido por Adela Asúa Batarrita, Universidad del País Vasco, Bilbao 1998.
- COBO DEL ROSAL, M., «Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XIV, Fascículo 2, Año 1961.
- , «Sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo», en *Cuadernos de política criminal*, N° 76, 2002, 109-120.
- COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra el orden público. Delitos de Terrorismo», en *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid 2005.
- , *Instituciones de Derecho penal español*, Madrid 2004.
- COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 1999.
- COLOMER VIADEL, A., «Garantías Constitucionales de la Participación y nuevos protagonismos sociales y políticos», en *Estudios Constitucionales*, número 144, México D.F. 1994.
- COLLIARD, C. A., *Libertes publiques*, 5ª edición, París 1975.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116; Doc. 5 rev. 1 corr.; 22 octubre 2002. Puede consultarse en línea en: <http://www.cidh.org/terrorism/span/resumen.htm>
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, en virtud del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, (CCPR/C/GBR/6), 93º período de sesiones, Ginebra 2008.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas (arts. 27 a 31)», en *Código Penal comentado*, Tomo I, dirigido por él mismo, Barcelona 2004.
- CONSEJO DE SEGURIDAD, COMITÉ CONTRA EL TERRORISMO, *Instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo*, Septiembre 2010, en <http://www.un.org/spanish/sc/ctc/laws.html#t13>
- CORCOY BIDASOLO M., Y MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2010*, Valencia 2011.

- CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, dirigidos por Córdoba-Rodríguez Mourullo, Barcelona 1976.
- , *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Barcelona 1978.
- COUNCIL OF EUROPE, “*Apologie du terrorisme*” and “*incitement to terrorism*”, Septiembre 2007.
- COVARRUBLAS CUEVAS, I., «notas críticas a la figura del “personaje público” como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas», en *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 3, Número 2, Universidad de Talca 2005, 163 a 197.
- CUELLO CALÓN, E., *Código Penal de 8 de septiembre de 1928*, publicación autorizada por R.O. del Ministerio de Justicia y Culto de 19 de diciembre de 1928, Barcelona, 1928.
- , *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, volumen II, Barcelona 1981.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español, Parte General: teoría del delito (2)*, Volumen II, Madrid 2009.
- , *El Derecho Penal Español, Parte General: nociones introductorias, teoría del delito*, Madrid 2002.
- , *El Derecho Penal Español, Curso de iniciación, Parte General: nociones introductorias, teoría del delito*, Madrid 1996.
- CUERDA ARNAU, M. L., «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones Constitucionales», en *Poder Judicial*, número 56, Madrid 1999.
- , «El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007, 91-121.
- , «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», en *Boletín de información. Ministerio de Justicia e Interior*, N<sup>o</sup> 1757, Año XLIX, 5 de octubre de 1995, 87-116.
- , «Terrorismo y libertades políticas», en *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico, El Estado de Derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo*, número 3, 2008.

- DE ESTEBAN, J. Y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional*, VII, Madrid 1993.
- DE LA MONTAÑA FRANCO, C., «La moralidad pública como límite a la libertad de expresión», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XI, Madrid 1994, 285-296.
- DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid 1988.
- DEL ROSAL BLASCO, B., «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», en *Cuadernos de política criminal*, N° 58, 1996, 69-88.
- , *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid 1986.
- , «La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte General*, 2, Madrid 1996, 187-213.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «La apología específica del artículo 268», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 32, Madrid 1987, 289-304.
- , «Notas sobre la propuesta de tipificación de la apología del terrorismo», en *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, N° 15, 2001, 183-202.
- DÍAZ ROCA, R., *Derecho Penal General, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Madrid 1996.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, número 106-03, 2004.
- DONINI, M., «El Derecho penal frente al «enemigo»», en *Derecho Penal de Excepción: Terrorismo e Inmigración*, dirigido por Patricia Faraldo Cabana, Valencia 2007, 15-93.
- ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la Información*, Madrid 2004.
- ESPÍN, E., «Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información», en *Derecho Constitucional, Tomo I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia 2007.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on Counter-Terrorism Measures and Human Rights*, CDL-AD (2010)022, Adopted by the Venice Commission at its 83rd Plenary Session (Venice, 4 June 2010), Strasbourg, 5 July 2010.

- FARRÉ LÓPEZ, P., *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, Madrid 2008.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H., *Los límites de la libertad de expresión*, México 2004.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Reflexiones sobre los delitos de genocidio (el artículo 607 del Código Penal)», en *La Ley*, número 6, 1998.
- , «Reseña del libro *Der Zweistufige Deliktsaufbau*, de Klaus Rinck, (La estructuración del delito en dos niveles), Berlín 2000», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo LIII, 2000, 1154-1211.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., «Enaltecimiento del Terrorismo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 10 febrero 2010, 37-44.
- FERNÁNDEZ REQUENA, J., *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad, Análisis del artículo 577 C.P.*, Valencia 2009.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid 2004.
- , *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid 1997.
- , «Terrorismo y crisis tardocapitalista», en *Justicia y Delito*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid 1982, 51-64.
- FISS, O., «Why the State?», en *Harvard Law Review*, Vol. 100, número 4, febrero 1987.
- FLAQUER MONTEQUI, R., «Los derecho de asociación, reunión y manifestación», en *Revista AYER*, número 34, Universidad Autónoma de Madrid, 1999, 155-175.
- FREIXES MONTES, J., «La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: un modelo para Europa?», en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid 1996.
- FUNDACIÓN ABRAVANEL, «Algunos conceptos para una legislación anti-terrorista desde una perspectiva del derecho comparado y los derechos humanos», en *Estudios Latinoamericanos para la Democracia Contemporánea*, Buenos Aires 2008.
- FUSTER-FABRA TORRELLAS, J. M., *Responsabilidad civil derivada de los actos de terrorismo*, Barcelona 2001.
- GALVEZ, J., «Art. 20», en *Comentarios a la Constitución*, dirigido por Fernando Garrido Falla, Madrid 2001.

- GARCÍA HERRERA, M. A., «Estado democrático y libertad de expresión (I)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Número 64, Año 1982, 141-174.
- GARCÍA MORILLO, J., «El derecho a la tutela judicial», en *Derecho Constitucional, Tomo I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia 2007.
- , «Los derechos políticos: el derecho de reunión; el derecho de asociación», en *Derecho Constitucional, Tomo I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia 2007, 314-340.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona 1977.
- GARCÍA PALOMINOS, G., «Sistemas penales comparados: el tratamiento jurídico del terrorismo», en *Revista Penal*, número 24, julio 2009, 187-223.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., «Consideraciones sobre terrorismo», en *Problemas jurídicos y políticos del terrorismo*, coordinado por José Juan de Olloqui, México 2003, 67-124.
- GARCÍA RIVAS, N., «La tipificación “europea” del delito terrorista en la decisión marco de 2002: análisis y perspectivas», en *Instrumentos penales y procesales contra la criminalidad organizada en la Unión Europea*, presentado en el Seminario de expertos: La orden de detención europea, ¿primer título de ejecución directa en el Espacio Judicial Penal Europeo?, Toledo 2004.
- GARCÍA VALDÉS, C., «La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XXXVIII, Fascículo II, 1984, 293-304.
- GARCÍA VITORIA, I., *Prohibiciones ambientales y libertad de empresa*, Valladolid 2004.
- GARCÍA SAN PEDRO, J., «Sobre el concepto de terrorismo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 1992, 241-275.
- GARRO GARRERA, E., «La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo», en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, dirigidos por José Luis de la Cuesta e Ignacio Muñagorri, Instituto Vasco de Criminología, País Vasco 2008.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Crítica de la política penal de orden público», en *Cuadernos de política criminal*, número 16, 1982, 49-92.



- GÓMEZ GUILLAMÓN, R. Y OTROS, *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, 11 edición, Madrid 2007.
- GÓMEZ NAVAJAS, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995 (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)», en *La Ley*, 1999, 1839-1852.
- GÓMEZ RIVERO, M. DEL C., «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1996, Tomo I, Ref. D-21.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas» en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 57-127.
- , «La generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad », en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007, 229-268.
- GONZÁLEZ GUTIÁN, L., «Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en el Proyecto de 1980», en *Estudios penales y criminológicos*, IV, Universidad Santiago de Compostela, 1981.
- , «La apología en la reforma penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, número monográfico 6, 1983.
- GONZÁLEZ MORALES, F., «Leyes de desacato y libertad de expresión», en *Cuadernos de análisis jurídico, serie de publicaciones especiales, Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, coordinadores Felipe González y Felipe Viveros, Santiago de Chile 2000.
- GONZÁLEZ PASTOR, C. P., «Problemática surgida con relación a la asignación a terroristas de placas en las vías públicas ¿constituyen delito de enaltecimiento?», en *La Ley*, Sección Doctrina, número 7021, 26 de septiembre de 2008, 1-5. ([www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)).
- GONZÁLEZ RUS, J. J. Y OTROS, «Delitos contra la comunidad internacional», en *Derecho Penal español (parte especial)*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 2004.
- GÖSSEL, K. H., «La protección del honor en el Derecho Penal alemán», en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al Profesor*

*Doctor Don José Cerezo Mir*, dirigido por José Luis Díez Ripollés, Madrid 2002.

GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*, Valencia 2005.

———, «Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "Derecho penal del enemigo"», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 1, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 1051-1080.

———, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, número 07-02, 2005.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *Código Penal de 1870 –concordado y comentado– Tomo VIII*, Salamanca, 1899.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Madrid 2008.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «El Derecho Penal del enemigo y la Military Commissions Act de 2006: ¿Réquiem por las garantías de los presuntos terroristas?», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 17, año 2007, 13-29.

GUTIÉRREZ GIL, A., «La participación por colaboración en el delito de terrorismo», en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial II, 2001, 29-30.

HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el estado constitucional*, Granada 2003.

HERNÁNDEZ GIL, F., «La apología delictiva», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 1, 1981, 900-908.

HERRERO TEJEDOR, F., *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Madrid 1994.

HORN, H. R., «El constitucionalismo alemán», en *El constitucionalismo en las postrimerías del Siglo XX, Constitucionalismo*, Tomo III, México 1998.

ILLANES FERNÁNDEZ, J., «Terrorismo y Derecho Internacional», en *Revista Semestral de la Universidad de las Américas*, noviembre-diciembre, Vol. 8, número 2, Santiago de Chile 2001, 3-20.

«Informe sobre el anteproyecto de Código Penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial», en *Cuadernos de Política Criminal*, No 48, 1992, 645-776.

- JAEN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid 1992.
- JAIME JIMÉNEZ, O., *Policía, terrorismo y cambio político en España, 1976-1996*, Valencia, 2002.
- JAKOBS, G., «¿Terroristas como personas en derecho?», en *Derecho penal del enemigo*, Navarra 2006, 57-83.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Navarra 2006.
- JENKIS, B., «Tendencias actuales del terrorismo internacional», en *Terrorismo Internacional*, Madrid 1984.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, primera edición, Madrid, 1934.
- , *La Ley y el delito: principios de derecho penal*, Buenos Aires 1973.
- , *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, Buenos Aires 1977.
- LAMARCA PÉREZ, C., «Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 41, Septiembre 2007, 6-18.
- , «Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español», en *Terrorismo y Estado de Derecho*, dirigido por José Ramón Serrano-Piedecasas y Eduardo Demetrio Crespo, Madrid 2010, 435-455.
- , «Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo», en *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, coordinado por Zuñiga Rodríguez, Méndez Rodríguez y Diego Díaz-Santos, Madrid 2001, 101-107.
- , «Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo», en *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, Madrid 2001.
- , «Apología: un residuo de incriminación de la disidencia», en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 28, 2006, 41-51.
- , *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985.
- , «Delitos contra el orden público», en *Derecho Penal. Parte Especial*, dirigido por la misma autora, Madrid 2010.
- , «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLVI, Fascículo II, 1993, 536-559.

- LANDA GOROSTIZA, J. M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada 2001.
- LANDECHO VELASCO C. M. Y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid 1996.
- LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX (1996), 219-288.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Bien jurídico y objeto protegible», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volumen LX, 2007, 119-163.
- LEFEBVRE, F., «Delitos contra el orden público», en *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, Madrid 2010.
- , «Terrorismo», en *Memento práctico Francis Lefebvre. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, Madrid 2010.
- LEZERTÚA RODRÍGUEZ, M., Y SALINAS DE FRÍAS, A., «La prevención en la lucha contra el terrorismo y el Consejo de Europa», Septiembre 2010, en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/internacional/la-prevencion-en-la-lucha-contrael-terrorismo-y-el-consejo-de-europa-ii>
- LIMBACH, J., «Función y significado del recurso constitucional en Alemania», en *Cuestiones Constitucionales*, julio-diciembre, Número 3, México D.F. 2000, 67-89.
- LÓPEZ GARRIDO, D. Y GARCÍA ARAN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid 1996.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., «Seguridad ciudadana y orden público», en *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Madrid 1992.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Contradicción y defensa. Cinco cuestiones sobre la prueba penal, precedidas de una introducción sobre la eficiencia del proceso penal», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007.
- LÓPEZ ULLA, J. M., *Libertad de informar y derecho a expresarse. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cádiz 1994.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid 1999.
- LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid 2010.

- , «¿El fin justifica los medios? Comentarios a las resoluciones dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en el «caso De Juana Chaos»», *Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volumen LX, 2007, 497-537.
- LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2008.
- MANES, V., «La incidencia de las “Decisiones Marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo», traducido por María Elena Torres Fernández, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf>, número 09-07, 2007.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, dirigidos por Manuel Octavio de Toledo y Ubieto y otros, Valencia 2004.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y manifestación*, Madrid, 1982.
- , «La apología delictiva», en *Actualidad Penal*, N° 34, 1997.
- , «Reformas penales en materia de terrorismo», en *Actualidad Penal*, número 48, 2000.
- , *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) (comentarios y jurisprudencia)*, Parte II, Parte Especial, artículos 138-639, Granada 2011.
- MAQUEDA ABREU, M. L., «Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología», en *Poder Judicial*, N° 9, marzo, 1988.
- MARCIANI BURGOS, B., *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*, Lima 2004.
- MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, J. L., «El terrorismo: aproximación al concepto», en *Actualidad Penal, La Ley*, número 26, 1998, 479-487.
- MARTÍNEZ GARAY, L., Y MIRA BENAVENT, J., *Audiencia Nacional y Prohibición Penal de Reuniones y Manifestaciones*, director José Luis González Cussac, Valencia 2011.
- MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid 1997.

- MELÉNDEZ PADILLA, F., *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia. Estudio Constitucional Comparado*, México D. F. 2006.
- MERLO, M. E., *Delitos Contra el Honor, Libertad de Expresión y de Información*, Buenos Aires 2005.
- MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid 1987.
- MINTEGUA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución Española de 1978*, Madrid 2006.
- MILLAN MORO, L., «la eficacia directa de las directivas: evolución reciente», en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, núm. 3, 1991, 845-879
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Barcelona 2010.
- , *Constitución y Principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Valencia 2010.
- MOLINER, M., *Diccionario del uso del español*, Madrid 2008.
- MORAL DE LA ROSA, J., *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid 2005.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R., «El iter criminis (I)», en *Derecho Penal, Parte General*, dirigido por José Miguel Zugaldía Espinar, Valencia 2004.
- MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, 2ª edición, Madrid 2010.
- , *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid 2004.
- MOSQUETE, D., «El delito de apología», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, N° 10, enero de 1946.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, decimoctava edición, revisada y puesta al día, Valencia 2010.
- , «El nuevo Derecho penal autoritario», en *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia 2004.
- , «De nuevo sobre "el derecho penal del enemigo"», en *Revista Penal*, N° 16, 2005.
- , «La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del

enemigo», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007.

MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 2007.

———, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 2002.

MUÑOZ CUESTA, F. J., «Amenazas no condicionales a grupos de personas y enaltecimiento del terrorismo», en *Repertorio de Jurisprudencia*, número 4/2007.

MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona 1988.

MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de Información y Derecho al Honor en el Código Penal de 1995*, Valencia 1999.

———, «obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 6, 2001.

NIETO MARTÍN, A., «European Criminal Policy Initiative y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea», en *Revista General de Derecho Penal*, número 13, mayo 2010.

NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho constitucional*, Buenos Aires 1992.

O`CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid 1991.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (VIENA), *Compendio de casos relativos a la lucha contra el terrorismo*, New York 2010.

OLÁSULO ALONSO, H. Y PÉREZ CEPEDA, I., *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Valencia 2008.

OLMEDO CARDENETE, M., «artículo 17», en *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Artículos 1 a 18, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1999.

———, «Capítulo 67. Delitos Contra el Orden Público (VI) de las Organizaciones y Grupos Terroristas. Delitos de Terrorismo», en *Sistema de Derecho Penal Español, Parte Especial*, coordinado por Lorenzo Morillas Cueva, Madrid 2011.

ORDEIG ORERO, M. J., «El derecho a comunicar libremente información veraz: sus límites», en la *Revista Poder Judicial*, número 31, de septiembre de 1993.

ORENES RUIZ, J. C., *Libertad de información y proceso penal, Los límites*, Navarra 2008.

- ORTS BERENGUER, E., «Reuniones y Manifestaciones Ilícitas», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo II, Madrid 1983.
- ORTS BERENGUER, E., Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición actualizada conforme a la LO 5/2010, Valencia 2010.
- OSCE/COE EXPERT WORKSHOP AND OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS, *Background Paper on Human Rights Considerations in Combating Incitement to Terrorism and Related Offences: Preventing Terrorism: Fighting Incitement and Related Terrorist Activities*, Vienna, 19-20 October 2006.
- OSORIO ITURMENDI, L., «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites de la libertad de expresión», en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (1)*, XII Jornadas de Estudio, Madrid 1992.
- PELLICER ZAMORA, R. C., «Condiciones y tipos de invocabilidad de la directiva comunitaria», en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 12, núm. 1, enero-abril 1995, 59-79.
- PÉREZ CEPEDA, A. I., «El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal», en *Derecho penal de excepción: Terrorismo e inmigración*, dirigido por la misma autora, Valencia 2007, 95-138.
- PÉREZ DEL VALLE, C., «Sobre los orígenes del “Derecho penal del enemigo”», en *Cuadernos de Política Criminal*, No 75, 2001.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid 1999.
- PÉREZ MACHÍO, A. I., «Normativa internacional para la erradicación de todas las formas de terrorismo», en *Aplicación de la normativa antiterrorista*, dirigidos por José Luis de la Cuesta e Ignacio Muñagorri, Instituto Vasco de Criminología, País Vasco 2008.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid 2005.
- , «La democracia frente al terrorismo global», en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires 2010, 7-12.
- PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho político*, Madrid 1976.
- PÉREZ TREMPES, P., «Los derechos fundamentales», en *Derecho Constitucional, Tomo I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia 2007.



- PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., Y PENDAS GARCÍA, B., «Régimen Jurídico del Derecho de Reunión (Análisis de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de Julio)», en *Revista de Derecho Político*, número 22, 1986, 195-219.
- POLAINO NAVARRETE, M., «apología de los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado», en *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, III. *Delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado; de las falsedades*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1994.
- , «Apología y encubrimiento del terrorismo», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, dirigidos por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi, Sevilla 1996.
- , «artículos 17 y 18», en *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Artículos 1 a 18, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid 1999.
- POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Lima 2006.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «El derecho penal y procesal del "enemigo" las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos», en *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, coordinado por Jacobo López Barja de Quiroga, José Miguel Zugaldía Espinar, Vol. 1, 2004.
- PRATS CANUT, J. M., «Sección 2ª. De los delitos de Terrorismo», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2009.
- , «Sección 2ª. De los delitos de Terrorismo», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, L., «Observaciones sobre la ponderación y su rendimiento como límite constitucional a la ley penal», *ponencia dictada en el IX seminario de Filosofía del derecho y derecho penal: "principio de proporcionalidad y derecho penal"*, León 2010.
- PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal, parte general*, Madrid 1988.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Madrid 1962-1965.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Navarra 2010.
- , *Parte General del Derecho Penal*, Arazandi 2009.

- , «Comentario Art. 18», en *Comentarios al Código Penal, Tomo I, Parte General (Artículos 1 a 137)*, dirigido por el mismo autor y coordinado por Fermín Morales Prats, Navarra 2008.
- , «Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Sobre la particular lógica de los procesos por delitos de terrorismo (las paradojas de la absolución de Arnaldo Otegi)», en *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, dirigidos por Carlos María Romeo Casanova, Granada 2008, 371-391.
- , «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 12, 2008, 771 y ss.
- , «Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del *Ius Puniendi*», en *Revista de Ciencias Penales*, volumen 4, 2001-2002, 89-126.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Madrid 2001, en <http://www.rae.es/rae.html>
- REBOLLO VARGAS, R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: Libertad de expresión e información y límites penales*, Barcelona 1992.
- , «La apología y el presagio de “un futuro inmediato de gran sufrimiento”», en *Jueces para la democracia*, N° 28, año 1997, 36-38.
- , *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal. La exteriorización de la voluntad delictiva*, Valencia, 1997.
- RETORTILLO BAQUER, M. Y OTROS, *Derechos fundamentales y constitución*, Madrid 1988.
- RIVERA BEIRAS, I., *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, 2005.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1988.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «las fases de ejecución del delito», en *El proyecto de Código Penal, Revista jurídica de Cataluña*, Barcelona 1980.
- , «artículo 18», en *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1997.

- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Artículo 578», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 2009.
- , «Artículo 578», en *Comentarios al Código Penal, Tomo III, Parte Especial*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona 2008.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid 2007.
- ROLLA, G., *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México 2002.
- ROMERO COLOMA, A. M., *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: Honor, intimidad y presunción de inocencia*, Madrid 2000.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid 2008.
- , «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Roland Hefendehl (ed.), Madrid 2007, 443-458.
- RUÍZ LANDÁBURU, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid 2002.
- RUÍZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del Derecho a la Intimidad*, Madrid 1995.
- RUPÉREZ, J., «Las Naciones Unidas en la lucha contra el terrorismo: primer balance», en *Cuadernos de pensamiento político FAES*, Nº 5 (2005), 65-77.
- SAAVEDRA RUÍZ, J., *Código Penal, comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 2ª edición actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, Madrid 2011.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R., «Juicio penal y excepción. ¿Una involución en el proceso de civilización?», en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, No 128, Madrid 2007, 53-87.
- SALA SÁNCHEZ, P., «Rasgos generales del nuevo Código penal», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte General*, 2, Madrid 1996, 15-36.
- SALAS, L. P., «La Ley patriótica USA», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 255-309.

- SALVADOR MARTÍNEZ, M., «El derecho a la libertad de expresión», en *Derecho Constitucional*, abril 2010: [http://documentostics.com/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,406/Itemid,3/www.iustel.com](http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,406/Itemid,3/www.iustel.com).
- SÁNCHEZ DOMINGO, M. B., «Rasgos característicos de la regulación de la apología en la legislación española y en el ámbito europeo», en *Cuadernos de Política Criminal*, No 101, Segunda Época, 2010, 103-142.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *La Libertad de Expresión*, Madrid 1992.
- , «La imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, número 12-13, 2003-2004, 351-382.
- SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J., «De la infracción penal («*iter criminis*»)», en *Código Penal comentado*, Tomo I, dirigido por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Barcelona 2004.
- SÁNCHEZ OSTIZ, P., «La tipificación de conductas de apología del delito y el derecho penal del enemigo», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 893-916.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «El peligro de las palabras a propósito del delito de apología del genocidio», en *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid 2009, 283-331.
- SARAZÁ JIMENA, R., *Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Pamplona 1995.
- SARMIENTO, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 10, 2005.
- SATRÚSTEGUI, M., «Los derechos de ámbito educativo», en *Derecho Constitucional, Tomo I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia 2007.
- SCHEININ, M., *Report by Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, E/CN.4/2006/98, 28 December 2005, paragraph 56 (c) and more recently in A/61/267, 16 August 2006, paragraph 28.
- SCHWABE, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México D.F. 2009.

- SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997.
- , «Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 985-1010.
- , «Les principes du Droit Penal et la Jurisprudence Constitutionnelle. Le point de vue spagnol», en *Droit Constitutionnel et Droit Penal*, París 2000.
- , «Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación », en *Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte General, 2*, Madrid 1996, 147-184.
- SOLER, S., *Derecho penal argentino*, Buenos Aires 1973, 657
- SORIANO SORIANO, J. R., «El terrorismo y el Tribunal Supremo», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 177-198.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., Y OTROS, *Manual de Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, Navarra 2008.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «Delitos de genocidio, Artículo 607», en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 3ª edición.
- , *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2004.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Madrid 1988.
- , «Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 1011-1030.
- TOLLER, F., *Interpretación Constitucional*, México D.F. 2005.
- TORRES CEVALLOS, B., «Derecho internacional público frente al delito de terrorismo», en *Revista Afese*, Ecuador-Colombia, 61-86.
- TORRES DEL MORAL, A., «La libertad de comunicación pública», en *El derecho de la información*, Madrid 2001.

- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., *La eficacia "federalizante" de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Análisis de sus manifestaciones en el Derecho penal)*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 2008.
- VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. J., «España y los Convenios del Consejo de Europa», en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 5, No 1, 1978, 265-280.
- VENTURA ROBLES, M. E., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente*, Mayo 2008, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2694.pdf>
- VERVAELE, J. A. E., «La legislación antiterrorista en Estados Unidos: *inter arma silent leges*», traducido por Esther Morón Lerma y María José Rodríguez Puerta, en *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, número 14, 2005.
- VIDAL MARÍN, T., «Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional», en *Revista para el análisis del Derecho*, 1/2007, [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona 2007.
- , «El derecho de reunión y manifestación», en *Anuario Parlamento y Constitución*, número 1, Castilla La Mancha 1997, 267-288.
- VILLEGAS DÍAZ, M., «Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal de Chile», en *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, [www.iuspenalismo.com.ar](http://www.iuspenalismo.com.ar)
- VIVES ANTÓN, T. S., «Libertad de expresión y derecho al honor», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada 1987.
- , *Libertad de prensa y responsabilidad criminal: la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, Madrid 1977.
- , «Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: El problema de la apología del terrorismo», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por Juan-Luis Gómez Colomer y José-Luis González Cussac, Valencia 2006, 17-47.
- VIVES ANTÓN, T. S., Y CARBONELL MATEU, J. C., «Enaltecimiento del Terrorismo», en *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª Edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia 2010.
- , «Actos preparatorios», en *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª Edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Valencia 2010.
- ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid 2006.

———, «La Legitimación del Control Penal de los Extraños», en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, coordinado por Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, Buenos Aires 2006, 1117-1147.

ZARAGOZA AGUADO, J. A., «Sección Segunda: De los Delitos de Terrorismo», en *Comentarios al Código Penal*, dirigido por Manuel Gómez Tomillo, Valladolid 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «límites al poder punitivo del Estado (I)» en *Derecho Penal, Parte General*, dirigido por el mismo autor, Valencia 2004.

———, «Terrorismo y globalización», en *La palabra contra el terrorismo*, Granada 2004.

## 2. Textos legislativos

CODICCE PENALE, R. D. n. 1389 del 19 ottobre 1930 – Pubblicato in s. o. Gazzetta Ufficiale, n. 253 del 28-10-1930, consultado octubre 2009, en: [http://www.usl4.toscana.it/dp/isll/lex/cp\\_12.htm#L2t5](http://www.usl4.toscana.it/dp/isll/lex/cp_12.htm#L2t5)

CÓDIGO PENAL ALEMÁN, traducido por Claudia López Díaz, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1988, consultado octubre 2009, en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_13.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf)

DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO (2002/475/JAI), DE 13 DE JUNIO DE 2002, RELATIVA A LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO, publicada en el Diario Oficial número L 164 de 22 de junio de 2002, p. 0003-0007.

DECISIÓN MARCO 2008/919/JAI DEL CONSEJO DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2008 POR LA QUE SE MODIFICA LA DECISIÓN MARCO 2002/475/JAI SOBRE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO, publicada en el Diario Oficial número L 330 de 9 de diciembre de 2008, p. 0021-0023.

DECRETO DE 23 DE DICIEMBRE DE 1944, DE CÓDIGO PENAL DE 1944, texto ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, Barcelona 1954.

LEY ORGÁNICA 4/1980, DE 21 DE MAYO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE DELITOS RELATIVOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, REUNIÓN Y ASOCIACIÓN («BOE» número 142, de 13 de junio de 1980).

LEY ORGÁNICA 2/1981, DE 4 DE MAYO, QUE MODIFICA Y ADICIONA DETERMINADOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL Y EL DE JUSTICIA MILITAR («BOE» número 107, de 5 de mayo de 1981).

LEY ORGÁNICA 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE, CONTRA LA ACTUACIÓN DE BANDAS ARMADAS Y ELEMENTOS TERRORISTAS Y DE DESARROLLO DEL ARTÍCULO 55.2 DE LA CONSTITUCIÓN («BOE» número 3, de 3 de enero de 1985. Corrección de erratas «BOE» número 65, de 16 de marzo de 1985).

LEY ORGÁNICA 3/1988, DE 25 DE MAYO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL («BOE» número 126, de 26 de mayo de 1988).

LEY ORGÁNICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO, DE ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO PENAL («BOE» número 148, de 22 de junio de 1989).

LEY ORGÁNICA 4/1995, DE 11 DE MAYO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL, MEDIANTE LA QUE SE TIPIFICA LA APOLOGÍA DE LOS DELITOS DE GENOCIDIO («BOE» número 113, de 12 de mayo de 1995).

LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL («BOE» número 281, de 24 de noviembre de 1995. Corrección de errores: («BOE» número 54, de 2 de marzo de 1996).

LEY ORGÁNICA 2/1998, DE 15 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL («BOE» número 143, de 16 de junio de 1998).

LEY ORGÁNICA 7/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, Y DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TERRORISMO («BOE» número 307, de 23 de diciembre de 2000).

LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL («BOE» número 283, de 26 de noviembre de 2003).



PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 17 de enero de 1980, número 106-I.

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de septiembre de 1992, número 102-I.

REAL DECRETO-LEY 3/1979, DE 26 DE ENERO, SOBRE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA («BOE» número 28, de 1 de febrero de 1979).

### **3. Textos judiciales**

#### *A. Audiencia Nacional*

AAN, de 9 de diciembre de 2005

AAN, de 9 de julio de 2008

AJCI, nº 3, de 3 de septiembre de 2009

AJCI, nº 5, de 25 de septiembre de 2009, diligencias previas 259/2009

AJCI, nº 5, de 25 de septiembre de 2009, diligencias previas 263/2009

SAN 58/1980

SAN, de 13 de diciembre de 1982

SAN 41/1983

SAN, de 21 de noviembre de 2006

SAN 9/2007

SAN 10/2007, de 23 de marzo

SAN 49/2008, de 29 de julio

SAN 61/2008, de 1 de diciembre

SAN 13/2010, de 2 de marzo

#### *B. Audiencias Provinciales*

AAP Vizcaya de 7 de enero de 2003

AAP Vizcaya de 22 de enero de 2003

AAP Guipúzcoa 61/2004, de 23 de marzo de 2004

AAP de Guipúzcoa, de 26 de mayo de 2004

### ***C. Corte Interamericana De Derechos Humanos***

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-2/82, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana*, 24 de septiembre de 1982.

———, Sentencia del Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 29 de julio de 1988.

### ***D. Corte Suprema De Los Estados Unidos***

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Sentencia de *New York Times v. Sullivan*, (1964).

———, Sentencia *Garrison v. Louisiana*, (1964).

———, Sentencia *Rosenblatt v. Baer*, (1966).

———, Sentencia *Curtis Publishing Co. v. Butts*, (1967).

———, Sentencia *Time, Inc. v. Hill*, (1967).

———, Sentencia *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, (1974).

———, Sentencia *Rosenbloom v. Metromedia Inc.*, (1971).

———, Sentencia *Time Inc. v. Firestone*, (1976).

### ***E. Sala De Lo Constitucional De La Corte Suprema De Justicia De El Salvador***

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Sentencia de Inconstitucionalidad 4-94, de 13/VI/1995.

## ***F. Tribunal Constitucional Alemán***

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, BVerfGE 7, 198

———, BVerfGE 12, 113.

———, BVerfGE, 34, 264.

———, BVerfGE 93, 266.

## ***G. Tribunal Constitucional Español***

ATC 4/2008

ATC 197/1982

STC 60/2010

STC 70/2009

STC 29/2009

STC 235/2007

STC 206/2007

STC 110/2007

STC 9/2007

STC 181/2006

STC 174/2006

STC 53/2006

STC 196/2004

STC 117/2004

STC 54/2004

STC 5/2004

STC 127/2003

STC 48/2003

STC 14/2003

STC 185/2002

STC 148/2002

STC 99/2002

STC 83/2002

STC 76/2002  
STC 70/2002  
STC 52/2002  
STC 46/2002  
STC 20/2002  
STC 204/2001  
STC 156/2001  
STC 148/2001  
STC 81/2001  
STC 49/2001  
STC 297/2000  
STC 292/2000  
STC 136/2000  
STC 115/2000  
STC 112/2000  
STC 110/2000  
STC 21/2000  
STC 11/2000  
STC 8/2000  
STC 6/2000  
STC 192/1999  
STC 136/1999  
STC 134/1999  
STC 44/1999  
STC 200/1998  
STC 204/1997  
STC 161/1997  
STC 113/1997  
STC 51/1997  
STC 207/1996  
STC 55/1996

STC 19/1996  
STC 176/1995  
STC 143/1994  
STC 99/1994  
STC 336/1993  
STC 286/1993  
STC 151/1993  
STC 15/1993  
STC 240/1992  
STC 227/1992  
STC 223/1992  
STC 219/1992  
STC 123/1992  
STC 85/1992  
STC 40/1992  
STC 20/1992  
STC 214/1991  
STC 197/1991  
STC 189/1991  
STC 65/1991  
STC 201/1990  
STC 181/1990  
STC 172/1990  
STC 171/1990  
STC 105/1990  
STC 172/1989  
STC 129/1989  
STC 121/1989  
STC 51/1989  
STC 37/1989  
STC 231/1988

STC 107/1988  
STC 6/1988  
STC 199/1987  
STC 170/1987  
STC 165/1987  
STC 133/1987  
STC 89/1987  
STC 168/1986  
STC 163/1986  
STC 159/1986  
STC 104/1986  
STC 52/1986  
STC 159/1985  
STC 53/1985  
STC 19/1985  
STC 13/1985  
STC 110/1984  
STC 49/1984  
STC 105/1983  
STC 73/1982  
STC 66/1982  
STC 62/1982  
STC 36/1982  
STC 12/1982  
STC 2/1982  
STC 51/1981  
STC 25/1981  
STC 6/1981

## **H. Tribunal Europeo De Derechos Humanos**

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Thoma contra Luxemburgo*, de 29 de marzo de 2001.

———, caso *Jerusalem contra Austria*, de 27 de febrero de 2001.

———, caso *Feldek contra Eslovaquia*, de 12 de julio de 2001.

———, caso *Hogefeld v. Germany*, de 20 de enero de 2000.

———, caso *Du Roy y Malauri contra Francia*, de 3 de octubre de 2000.

———, caso *Sürek and Özdemir contra Turquía*, de 8 de julio de 1999.

———, caso *Prager y Oberschlick contra Austria*, de 26 de abril de 1995.

———, caso *Alenet de Rivermont contra Francia*, de 10 de febrero de 1995.

———, caso *De Haes et Gijssels contra Bélgica*, de 24 de febrero de 1994.

———, caso *Thorgeir Thorgeirson contra Islandia*, de 25 de junio de 1992.

———, caso *Castells contra España*, de 23 de abril de 1992.

———, caso *Oberschlick contra Austria*, de 23 de mayo de 1991.

———, caso *Lingens contra Austria*, de 8 de julio de 1986.

———, caso *Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979.

———, caso *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1978.

## **I. Tribunal Superior De Justicia**

STSJ de País Vasco de 31 de marzo de 2004

## **J. Tribunal Supremo Alemán**

TRIBUNAL SUPREMO ALEMÁN, BGHSt, 18, 182.

## **K. Tribunal Supremo Español**

ATS de 19 de enero de 2004

ATS de 23 de septiembre de 2003

ATS de 23 de mayo de 2002

ATS de 14 de junio de 2002

STS 224/2010, de 3 de marzo

STS 679/2009, de 5 de junio  
STS 676/2009, de 5 de junio  
STS 676/2008, de 5 de junio de 2009  
STS 539/2008, de 23 de septiembre  
STS 38/2008, de 9 de julio  
STS 2506/2007, de 23 de septiembre de 2008  
STS 656/2007, de 17 de julio  
STS 585/2007, de 26 de junio  
STS 149/2007, de 26 de febrero  
STS 468/2006, de 27 de abril  
STS 259/2006, de 6 de marzo  
STS de 19 de enero de 2006  
STS 1518/2005, de 19 de diciembre  
STS de 21 de diciembre de 2004  
STS 1521/2004, de 14 de diciembre  
STS 1509/2004, de 14 de diciembre  
STS 875/200,4 de 29 de junio  
STS de 4 de julio de 2001  
STS de 7 de abril de 2001  
STS de 20 de julio de 1999  
STS 2/1997, de 29 de noviembre  
STS de 9 de mayo de 1996  
STS 1365/1994, de 4 de julio  
STS de 5 de diciembre de 1989  
STS de 16 de mayo de 1989  
STS de 25 de noviembre de 1988  
STS de 28 de octubre de 1987  
STS 12/1986  
STS de 31 de diciembre de 1986  
STS de 21 de marzo de 1986  
STS de 31 de diciembre de 1983



STS de 31 de mayo de 1971

STS de 26 de abril de 1969

STS de 17 de enero de 1969