

*TERRORISMO Y LIBERTADES POLÍTICAS*

*María Luisa Cuerda Arnau*

**Profesora titular de derecho penal**

**Universidad Jaume I (Castellón)**

**A TOMAS. S. VIVES ANTÓN.**

<b>I.-INTRODUCCIÓN: LA GENERALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN ....</b>	<b>4</b>
<b>II.- LAS LIBERTADES POLÍTICAS ANTE EL NUEVO TERRORISMO.....</b>	<b>6</b>
<b>III. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN: LÍMITES PENALES Y OTROS MECANISMOS DE CONTROL.....</b>	<b>8</b>
III.1-CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA .....	8
III.2 LA ILEGALIZACIÓN DE FORMACIONES POLÍTICAS .....	12
III.3.- EL CONTROL DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO. EXCURSO .....	15
<b>IV. LIMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA. PLANTEAMIENTO GENERAL .....</b>	<b>18</b>
<b>V.-TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS CONDUCTAS APOLOGÉTICAS.....</b>	<b>24</b>
V.1.-LA APOLOGÍA COMO FORMA DE PROVOCACIÓN (ART. 18.1.2 CP) .....	25
V.2.-EL RECLAMO PÚBLICO DE ACCIONES VIOLENTAS (ART. 170.2 CP).....	30
V.3.-EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO (ART. 578 CP). ALGUNAS REPERCUSIONES DE LA STC 235/2007 .....	33
V.4.- DELITOS DE EXPRESIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	37
a) <i>Consideraciones acerca del ámbito constitucional de la libertad de expresión.....</i>	<i>37</i>
b) <i>Apología del delito y principio de ofensividad. Cuestiones previas .....</i>	<i>41</i>
c) <i>Bien jurídico, proporcionalidad y apología .....</i>	<i>43</i>
d) <i>El bien jurídico como prius lógico del principio de proporcionalidad. La teoría procedimental del bien jurídico de Vives Antón. ....</i>	<i>43</i>
e) <i>Proporcionalidad, efecto de desaliento y derechos fundamentales.....</i>	<i>44</i>
f) <i>Apología del delito y principio de legalidad.....</i>	<i>47</i>
<b>NOTA BIBLIOGRÁFICA .....</b>	<b>50</b>

This article analyses the consequences that the current discourse on lack of safety and emergency has on certain political freedoms when it is applied to antiterrorist legislation which is, undoubtedly, the criminal area of expansion and exceptionality par excellence. This is an attempt to warn once more against the risks that the above-mentioned idea entails. Attention is drawn to the impact that it all can have on the three fundamental freedoms: freedom of association, freedom of ideology, religion and worship, and freedom of speech. Today, the chances to violate them have increased, among other reasons, because of the emergence of a new form of terrorism in the face of which too many people advocate for a differentiated treatment to that given to the old form of terrorism. Therefore, this treatment is based on the doubly dangerous idea of exception within exception

Key words: antiterrorist legislation, freedom of ideology, religion and worship, and freedom of speech

El artículo analiza las repercusiones que sobre algunas libertades políticas tiene el actual discurso de la inseguridad y la emergencia cuando se proyecta sobre la legislación antiterrorista, que es, sin duda, el área criminal de la expansión y la excepcionalidad por antonomasia.

Aquí se pretende advertir una vez más de los riesgos que ello comporta, focalizando la atención sobre el impacto que todo ello puede llegar a tener sobre tres libertades políticas nucleares: la libertad de asociación, la libertad ideológica, religiosa y de culto y la libertad de expresión, cuyas posibilidades de vulneración resultan hoy acrecentadas, entre otras causas, por la aparición de un nuevo terrorismo con respecto al cual ya son demasiados quienes propugnan un tratamiento diferenciado frente al que se otorga al viejo terrorismo y, por tanto, basado en la doblemente peligrosa idea de que cabe la excepción de la excepción.

Palabras clave: terrorismo, libertades políticas, libertad de expresión, libertad religiosa, libertad de asociación.

## **I.-INTRODUCCIÓN: LA GENERALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN <sup>1</sup>**

Ya en un célebre Congreso celebrado del 3 al 6 de octubre de 1999 en la Academia de Ciencias de Berlín, insignes penalistas, alemanes y foráneos, tuvieron ocasión de repasar muy críticamente el estado actual de la llamada Ciencia del derecho penal, cuyas insuficiencias frente a las nuevas realidades se pusieron de manifiesto en la mayoría de las ponencias. El debate no sólo continúa, sino que la necesidad de profundizar en el mismo resulta cada vez más acuciante porque, como reza el atinado título que los Dres Campo Moreno y González Cussac dieron al curso que dirigieron en la sede madrileña del CGPJ del 11 al 14 de junio de 2007, la excepción empieza a dejar de serlo.

Sin duda, ha aumentado la complejidad del escenario ante el que el derecho penal se enfrenta, donde la efectiva aparición de nuevos riesgos que aumentan exponencialmente en función del progreso técnico convive con la aceleración de los ritmos económicos, con la liberalización de los mercados y, en suma, con cuantas características definen a la globalización, de la que la integración supranacional no es más que un aspecto concreto. Pero junto a eso, la sociedad postindustrial es también la encarnación del fracaso del modelo del Estado del bienestar. Al desempleo o a la inestabilidad laboral vienen a sumarse fenómenos tan comprensibles como imparables cual son las migraciones y el conjunto de injustos efectos que de ordinario las acompañan. Exclusión social y enfrentamiento cultural son buena base para que fructifiquen los fanatismos. La irrupción de fundamentalismos nacionalistas o religiosos y el peligro que representa el terrorismo internacional conforman un panorama nada alentador, en el cual junto a nuevas formas delictivas surge también un tipo de criminalidad distinto, caracterizado por las ideas de organización, poder económico y transnacionalidad. La sensación social de inseguridad -se corresponda o no con la existencia objetiva de los riesgos- y las demandas de seguridad (incluyendo a la cognitiva) pueden servir para cerrar el círculo de fuego en el que el derecho penal está llamado a cumplir una función sobre cuyo contenido y alcance existe cada vez menos consenso.

Aún así, entre el desconcierto, el legislador penal sigue inmerso en su tarea y desde luego la desempeña a fondo, impulsando una hasta ahora desconocida expansión del derecho penal cuyas características han hecho saltar todas las alarmas y han motivado un fructífero debate sobre los fundamentos mismos de nuestra disciplina. Sin embargo, el que pueda ser exacto el diagnóstico sobre “la imposible situación del derecho penal”, según la ya clásica

---

<sup>1</sup> **NOTA A LA IMPRENTA: Donde estimen pertinente hagan constar lo ss:**

**El presente artículo se inscribe en parte en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia con código SEJ 2005-04209**

colectánea de la Escuela de Frankfurt, no puede llevarnos a desconocer que los retos ante los que se enfrenta exigen algún tipo de respuesta y que algunas de las críticas que los defensores de la llamada modernización del derecho penal han hecho al con sorna denominado discurso de resistencia no son tan insensatas como algunos pretenden presentarlas.

Con todo, el problema sigue siendo el déficit de legitimidad que se advierte en algunas de las alternativas que mayor calado están teniendo en nuestra realidad jurídica precisamente porque son las que mejor responden no ya al aseguramiento de los bienes a costa de la seguridad jurídica, sino, sobre todo, a la necesidad de gozar de seguridad cognitiva, aunque lo sea a costa de la libertad. Así es como el llamado “derecho penal del enemigo” se pretende alzar como exponente de un derecho penal acorde con los nuevos tiempos. Frente a ello, como ya hiciera Eser en su alocución final en el Congreso berlinés, hay que apelar a la responsabilidad que tiene el “científico” del derecho penal de tomar conciencia de las consecuencias externas de sus postulados. A todos nos corresponde, pues, poner de manifiesto la imposibilidad lógica de que coexistan un derecho penal del ciudadano y una legislación de guerra. Y nos corresponde también oponernos a fabricar construcciones destinadas a convertirse en un instrumento de legitimación de estos modelos cuando no en cómplice servil de sus excesos

DOBLE ESPACIO (ruego a la imprenta que lo respete porque contribuye al mejor entendimiento del texto)

Con ese objetivo, aquí se analizarán algunas de las más claras repercusiones que sobre algunas libertades políticas tiene el discurso de la emergencia cuando se proyecta sobre la legislación antiterrorista, un ámbito donde aquellas ideas, en el fondo no tan nuevas, se dejan sentir con más fuerza. Así ha sido históricamente y así han venido a ratificarlo las últimas reformas, que han llegado al extremo de crear incluso en el marco del derecho penal de menores un subsistema específico, lo cual es tal vez la mejor muestra de que el terrorismo es el área criminal de la expansión y la excepcionalidad por antonomasia. No se trata aquí, sin embargo, de ofrecer una visión general del problema, sino más bien de focalizar la atención sobre el impacto que todo ello puede llegar a tener sobre tres libertades políticas nucleares: la libertad de asociación, la libertad ideológica, religiosa y de culto y la libertad de expresión, cuyas posibilidades de vulneración resultan hoy acrecentadas, entre otras causas, por la aparición de un nuevo terrorismo con respecto al cual ya son demasiados quienes propugnan un tratamiento diferenciado frente al que se otorga al viejo terrorismo y, por tanto, basado en la doblemente peligrosa idea de que cabe la excepción de la excepción.

## II.- LAS LIBERTADES POLÍTICAS ANTE EL NUEVO TERRORISMO

Resulta una obviedad decir que el tratamiento jurídicopenal del terrorismo siempre ha constituido una amenaza permanente para las libertades políticas. Que esto siga siendo así en la actualidad no representa, pues, novedad alguna. Sin embargo, lo que ya no está tan claro es que la naturaleza e intensidad de la amenaza sea la misma de antaño. La irrupción de un nuevo terrorismo sobre cuyas características estructurales no es momento de detenerse motiva en gran medida un cambio de perspectiva que se proyecta sobre el referido recorte de libertades. Atentados como el 11-S, el 11-M o el acontecido en 2005 en el metro de Londres sitúan a los Estados ante una amenaza global difusa y geográficamente dispersa que, por primera vez en la historia de los fenómenos terroristas, no sólo persigue objetivos políticos y estratégicos que no están limitados a un ámbito territorial determinado, sino que, además, emplea estrategias de ataque distintas a las utilizadas hasta ahora por los grupos terroristas “domésticos”. La utilización de armas con un potencial de destrucción indiscriminado, el empleo de medios informáticos para boicotear los centros neurálgicos de las sociedades modernas (desde las infraestructuras básicas a los sistemas económicos y financieros) o el control de los flujos migratorios con el fin de promover el asentamiento y posterior desarrollo de futuros acólitos son sólo algunos ejemplos de la nueva realidad ante la que nos enfrentamos. Una realidad tristemente marcada por el proyecto de una *yihad* global auspiciado por Al Qaeda y otras organizaciones salafistas violentas que presupone necesariamente acciones de proselitismo activo y apoyo financiero a las que no son ajenas asociaciones de signo muy diverso, de entre las cuales merecen destacarse las mezquitas, escuelas coránicas y otros centros de oración.

Todo ello ha contribuido a la introducción de drásticos cambios en el modelo de lucha contra el terrorismo, con respecto al cual España queda, por fortuna, mucho más acá de lo que se ha llegado no ya en los Estados Unidos, sino en algunos países de nuestro entorno más cercano

Curiosamente, ese trascendental cambio a que aludía no sólo no ha provocado reacciones contrarias al recorte de libertades, sino que, antes al contrario, fructifica bajo la complaciente mirada de la mayoría de la sociedad, incluidos sectores tradicionalmente críticos con los excesos del poder estatal. En ello ha influido, sin duda, la sensación de mayor vulnerabilidad que todos sentimos frente a atentados indiscriminados y de dimensiones como las que ya

conocemos. Esa tendencia es, qué duda cabe, un elemento más de los que singulariza el marco ante el que el legislador actual se sitúa.

A esa novedad, llamémosla sociológica, viene a sumarse otra que es tanto o más preocupante que la anterior por cuanto involucra a quienes en teoría debieran garantizar los derechos y libertades que hoy más que nunca desde que la democracia se instaurara en nuestro país se ningunean sin que a nadie parezca importarle demasiado. En este sentido, el tratamiento jurídico dispensado al asunto Parot o al caso De Juana Chaos por la jurisdicción ordinaria son, tal vez, el mejor ejemplo de lo que digo. Y así es por cuanto ambos trajeron los vientos autoritarios que envuelven a todo derecho penal de autor. Según ese esquema, Parot y De Juana sólo eran despreciables asesinos reincidentes y, por tanto, no debían ser excarcelados. ¿Qué importancia podía tener que para mantener a Parot en prisión fuera preciso vulnerar el principio de legalidad, alterando drásticamente el sentido de lo dispuesto en la regla 2ª del art. 70 CP 1973 y rompiendo con una tradición aplicativa, esto es, con unas prácticas que son, a la postre, lo único capaz de deparar la seguridad jurídica que ni la mejor dogmática está en condiciones de ofrecer?. Por lo que a De Juana respecta, ¿por qué no había que buscar motivos que impidieran su libertad inmediata? Lo dijo hasta el ministro de justicia y, desde luego, tan decidido fue el empeño que, como se recordará, la primera petición del fiscal por la autoría de los dos polémicos artículos escritos en el año 2004 ascendía a noventa y seis años de prisión. A fin de cuentas, hay figuras delictivas como las amenazas o el enaltecimiento del terrorismo que- como ya en su momento demostró el tipo de colaboración en el asunto de la mesa de HB- son muy flexibles y determinadas interpretaciones de los mismos pueden pasar los filtros de la constitucionalidad que, como es sabido, no alcanzan a cribar interpretaciones simplemente incorrectas. Es por ello que la reciente inadmisión a trámite de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por De Juana no puede ser entendida como un refrendo de aquella, a mi modo de ver, sesgada e inadecuada interpretación que en su momento se hiciera de los tipos finalmente aplicados (ATC 9 enero 2008; vid especialmente FJ 4, letra A) .

Con todo, tal vez lo más grave no es tanto el que puedan existir resoluciones judiciales discutibles. Eso ha existido y existirá siempre. El verdadero problema es la sin razón que parece haberse apoderado de importantes sectores de la sociedad española, capaces de organizar manifestaciones públicas frente a decisiones a favor de la libertad que les resultan injustas, concepto, naturalmente que nada tiene que ver con lo que diga la ley. Una vez más, De Juana volvió a ser protagonista del escándalo con la concesión de un régimen de prisión atenuada que, guste o no, le garantizaba la ley. En ese contexto, se explica que en relación con la STS 197/2006 dictada en el caso Parot se dijera que representaba el

triunfo del Estado de Derecho contra el terrorismo de ETA, pese a que como ya entonces subrayó Vives Antón la tan celebrada “interpretación novedosa” no parece una victoria del Estado de Derecho, sino más bien una grave claudicación de este: una renuncia singular a la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables y, también, una renuncia singular de la sumisión de los jueces a la ley (TOL817.709). Y es que, sin duda, la ley y la imparcialidad judicial están sufriendo embates a los que resistirse resulta cada vez más difícil. Nada de esto, sin embargo, parece importarles a los movimientos involucionistas, dedicados a hacer declaraciones públicas a favor del establecimiento de regímenes de excepción que- imaginan- nunca les serán aplicados. La cuestión es, sin embargo, si incluso ellos estarían realmente dispuestos a aceptar la existencia no ya de normas excepcionales, sino de normas excepcionales *permanentes*. Esa es una característica estructural del nuevo terrorismo y, por tanto, aquella contradicción en los términos es la paradoja a la que aboca la nueva realidad, pues hoy está más claro de cuanto lo estuvo nunca que la amenaza del terrorismo no es- como, correctamente o no, se predicaba del viejo terrorismo- algo transitorio.

### **III. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN: LÍMITES PENALES Y OTROS MECANISMOS DE CONTROL**

#### ***III.1-Consideraciones generales sobre el delito de asociación ilícita***

Como es bien sabido, la CE introdujo un cambio trascendental en el tratamiento de que venían siendo objeto en el CP las asociaciones ilícitas, configurando el ámbito de lo penalmente sancionable conforme a los principios básicos de un régimen democrático. En su virtud, los límites penales al derecho reconocido en el art. 22 del texto constitucional quedan circunscritos a las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito o bien se trate de asociaciones secretas o de carácter paramilitar, que resultan en todo caso prohibidas (art. 22.5 CE). Por su parte, el CP de 1995 introdujo algunas novedades en la definición de las asociaciones ilícitas, ampliando el catálogo de las mismas al incorporar un numeral que pretende dar entrada a las sectas (art. 515 nº 3) y al enseñar el ámbito de las que promueven la discriminación, la violencia o el odio contra grupos determinados (art. 515 nº 5), modalidades que, a diferencia de las organizaciones terroristas- también explícitamente incorporadas en 1995- era más discutible que tuvieran cabida en el texto penal hasta entonces vigente. Por lo demás, la LO 11/2003 incluyó entre

las asociaciones ilícitas del nº 1 las que tengan por objeto la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

Ese es, pues, el marco del delito de asociación ilícita, una figura que, como magistralmente se ha encargado de demostrar García-Pablos, es el instrumento más poderoso que tiene el legislador para luchar contra todo tipo de criminalidad grupal, en la medida en que responde a una técnica de anticipación cuya efectividad a dicho fin no está necesitada de mayor glosa. Ahora bien, como también García-Pablos se encargó de señalar, en dicha técnica radica asimismo el peligro que tipos de esta naturaleza representan para las libertades. Esta circunstancia y el dato incontestable de que esta figura ha servido históricamente para cercenar las más variadas formas de disidencia, impiden bajar la guardia. Esta es una cuestión de la que se han ocupado con detalle ilustres monografistas del tema y, por ende, no es preciso reiterar aquí lo que otros han dicho de manera admirable. La única novedad radica en que ahora hay que ampliar los términos del debate.

En la actualidad, no sólo hay que seguir profundizando en el concepto de organización o grupo terrorista a los efectos, entre otras cosas, de darles entrada en el nº 2 del art. 515 CP, sino que hay que volver los ojos hacia otras modalidades de asociación ilícita que o bien no son de las que cabe calificar como organizaciones terroristas, o bien no pueden ser fácilmente reconducidas al nº 1 del mismo precepto.

En esa dirección, la estructura de funcionamiento del nuevo terrorismo- esencialmente difuso- se aparta sustancialmente de la definición tradicional de organización terrorista, lo cual como ha dicho González Cussac (2007b) obliga a reformular el concepto de organización o grupo terrorista, tradicionalmente asentado en un determinado entendimiento de las notas de jerarquía, disciplina, estabilidad y permanencia. De hecho, como en un video que difundió el Canal Cuatro en 2006 se oía decir a Setmarián- el conocido terrorista sirio español fundador de la primera célula de Al Qaeda en España en los años noventa- "Al Qaeda no es una organización, tampoco es un grupo, ni queremos que lo sea (...)" y, en efecto, su metodología difiere sustancialmente de lo que hasta ahora conocíamos. El propio Setmarián abogaba por la creación de pequeñísimas células independientes en su conocido manual a favor de la *yihad* mundial, basada más en la afinidad ideológica entre los individuos y los grupos que en la existencia de interdependencia o jerarquía. Ante ese estado de cosas, resulta especialmente trascendente la orientación seguida por la STS nº 50, de 19 de enero de 2007 (TOL 1.042.383) recaída en el asunto Jarrai-Haika-Segi, cuyas conclusiones, como es obvio, no son únicamente extensibles al denominado terrorismo doméstico. Pues bien, como se sabe, la sección cuarta de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia (SAN 27/05, de 20 de junio) en la cual optaba por calificar a dichas organizaciones como asociaciones ilícitas del nº 1 del art. 515, rechazando, por tanto, su consideración

como organizaciones o grupos terroristas. Por el contrario, el TS aún sin olvidar la exigencia constitucional de interpretar los conceptos de organización terrorista y banda armada de manera restrictiva y siempre en conexión con el peligro que representan para el conjunto de las instituciones y el orden democrático (SSTC 199/1987 y 89/1993), se inclinó por subsumirlas en aquel concepto, matizando algunas afirmaciones hechas por la AN y precisando otras cuestiones que son las que ahora interesa remarcar. Por una parte, se insiste en considerar que no obsta a la calificación de organización el hecho de que Jarrai, Haika y Segi presenten lo que el TS denomina una estructura "desestructurada" (FJ 44º), del mismo modo que no empece a estimar que concurre la nota de permanencia y estabilidad el hecho de que, como se lee en la STS, se trate de una serie de asociaciones que se han sucedido en el tiempo, pues lo determinante es la identidad sustancial de sus miembros y la continuidad de actividades (FJ 46º). Por último, el TS se aparta del criterio sostenido en la instancia en lo que respecta al carácter armado de las citadas organizaciones y a la supuesta ausencia del elemento subjetivo, elementos que interpreta en la línea defendida por Fernández Hernández (2006) ya antes de que recayera esta resolución. Así, el TS pone el acento en el hecho de que las tres organizaciones en cuestión complementan la actividad de lucha armada de ETA, mediante actos de *kale borroka* numerosos y reiterados, utilizando artefactos explosivos o incendiarios que causan daños, coaccionan y amenazan a los ciudadanos o menoscaban vehículos de transporte público. Dichos actos, concluye el tribunal, son todos ellos de contenido e intención conminatorios y persiguen producir profundo temor, atacando al conjunto de la sociedad democrática y constitucional del Estado de Derecho, en expresión de la STC 199/87 o en otros términos, atentando contra la paz pública, como aspecto de la paz social. Por último, el TS insiste -y ello es importante- en la irrelevancia a los efectos de estimar concurrente el referido elemento subjetivo el que dicha finalidad concorra con otras lícitas, algunas incluso de contenido social, lo cual, como bien se dice en la sentencia, responde tanto a un enmascaramiento de los verdaderos objetivos, como a la utilización de todas las reivindicaciones, pretextos y banderines de enganche imaginables para penetrar lo más profundamente posible en el tejido social(FJ 46º)

Junto a lo anterior, la nueva perspectiva desde la que hay que enfocar el viejo problema aconseja, por otra parte, no perder de vista que la figura de la asociación ilícita proyecta de manera inmediata su sombra sobre las asociaciones de naturaleza política y sobre las de carácter religioso, lo que conlleva el riesgo de que pueda ser utilizada para combatir la disidencia ideológica y obliga, en consecuencia, a realizar una llamada a la prudencia ante una indebida aplicación del tipo, máxime cuando lo que esté en juego sea el derecho de asociación que se ejerce a través de los partidos, hipótesis en la que resulta ocioso señalar que el referido derecho cumple una función indiscutiblemente más relevante. De hecho, la

absoluta excepcionalidad que debe presidir la injerencia penal en el ejercicio del derecho de asociación política y el dato de que históricamente pueda estimarse concluido el proceso de retirada del derecho penal de este ámbito no es ajeno al resurgir de otras propuestas de control a las que luego nos referiremos. Por el momento, me interesa subrayar las posibilidades que para hacer frente a las actividades desarrolladas por determinadas agrupaciones religiosas, centros culturales y de reunión o, incluso, por ciertas ONG's de inspiración fundamentalista ofrece lo dispuesto en el nº 5 del art. 515, a cuyo tenor, se reputan ilícitas las asociaciones "que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o *inciten* a ello". Como es sabido, dicha prescripción tiene su origen en el art. 173.4º del CP 1973 donde se introdujo una modalidad limitada a la provocación a la discriminación que en el CP 1995 se vió ampliada como respuesta frente a determinados grupos de ideología neofascista que promueven la discriminación racial, al tiempo que propugnan el reestablecimiento de regímenes inspirados en el nazismo. A partir de ahí, la redacción que finalmente se ha dado al precepto hace de él un instrumento sumamente- quizá demasiado- maleable, capaz de dar entrada no sólo a las conductas de promoción o incitación a la discriminación, sino también a otras de naturaleza distinta cuya constitucionalidad ha sido seriamente cuestionada (Bernal). Así es desde el momento en que la norma incorpora una genérica referencia a la promoción o incitación a la violencia, lo cual, según un importante sector de la doctrina, no exige ni que se proyecte sobre un acto violento concreto, ni tampoco que aquella sea la actividad programática de la asociación, bastando, pues, con que no se trate de una acción ocasional o aislada. En cuanto a esto, sobra insistir en que lo determinante es la línea de actuación de la asociación en cuestión, toda vez que raramente sus normas internas de funcionamiento consagrarán tal objetivo entre los perseguidos. Por lo demás, qué duda cabe de la mayor flexibilidad inherente a la modalidad consistente en la promoción/incitación al odio, cuya problemática desde la perspectiva de un derecho penal del hecho obliga, sin embargo, a reduplicar las cautelas que debe presidir cualquier interpretación del numeral que estudiamos y, sin duda, a poner el acento en la peligrosidad de la acción (Laurenzo). En todo caso, la sanción individualizada de actos concretos susceptibles de ser inscritos en preceptos como el art. 510 o el art. 578 podría facilitar el que pudiera prosperar una subsiguiente acción penal por el delito de asociación ilícita con la consiguiente disolución de la misma.

En la misma línea, no puede desconocerse el apoyo financiero y logístico que determinadas organizaciones deparan ya directamente a individuos pertenecientes a grupos terroristas, ya

a la organización como tal, coadyuvando con fondos al mantenimiento de su estructura, financiando actividades concretas promovidas por la misma, ostentando formalmente la titularidad de bienes que pertenecen al grupo terrorista, etcétera. Nadie discute que una conducta de esa naturaleza se inscribe sin dificultad en la figura de cooperación con organizaciones terrorista prevista en el art. 576 CP. Sin embargo, las dificultades probatorias inherentes a este tipo de conductas exigen la adopción de estrategias de investigación que aseguren el éxito de una acción penal por aquel concepto. A tal efecto, el control financiero de las referidas organizaciones resulta absolutamente imprescindible.

### ***III.2 La ilegalización de formaciones políticas***

Como es bien sabido, los partidos políticos son asociaciones privadas que cumplen una función pública trascendental en nuestro sistema democrático al ser instrumentos de representación política y de formación de la voluntad popular. Esa doble faceta motiva, de un lado, que aquellos gocen de la doble protección que depara el juego combinado de los artículos 6 y 22 CE., pues si, como ya dijera desde antiguo García-Pablos, sin un efectivo derecho de asociación no puede hablarse de pluralismo político, qué decir cuándo ese derecho de asociación se proyecta sobre entes cuya finalidad es la de incidir directamente en la dirección democrática de los asuntos públicos, contribuir al funcionamiento institucional y provocar mejoras desde el ejercicio del poder político (STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 2).

Ahora bien, precisamente el hecho de tratarse de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones explica también las condiciones específicas que el art. 6 CE les impone tanto en relación con su estructura interna y funcionamiento como en lo que afecta al respeto a la Constitución y a la Ley. Justamente, su cualificación funcional, sin desvirtuar la naturaleza asociativa que está en su base, eleva sobre ella una realidad institucional diversa y autónoma que, en tanto que instrumento para la participación política en los procesos de conformación de la voluntad del Estado, justifica la existencia de un régimen normativo también propio.(STC 48/2003, FJ 6 y 7).

En consonancia con lo anterior, la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP) es el marco que concreta cuáles son esas exigencias constitucionales de organización y funcionamiento democráticos de los partidos, cuya nueva disciplina legal ha sido, sin embargo, objeto de enconados debates. De hecho, como se recordará, el Gobierno Vasco interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la LOPP a la que se objetaba la vulneración del derecho de asociación política, de reunión y manifestación y de participación política, así como de las libertades ideológica y de expresión, entre otras. Y, si bien es cierto que el

recurso no prosperó, no lo es menos que el TC dictó una sentencia interpretativa, esto es, una resolución que es, en el fondo, una sentencia de inconstitucionalidad en la medida en que expulsa del ordenamiento determinadas interpretaciones de la LOPP, que, a partir, de la STC 48/2003, de 12 de marzo (TOL241.992) debe ser interpretada- aunque algunos lo olviden- en los términos señalados en la misma (cfr.especialmente FJ 10,11,12,13,16,20 y 21).

Así las cosas, el carácter interpretativo de la mencionada resolución- sobre cuyo alcance habría mucho que decir- salvó la constitucionalidad de la LOPP pero no pudo aquietar las duras críticas que a la ley y, en parte, a la sentencia han dedicado señeros especialistas en la materia, cuyas extensas consideraciones merecen una lectura detenida y no una reproducción parcial como la que necesariamente habría de producirse aquí (vid por todos Fernández Hernández 2008b) Es más, resultaría alentador poder decir que los acalorados-y, por otra parte, interesados- discursos con que se pretende dar explicaciones a los últimos acontecimientos se ilustran en aquellas fuentes y, compartan o no sus puntos de vista, contribuyen con ello a una reflexión serena sobre los contenidos de la LOPP. Lamentablemente, nada queda más lejos de la realidad.

Como se sabe, el pasado día 25 de enero de 2008, el Consejo de Ministros formalizó la decisión de poner en marcha el proceso de ilegalización de ANV y el PCTV. De conformidad con lo anterior, se han presentado ante la Sala especial del art. 61 LOPJ las correspondientes demandas de ilegalización contra PCTV y ANV, fundadas básicamente en las supuestas vinculaciones de estos dos partidos con la ilegalizada Batasuna y con el entramado de ETA. Concretamente, la ilegalización se articula, entre otras causas, a partir de la existencia de una estrategia económica común entre el PCTV, la formación ANV y Batasuna, sustentada sobre un sistema de caja común única desde el que se realizaban los correspondientes pagos tanto para las necesidades del PCTV y de ANV como para los de la Mesa Nacional de Batasuna, siendo generalizada la contratación por parte del PCTV de personas relevantes de las formaciones ilegalizadas, así como la realización de transferencias desde una de las cuentas del PCTV a diferentes cuentas bancarias localizadas en el extranjero de las que eran titulares significados miembros de Batasuna. Asimismo, se aduce la utilización común de la sede social del PCTV para archivar su contabilidad y la de ANV, además de las facturas de gastos de dirigentes de Batasuna relacionadas con actos políticos dirigidos a la opinión pública. A raíz de todo ello, el TS (ATS 8 febrero 2008, TOL 1.244.620) medidas cautelares tan gravosas como la exclusión de las candidaturas de ANV de las elecciones del 9 de marzo, así como la suspensión de la financiación al PCTV y a ANV, rechazando con buen criterio acordar algunas otras que, sin embargo, sí han sido adoptadas por el Juzgado Central de instrucción nº 5 de la Audiencia

Nacional en el curso del Sumario 4/2008 que se sigue por el delito de integración en organización terrorista, colaboración con organización terrorista del art. 576 y por asociación ilícita del art. 515.1, así como por un delito de defraudación de subvenciones públicas de los artículos 308 y 309 del Código Penal y/o de malversación de caudales públicos (Autos de 8 de febrero de 2008)

Pese a la indiscutible trascendencia que tiene la posibilidad de que en el proceso de ilegalización se puedan adoptar semejantes medidas, ello no debiera llevar a desconocer que el fundamento legal del actual proceso dista de los que han inspirado algunos otros intentos (cfr., vg. proposición no de ley presentada instando la ilegalización del PCTV por el grupo parlamentario popular el 2 de febrero de 2007 o la moción presentada por el mismo grupo parlamentario el 25 de mayo de 2007, por la que se instaba al Gobierno a que solicitara la ilegalización de ANV), cuya característica diferencial frente al que ahora nos ocupa lo constituye el hecho de fundamentar la pretensión de ilegalización en una de las causas de más difícil interpretación por su discutible encaje en nuestro sistema de libertades (art. 9. 3, letra a LOPP) En efecto, es sabido, por ejemplo, que la ya citada proposición no de ley por la que se pretendía que el Gobierno instara la ilegalización del PCTV-EHAK tenía su principal núcleo argumental en la circunstancia de que tal formación política hubiera “expresado su voluntad de negar o evitar la condena de un acto terrorista, con lo que se ha situado en una postura imposible de justificar en un partido democrático”. Sin embargo, los indiscutibles problemas interpretativos que acompañan a la previsión contenida en el art. 9. 3, letra a) LOPP explican por sí solos los reparos de constitucionalidad que se le han opuesto (Fernández Hernández 2008b) El hecho de que el TC haya expuesto las razones por las que, en determinados casos y bajo ciertas circunstancias, es posible extraer consecuencias jurídicas de un silencio (vid. SSTC 48/2003, FJ 10; 5/2004, FJ18; 99/2004, FJ 19), no quita el que ésta sea, sin duda, la más endeble de las causas en que apoyar una pretensión de ilegalización, tan endeble que, como el propio TC se ha encargado de precisar no basta por sí sola para instar la ilegalización. Es, por tanto, obvio que algunas de las comparaciones que algunos establecen hoy entre la reciente demanda de ilegalización del PCTV y de ANV y otros intentos previos de instar la ilegalización carece de todo sentido.

Aún así, no quiero siquiera insinuar con ello que haya que arrinconar las consideraciones de quienes desde posiciones más sensatas y con argumentos al margen de la diatriba política advierten del peligro que encierran normas como la LOPP, cuyo supuesto carácter de sanción reparadora y no punitiva resulta, por lo demás, discutible (Vid. STC 48/2003, FJ 9 y cfr. Fernández Hernández). Como podríamos igualmente debatir sobre el alcance que se ha dado a la previsión contenida en el art. 12.1.b) LOPP, toda vez que a tenor de lo dicho por el propio TC (vid. 85/2003, de 13 de mayo, FJ 23 (TOL 265132), 99/2004, de 27 de mayo, FJ 14

(TOL 409917) y 68/2005, de 31 de marzo, FJ 10 (TOL 590595) es criticable la relevancia que se ha conferido a la coincidencia de representantes o dirigentes a efectos de entender que un partido continúa o sucede la actividad de otro declarado ilegal. (vid extensamente Fernández Hernández). Habría, pues, que analizar seriamente sí y en qué medida se está produciendo una aplicación de la LOPP que va más allá de lo autorizado por el TC.

Una reflexión detenida merece también la dualidad de vías de actuación que posibilita el actual sistema así como los posibles excesos a los que puede conducir el uso del proceso penal contra personas físicas como instrumento para expulsar del sistema democrático a determinados partidos, con el consiguiente efecto que puede tener para los afiliados la eventual declaración de ilicitud penal de la asociación, extremo sobre el que parece no repararse cuando se apela a las supuestas bondades del proceso penal frente a las del proceso de ilegalización.

En suma, si bien es comprensible que el legislador establezca mecanismos para expulsar del sistema democrático a aquellos que utilicen la violencia para alcanzar sus objetivos, la cuestión es si se ha acertado en la elección del sistema. En cuanto a esto, hay quien ha sostenido que, de un lado, su virtual limitación a ETA y su entorno lo hace ineficaz ante otros riesgos emergentes a los que ya debe hacerse frente y que pudieran exigir la modificación de la LOPP. De otro lado, no hay que olvidar los argumentos de quienes entienden que el ánimo del legislador del 2002 de poner fin a toda costa al apoyo político con el que contaba ETA ha propiciado ciertos excesos que debieran ser corregidos (Fernández Hernández 2008b). En todo caso, antes de abordar precipitadamente ninguna reforma sería conveniente esperar a conocer la decisión definitiva que en relación con esta materia adopte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, de momento, el 11 de diciembre de 2007 acordó la admisibilidad parcial de las demandas interpuestas por Herri Batasuna y Batasuna, Etxebarria y otros y por la agrupación de electores Herritarren Zerrenda contra España, en relación a la libertad de expresión, los derechos de reunión, de asociación y a concurrir libremente a las elecciones.

### ***III.3.- El control de la financiación del terrorismo. Excurso***

Nadie duda de que una faceta prioritaria de la lucha contra el terrorismo lo constituye no sólo el control financiero de las organizaciones terroristas, sino también el que se proyecta sobre los grupos vinculados a las mismas. Las ya comentadas actuaciones judiciales emprendidas en nuestro país a raíz de las investigaciones que revelan una posible trama financiera entre ETA y su entorno son suficientemente indicativas de los resultados que cabe esperar de una adecuada estrategia en este ámbito.

Ahora bien, para alcanzar algún resultado resulta imprescindible que dicha estrategia tenga, al menos, un doble ámbito de actuación. De un lado, el integrado por el conjunto de técnicas de investigación y sanción clásicas aplicables a organizaciones calificadas previamente como terroristas, así como a grupos vinculados a las mismas (desde organizaciones benéficas o culturales hasta agrupaciones de naturaleza política). Junto a lo anterior, resulta cada vez más evidente la necesidad de mejorar la gestión de las diferentes fuentes de información con el fin, por una parte, de introducir mayor transparencia en un ámbito donde la opacidad es garantía de éxito para el contrario y, por otra, de favorecer la detección de nuevas tácticas y, en general, de posibilitar un mejor conocimiento del entorno ante el que se está llamado a intervenir. Por lo demás, sobra insistir en la indiscutible trascendencia que en toda esa estrategia tiene la cooperación y colaboración internacional, desde todo cuanto afecta al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, hasta el intercambio y aplicación de los recursos de inteligencia económica.

Tan obvio resulta todo lo anterior que lo cierto es que desde los atentados terroristas del 11S, del 11M y del 7J en la mayoría- si no en todos- de los países desarrollados se ha instalado definitivamente en el debate la necesidad de introducir cambios de toda índole en este terreno, desde el establecimiento de un creciente control del sistema bancario hasta la puesta en marcha, entre otras cosas, de numerosas reformas normativas con las que se intenta dar respuesta a la necesidad planteada de detectar y bloquear los canales de financiación de las organizaciones terroristas. A estos efectos, ha sido determinante el impulso representado por la normativa internacional que ya desde la conocida Resolución 1373, adoptada el 28 de septiembre de 2001, impuso a los Estados la obligación de prevenir y reprimir los actos de terrorismo, disponiendo que "congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, inclusive los fondos obtenidos o derivados de los bienes de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos" (apartado 1, c). En la misma línea, la Unión Europea ha hecho de esta cuestión una de sus principales prioridades, dictando todo un conjunto de Directivas (vid Larriba, 2007) que, en el caso español, están detrás de disposiciones tan trascendentes como la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo. Bien es cierto, sin embargo, que en ese proceso de armonización es todavía mucho el camino que a nuestro país le queda por recorrer, especialmente en lo que a internacionalización, globalización y armonización del Derecho Penal se refiere. Tengamos presente que a estas alturas la

respuesta penal al fenómeno se sustancia en normas de tan escasa proyección como el art. 575 (cfr. Propuesta Alternativa del Grupo de Estudios de Política Criminal a la actual regulación de los delitos de terrorismo) o en otras tan inespecíficas como lo son el art. 576 y el conjunto de las destinadas a la sanción del blanqueo de capitales, cuyas deficiencias, por otra parte, convendría afrontar con prontitud con el fin de que su regulación sea más acorde con un sistema financiero global caracterizado, entre otras cosas, por la opacidad de los mercados financieros y los sistemas alternativos de transferencia de fondos (vid. críticamente Vidales Rodríguez; Blanco Cordero y cfr. con la tímida reforma propuesta por el fenecido Proyecto de Ley de reforma del CP, BOCG, serie A, 15 enero 2007, n 119-1). No mucho mayores son las esperanzas que cabe depositar en otro tipo de instrumentos cuyas carencias convendría empezar a plantearse. El periplo que se ha seguido durante más de cuatro años tras la ilegalización de HB y que ha culminado en el (no) desmantelamiento del entramado económico de las *Herricko Tabernas* habla por sí sólo. El hecho de que se pueda compartir la idea de que para proceder al embargo se precisa un previo pronunciamiento declarativo en orden a establecer si la titularidad de los bienes corresponde a los partidos ilegalizados, no quita el que debemos interrogarnos, al menos, sobre las causas que se oponían a la previsión de un incidente declarativo en fase de ejecución. (Vid. ATS de 19 de octubre de 2006-TOL999.761-, por el que, en el marco del proceso de liquidación de bienes en ejecución de la STS de 27 de marzo de 2003 -TOL248.863- se acordó abrir trámite de audiencia a las partes sobre la procedencia de extender la liquidación patrimonial a las asociaciones y sociedades que regentan las *Herricko Tabernas* y proceder al inventario de sus bienes. Cfr. ATS 12 diciembre 2007, por el que se acuerda que no procede en ejecución de sentencia ordenar el embargo de los bienes de esas asociaciones, sin perjuicio, obviamente, de que las partes ejecutantes ejerzan las correspondientes acciones en un pleito declarativo).

Es obvio, pues, que ese estado de cosas debe cambiar. Con todo, la cuestión no es tanto abordar con profundidad las necesarias reformas, sino hacerlo con acierto. Para ello, nada mejor que comenzar por evaluar la eficacia o ineficacia que han mostrado muchas de las medidas acogidas por esas políticas criminales impulsadas desde el exterior y seguidas en parte ciegamente por el conjunto de los Estados (vid Larriba, 2008). De igual modo, será inútil afrontar esa tarea si se prescinde del enfoque multidisciplinar que necesariamente ha de darse a un fenómeno de causas tan profundas, frente al cual, la mayoría de las veces, se plantea una respuesta más reactiva que estratégica (vid Larriba, 2008), que, además, suele enfrentarse a la financiación del terrorismo aplicando las mismas técnicas y medidas legislativas que tradicionalmente se han empleado contra otras formas de criminalidad de naturaleza y características distintas, y que -y esto es más grave-, encierra el riesgo de

afectar a derechos fundamentales sin que, por si lo anterior no bastara, aumente la eficacia, lo cual es, indudablemente, el peor de los modelos de política criminal posibles. Evitar esos efectos forma parte también del desafío. Muy especialmente, habrá que tener bien presentes los límites constitucionalmente admisibles al derecho a la intimidad, así como los derivados del art. 24.2 CE cuya difícil –diría imposible- compatibilidad con algunas de las presunciones que en estas materias se contenían en la fenecida propuesta de reforma del Código penal me parece indiscutible.

#### **IV. LIMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA. PLANTEAMIENTO GENERAL**

Aunque bien es verdad que algunos aspectos de nuestro terrorismo más clásico sugieren- o aún algo más- la existencia de ciertos vínculos entre la iglesia vasca y los mal llamados movimientos de liberación, lo cierto es que las líneas que siguen no van a ir destinadas a analizar ese fenómeno sociológico, sino a poner de manifiesto algunas de las vinculaciones más claras que hoy se dan entre determinadas ramas del Islam y el terrorismo de nuevo cuño. El objetivo, sin embargo, es bien modesto, pues lo único que se pretende aquí es apuntar sucintamente algunos de los peligros que aquella relación depara al derecho reconocido en el art. 16, sin perjuicio de que la cuestión esté necesitada de un desarrollo más sosegado.

Como premisa hay que partir de la evidencia de que la referida vinculación no puede establecerse sin más entre el terrorismo y cualquier manifestación del Islam. Ni siquiera sería exacto establecer automatismos en relación con el conjunto de movimientos salafistas, pues si bien es cierto que la doctrina salafista preconizó el retorno a la tradición de los “píos antepasados” (*salaf*), también lo es que ni originariamente se trataba de una doctrina que promoviera la violencia con el mundo occidental, ni incluso hoy puede afirmarse que ese cariz violento anime a todos los grupos salafistas. Más concretamente, la amenaza la representa el salafismo yihadista, cuya difusión entre las comunidades musulmanas de Europa es lo que, con razón, constituye un motivo de preocupación para todos los Estados.

Especialmente peligrosa se antoja la llamada doctrina *Tafkir*’- abreviatura de *Tafkir wal Hijra* (anatema y exilio)-, nombre con el que se conoce a un grupo dirigido por Shukri Mustafa y surgido en Egipto en los años setenta, con el objetivo de mostrar que la mayoría de los musulmanes eran en el fondo apóstatas que habían renegado del verdadero Islam, lo que equivalía estigmatizar al conjunto de los musulmanes y a propugnar entre sus seguidores el

que afrontaran un exilio interior, consistente en el rechazo total de las leyes e instituciones de un Estado impío contra el que finalmente habría que emprender la guerra santa. Con ese bagaje, la doctrina *Takfir* se ha ido asentando en el norte de Africa y Europa merced en gran parte a las dificultades con que se enfrentan las fuerzas de seguridad a la hora de detectarlos, puesto que, además de que los lugares de reunión suelen ser centros muy pequeños, sus integrantes ocultan su inclinación religiosa e, incluso, acogen costumbres contrarias al Islam con el fin de pasar desapercibidos.

Por su parte, no menos radical resulta ser el movimiento *Tabligh* (*Yamaa Tablig* o Sociedad para la propagación del Islam), una doctrina surgida en la India y muy extendida en Paquistán, extremadamente tradicionalista que persigue la revitalización del islam, especialmente entre los jóvenes, rechazando cualquier género de integración en las sociedades occidentales y, según algunos, vinculada al *wahabismo*, una secta fundamentalista de gran arraigo entre los musulmanes sunnies de Arabia Saudita. Precisamente, en la última gran operación antiterrorista realizada en Barcelona el pasado día 20 de enero del presente año, la mayoría de los detenidos eran paquistanies o hindues pertenecientes al *Tabligh*, lo cual, por otra parte, ha motivado el que diversas ONG'S cuestionen una actuación que estiman presidida por motivaciones ideológicas que, de ser confirmadas, la harían intolerable.

En suma, conviene no perder de vista el hecho de que la actual amenaza yihadista sólo proviene de aquellas corrientes de pensamiento islámico que en realidad trascienden el plano de lo puramente ideológico. Más aún, resultaría simplificador equiparar terrorismo e integración en uno de tales movimientos, desde el momento en que no cabe oponer tacha alguna a quienes pertenecen a un grupo que no ha sido declarado ilegal. Se trata, claro está, de garantizar la seguridad, pero también de velar por que ningún derecho fundamental resulte cercenado, pues de esto último depende en parte el éxito a largo plazo de cualquier estrategia que se emprenda, ya que no hay duda de que el concurso de las comunidades musulmanas resulta determinante para encontrar una salida, tarea que devendrá imposible si aquellas acaban por tener la convicción de que lo que Occidente combate es sencillamente su religión o su ideología.

Sentado lo anterior, procede referirse a los principales ámbitos de actuación de las comunidades religiosas y centros asimilados que debieran ser objeto de un minucioso análisis con el fin de clarificar hasta dónde alcanza el derecho fundamental y dónde comienza el terreno de lo punible. A mi modo de ver, los tres grandes espacios que delimitan en líneas generales los términos del problema que nos ocupa son los siguientes: a) las actividades de propaganda; b) la realización y el fomento de actividades de colaboración

con grupos terroristas y c) las destinadas directamente a la captación de miembros “combatientes”. A través del proselitismo se persigue prioritariamente difundir el propio mensaje religioso pero no cabe descartar que, al mismo tiempo, se utilice esa vía para atraer al islamismo radical a futuros adeptos que eventualmente pueden contribuir a engrosar el conjunto de fieles comprometidos con el resto de las acciones mencionadas. El segundo género de actividades que eventualmente podrían realizarse al socaire de las relacionadas con el culto es la aportación de fondos económicos o apoyo logístico a los grupos terroristas. Por último, la tercera de las conductas ilícitas que puede tener lugar al amparo de otras lícitas consiste directamente en el reclutamiento de voluntarios, actividad que puede verse completada con el envío de los mismos a campos de entrenamiento.

Como resulta obvio, el ámbito cuyo tratamiento jurídico está sembrado de dificultades es justamente el primero. Las actividades de colaboración, el apoyo financiero, así como el reclutamiento o entrenamiento de futuros terroristas nada tienen que ver con la libertad religiosa y, por tanto, su sanción penal ni representa un límite a tal derecho, ni tampoco se enfrenta a dificultades distintas a las que de ordinario rodean la investigación y prueba de otros delitos de terrorismo. A mi modo de ver, ni siquiera resultaría comprometido el referido derecho fundamental por el mero establecimiento de un específico sistema de control de las transferencias de fondos que los particulares o entidades colectivas realizan a determinadas organizaciones religiosas, instituciones benéficas o centros análogos. Sin perjuicio de que hubiera que matizar tal afirmación a la luz del contenido y alcance de los citados mecanismos de control, estimo que, pese a lo que se ha sugerido en algunos foros, hay que descartar que ello represente por sí solo una vulneración de lo dispuesto en el art. 16.2 CE. A fin de cuentas, con ello no se obliga a nadie a realizar una declaración que exteriorice un contenido, sino que más bien se impone el deber de tolerar la intervención estatal en un negocio jurídico de realización potestativa y del que resulta un cambio en la titularidad de unos bienes (cfr. *mutatis mutandi* SSTC103/1985, FJ 3; 160/87 FJ 5 letra b); 161/ 1997, FJ 4). Obviamente, habría que precisar con detalle el alcance de dichos controles, cuya oportunidad, sin embargo, está fuera de toda duda, máxime teniendo en cuenta que un buen número de transacciones discurren al amparo de los comunmente denominados *IVTS* (*Informal Value Transfer System*) o sistemas informales de transferencia.

Más problemas plantea, a mi juicio, una intervención que tenga por objeto las tareas de proselitismo orientadas a la captación de adeptos para la causa terrorista. En cuanto a esta actividad, la cuestión se suscita en otros términos en la medida en que el derecho a la libertad religiosa aparece directamente involucrado. Concretamente, es la dimensión externa del referido derecho lo que puede resultar comprometido. Como es sabido, dicha dimensión se traduce en el reconocimiento de una esfera de *agere licere* que faculta a los ciudadanos

para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros, lo que implica la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, una de las cuales es el derecho a divulgar públicamente su credo (SSTC 46/2001, FJ 4; 154/2002, FJ 6; 38/2007, FJ 5, entre otras).

Ahora bien, lo que sucede es que ni siempre es fácil delimitar los contornos del derecho, ni, lamentablemente, la opción más extendida está a favor de la libertad. Baste recordar el clima de general complacencia con que la mayoría- incluido un sector de la minoría penal más ilustrada- recibió la sentencia dictada por el Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona el día 12 de enero de 2004 (documento TOL338.141), por la que se condenó a una pena de un año y tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y multa a un imán declarado responsable de un delito de provocación a la violencia. No se trata ahora ni de reproducir los hechos- tan mal conocidos, por cierto-, ni de rebatir los torpes comentarios jurídicos que aquellos motivaron. Es suficiente con poner de manifiesto cómo tanto en la sentencia cuanto en las glosas que suscitó se menospreciaron las exigencias que principios como el de legalidad, ofensividad o proporcionalidad proyectan sobre la interpretación de los tipos. No pareció importante considerar los buenos argumentos con que se había mostrado la necesidad de rechazar interpretaciones de la norma desvinculadas de la idea de peligro, esto es, del que la concreta conducta represente para generar el que otros realicen las conductas violentas (Laurenzo, García Álvarez, Jericó Ojer). Menos aún, por tanto, se reparó en la autorizada opinión de quien ha sostenido que, pese a la conmoción que conductas como las descritas en el art. 510 pueden producir en el sentimiento subjetivo de seguridad, ello no basta para fundamentar su castigo en un Estado de Derecho, al menos en tanto se mantengan circunstancias sociales de normalidad, por lo que, fuera de tan excepcional marco, el tipo sólo puede ser visto como una inadmisibles incriminación de la disidencia ideológica o, si se quiere, como un modo coactivo de adhesión a los valores dominantes (Landa Gorostiza, 2000). Nada de todo ese parecía importante, como tampoco lo fue ni la constatación del dolo requerido por el tipo, ni, por supuesto, el hecho de que, como confirma la sentencia, el parrafo en cuestión recogiera las interpretaciones que autores de los siglos X, XIX y XX hicieron de textos sagrados. En el fondo, lo determinante era que se trataba de un discurso contrapuesto a los valores dominantes. Así se explica que el juez no tuviese reparo en lamentar la impunidad en que quedaban otras disertaciones del acusado que aparecían incluidas también en la parte de la obra que bajo el título "Cuestiones dudosas" versaba, además de sobre la violencia marital, sobre la poligamia, la herencia, el vestido femenino, la actividad laboral, etc y que, según el criterio judicial, "rozan lo intolerable desde el punto de vista penal" (FJ 2º)

Con lo expuesto, sin embargo, no pretendo en modo alguno sostener que lo que procede es la ausencia de toda intervención en un ámbito cuyo potencial dañino no hay que despreciar. Es más, la necesidad de establecer algún mecanismo de control se hace especialmente necesaria en el seno de las cárceles, que es donde, como demuestra la experiencia norteamericana, centran buena parte de sus esfuerzos los radicales islamistas con la excusa de la asistencia religiosa y el asesoramiento a los internos. Obviamente hay que partir de que el derecho de asistencia religiosa asiste a todos los reclusos, sin que pueda establecerse ningún tipo de discriminación o trato jurídico diverso en función de las ideologías o las creencias (STC 24/1982, 13 de mayo, FJ 4, *in fine*). Así se reconoce en la legislación ordinaria de general aplicación (art. 54 LO 1/1979, General Penitenciaria; art. 2.3 LO 7/1980, de Libertad Religiosa; art. 230 RD 190/1996, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario) y en los diferentes Acuerdos de Cooperación del Estado con las diferentes confesiones. Aquí interesa destacar el Acuerdo aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, en cuyo artículo 9 se garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los fieles de dichas confesiones internados en establecimientos penitenciarios, proporcionada por los ministros de culto designados por las iglesias o comunidades respectivas, debidamente autorizados. Justamente para regular el procedimiento de acreditación y autorización de los ministros de culto se dictó el RD 710/2006, de 9 de junio, donde se consignan los requisitos que éstos deben reunir para ser propuestos por la Comisión Islámica para su nombramiento por la Administración Penitenciaria competente. Rige, pues, un sistema de autorregulación que es, probablemente, el modelo que mayores garantías de éxito puede depararnos, por lo que aquí no se comparten las críticas que en algunos foros penitenciarios se han opuesto al mismo. De un lado, como ha vuelto a reconocer recientemente el TC en relación con la impartición de la enseñanza religiosa, ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que asuman el cometido de difundir o enseñar su respectivo credo (STC 38/2007, FJ 5), por lo que hay que descartar cualquier intervención directa del Estado en el nombramiento de los ministros de culto, lo cual nada tiene que ver con la obligación de éstos de respetar el ordenamiento jurídico (art. 16.1 CE) y, por tanto, acatar la CE, compartan o no sus ideales (cfr STC 122/1983, FJ 5º). De otro lado, me atrevería a decir incluso que lo aconsejable sería gestionar con suma prudencia la intervención que ya se reconoce a la Administración Penitenciaria para evitar dar pábulo a las opiniones partidarias de una regulación más estricta del culto islámico. El peligro que tal cosa conlleva sólo es comparable con su más que probable ineficacia. Nadie está en mejores condiciones que la Comisión Islámica de España, en tanto que legítimo órgano representativo del Islam en nuestro país, para ejercer un control férreo que evite radicalismos y posiciones que acaben por dañar la propia imagen del credo que profesan.

Cualquier estrategia que olvide las ventajas que tiene la autorregulación podría, además, producir un efecto perverso entre la comunidad musulmana, radicalizando posiciones o, al menos, dificultando la integración del Islam en el tejido social de nuestro país. No se trata, pues, de preconizar la ausencia de control, sino, una vez más, de intentar buscar la estrategia más adecuada que, en cuanto a esto, exige potenciar las relaciones de la Administración con la Comisión Islámica y sus federaciones a fin de alcanzar un objetivo necesariamente común.

Para terminar, parece claro que, en todo caso, no bastará con centrar la atención en espacios tan determinados como las cárceles, las mezquitas o los centros de estudio u oración. A fin de cuentas, estos lugares representan un peligro menor en comparación con la capacidad de difusión del mensaje violento a través de Internet, desde las proclamas de Bin Laden o Al-Zawahiri exhortando a atacar a los países occidentales o a los musulmanes “esclavos” de Occidente hasta los más varipintos documentos propagandísticos. Por otra parte, ante los constantes controles de que están siendo objeto las mezquitas y centros oración proliferan foros restringidos donde los debates son encriptados, y, por si lo anterior no bastase, resulta de casi imposible localización al usuario, toda vez que pese a que una orden judicial pueda obligar al titular del servidor a identificar a la persona conectada, lo cierto es que en la mayoría de los casos la información apunta a un cibercafé donde, lógicamente, ni se archiva la información, ni se conoce con certeza quién haya podido ser el usuario. Por lo demás, los grandes servidores que acogen estas páginas desconocen los contenidos de las mismas y, en la medida en que no están obligados a revisarlos, sólo incurren en responsabilidad si, una vez que los conocen, no proceden a su inmediata retirada (vid. art. 11 y 13 a 17 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, TOL164.416). Para entonces, sin embargo, puede que ya sea tarde. El panorama, sin duda, pone de manifiesto, de un lado, la necesidad de incentivar la denominada vigilancia tecnológica como instrumento de análisis de información con fines de carácter estratégico. De otro, habrá que analizar con detalle si las posibilidades que hoy ofrece nuestra legislación para hacer frente a esta nueva realidad no se han quedado ya en parte obsoletas y resulta preciso estrechar el horizonte, imponiendo determinadas obligaciones y ampliando el deber de colaboración de todas las entidades implicadas en la prestación de estos servicios. Sin olvidar los peligros que ello comporta, convendría plantearse, por ejemplo, si son o no adecuados los términos en que actualmente se configura el deber de colaboración de los prestadores de servicios (ISPs) o si, en otro orden de cosas, es posible introducir controles que, pese a afectar directamente a los usuarios, no vulneren derecho subjetivo alguno al haberse adoptado las medidas que impidan que aquél pueda albergar una “expectativa razonable de intimidad” en los términos

que establecen las SSTEDH de 25 de junio de 1997 (caso Halford; TOL301.611) y 3 de abril de 2007 (caso Copland; TOL1.145.232).

## **V.-TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS CONDUCTAS APOLOGÉTICAS**

En un contexto de recorte de libertades, nada más armónico que la relación entre el terrorismo y el conjunto de tipos penales de naturaleza apologética, unas figuras que, como bien ha dicho Rawls (1990), son el paradigma del instrumento utilizado por todos los gobiernos para suprimir la crítica y el disenso político, lo que, por otra parte, demuestra la especial significación que, por derecho propio, debe ocupar la libertad de expresión en cualquier esquema que pretenda reflejar cuáles son las libertades básicas.

En efecto, la tradicional vinculación entre el terrorismo y la apología se explica con solo pensar en la utilización que desde posiciones ideológicas distintas se ha hecho de esta figura como instrumento para poner fin a la expresión política discrepante y, muy especialmente, al discurso subversivo. Pero explica también las dificultades ante las que se han tenido que enfrentar sus críticos. El discurso según el cual el terrorismo coloca a los gobiernos ante una especie de estado de necesidad que legitima la adopción de medidas extraordinarias como reacción frente a un ataque que se considera cualitativamente distinto tiende a justificar el hecho de restringir o aún suprimir la expresión subversiva. Ese discurso y esa consecuencia no son, por tanto, nada nuevo. Así pues, no deben sorprender las críticas que se dirigen contra preceptos como el art. 170.2 o el art. 578 CP, por cuanto, como contundentemente dijera el Prf. Muñoz Conde en la brillante conferencia inaugural de las ya mencionadas Jornadas sobre la generalización del derecho penal de excepción, son una de las más evidentes manifestaciones del derecho penal del enemigo. Las líneas siguientes se destinarán a tratar de reflejar cuán exacta es la afirmación transcrita y se procurará profundizar sobre algunas de las razones que impiden sancionar *penalmente* la mera heterodoxia ideológica, aunque ésta no resulte por completo inocua.

Para alcanzar tal objetivo, nada mejor que empezar reconociendo la necesidad de articular el discurso atendiendo a la concreta formulación de los tipos, lo que de entrada nos obliga a reconocer la existencia en el Código de una pluralidad de conductas que giran en torno a la noción de apología del terrorismo pero que presentan entre ellas sensibles diferencias. En ese esquema queda, de un lado, la apología como forma de provocación y de otro, el conjunto de comportamientos apologéticos de los que ni directa, ni indirectamente se exige que supongan una provocación a delinquir. En este último capítulo se inscriben, a mi modo de ver, tanto el art. 578 como el art. 170.2, a los que se dedicará una atención especial.

### **V.1.-La apología como forma de provocación (art. 18.1.2 CP)**

La apología consagrada en el apartado segundo del art. 18.1 CP es la culminación de un proceso de depuración del concepto de apología en el que hay determinados hitos que no pueden olvidarse. Uno de ellos es el representado por la STC 159/1986, de 12 de diciembre, que otorgó el amparo al entonces director del diario *Egin*, quien había sido condenado (TOL 186.727) como autor de dos delitos de apología del terrorismo por insertar en el citado periódico sendos comunicados de la banda terrorista ETA. No menor es la importancia que debe reconocerse a la STC 199/1987, de 16 de diciembre que, como se recordará, resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la LO 9/1984, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, declarando en lo que ahora interesa la inconstitucionalidad del art. 1 de dicha ley en cuanto incluía en el ámbito de aplicación de la misma a quienes hicieren apología de los delitos de terrorismo. Tal cosa, dijo el Tribunal, supone excederse de la habilitación concedida por el art. 55.2 CE, que restringe su esfera a los delitos de terrorismo y, por ende, no se extiende a “la manifestación pública en términos de elogio o exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas”, conducta que no puede ser confundida con las actividades terroristas a que se refiere la autorización constitucional. Como se advierte, en ambos casos el Tribunal barajó argumentos que favorecerían un cambio de perspectiva. En el último de los citados, desvinculando la apología del terrorismo de los delitos que le sirven de referencia y, en el otro, ofreciendo apoyo constitucional a una interpretación restrictiva de la apología que ponía freno a la pretensión de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo de concebir la ley penal como un límite absoluto del derecho a informar, pues, como se dice en la sentencia, condenar con abstracción de que el informador asuma o no comparta la actividad delictiva, representa una limitación del derecho fundamental incompatible con su contenido constitucional (F.J 8º). A partir de entonces, la apología entró en un periodo deflacionario que culminó en el Código penal de 1995 (Vives Antón, TOL 63315)

Como es sabido, el artículo. 18.1, apartado 2, del Código penal recoge la apología en el marco general de los actos preparatorios y, más concretamente, a continuación de la definición legal de provocación. Dice así:

"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 o circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito"

El legislador ha adoptado, sin duda, una posición singular. Formalmente ha otorgado sustantividad propia a la apología para a renglón seguido negarle cualquier tipo de

sustantividad material. Con ello, se ha apartado en un doble sentido de las anteriores propuestas de reforma, pues ni ha renunciado a proporcionar una definición auténtica de la apología como hiciera el Anteproyecto de 1992, ni, ya que la ofrece, la dota- cual hicieron el Proyecto de 1980, la Propuesta de 1983 o el Proyecto de 1994- de un ámbito específico de aplicación distinto del de la provocación. Tal y como aparece configurada se desvanece cualquier frontera entre la provocación y la apología y , en consecuencia, carece de sentido su regulación separada de aquella. El precepto sólo se explica desde una perspectiva política dirigida a evitar los más que probables desacuerdos parlamentarios que se hubieran producido si se daba la sensación de que la apología restaba impune. Aún así, el hecho de no atender los consejos de quienes advertían de los riesgos que conlleva ofrecer una regulación expresa de la apología abre la puerta a construcciones que la configuran como un delito formal o de peligro abstracto-presunto, cuyo bien jurídico sería un difuso concepto de orden público. Y es que, en efecto, si ha de reunir todos los requisitos de la provocación no se explica por qué merece una consideración independiente; a menos- y ese es el riesgo- que el hecho de otorgarle sustantividad propia equivalga a entender que a determinadas conductas apologéticas se les presume, atendidas la naturaleza o circunstancias en que se produzcan, aquella capacidad incitadora, con lo que se estaría ampliando el concepto de provocación. Con todo, hay razones de índole diversa que se oponen a esa última interpretación. De un lado, el tenor literal del precepto no deja, pese a sus carencias técnicas, espacio para la duda y, de hecho, la mayoría de la doctrina reconoce que en su actual configuración no es sino una forma de provocación y que, en consecuencia, debe reunir todos los elementos de aquella. Por otra parte, y aunque tal argumento no sea definitivo, esa es la concepción que mejor se ajusta a la voluntad del legislador (*cf.*BOCG, Comisión de Justicia e Interior, nº 493, 1995, V Legislatura). Por último, aunque no en último lugar, las tradicionales consideraciones que nuestra mejor doctrina hiciera para oponerse a una configuración de la apología como delito de peligro abstracto-presunto serían suficientes por sí solas para rechazar una interpretación que no resulta impuesta por el texto de la ley.

De igual modo, la ley cierra el paso a aquellas concepciones en las que subyacía el entendimiento de la apología como una forma indirecta o encubierta de provocación caracterizada por el hecho de que en ella la llamada a delinquir se realiza a través de la alabanza del delito- ya realizado o como entidad abstracta- o de sus autores, y no de manera explícita. El tenor literal del precepto no apoya tampoco esa conclusión. De un lado, prescribe que solo será delictiva como forma de provocación, para la que se ha recuperado la tradicional exigencia de que sea directa, lo que equivale a exigir la inequívocidad del mensaje incitador y acentúa las afinidades con la inducción. De otro, en el inciso último se insiste nuevamente en la restricción de la punición a los casos en que la apología constituya

una incitación directa, de manera que, si bien dicha incitación se singulariza por verificarse mediante el ensalzamiento del crimen o el enaltecimiento de su autor, tal cosa no quita el que deba ser clara y de idéntica eficacia instigadora a la requerida por la provocación, sin que quepa la sanción de las denominadas "incitaciones en cadena".

En suma, la única apología sancionada en el apartado segundo del art. 18.1 CP es la que, partiendo de la acepción gramatical de la misma, la limita exigiendo los requisitos siguientes: debe constituir una incitación inequívoca e inmediata a la comisión de un delito concreto sobre cuya penalidad se articulará la imponible al apologeta; asimismo, ésta debe ser idónea para hacer surgir la resolución delictiva, revestir carácter público y proyectarse sobre una generalidad de personas y, por último, el dolo del autor deberá abarcar en todo caso el carácter incitador de su conducta.

Así vino a reconocerlo lisa y llanamente la importante STS de 29 de noviembre de 1997 (TOL 407742), por la que, como es sabido, se condenaba a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna (HB) 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 Democrática". En lo que ahora interesa, la citada sentencia hubo de analizar si constituía apología la emisión de dos comunicados difundidos por HB a través de su oficina de prensa (apartado G de la declaración de hechos probados) en los que se presentaban los asesinatos de Múgica y Tomás y 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". El TS no sólo reitera la doctrina sentada en otras resoluciones anteriores en el sentido de que la apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, sino que va más allá y taxativamente afirma 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"(FJ 30º)"

Es difícil predecir lo que hubiera ocurrido de existir entonces el art.170.2 o el art. 578, pero, en cualquier caso, aquel fue un paso decisivo.

Hasta ese momento, el TS había venido mateniendo una línea difícilmente reconducible a una orientación unitaria, lo que explica contradicciones como las que, a mi modo de ver, se advierten, por ejemplo, entre la STS de 9 de mayo de 1996 (TOL 6.539) y la de 4 de julio de 1994 (TOL 403.713). Las citadas resoluciones -que, por añadidura son ponencias del mismo magistrado- sirven inmejorablemente para poner de manifiesto las posibilidades de

aplicación selectiva que suelen acompañar a preceptos del género que nos ocupan. Veamoslo.

En la STS de 4 de julio de 1994 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 del viejo art. 268 CP 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

“el delito de apología delictiva (sc art. 268 CP) 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 ocasionados 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 el 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” (FJ único)

A partir de esas consideraciones, el TS concluye entendiendo que no se dan los elementos del tipo de apología entonces vigente por cuanto el comunicado en cuestión “no se refiere a ningún delito concreto”.

Lo dicho contrasta, sin embargo, con la doctrina sentada en la citada STS de 9 de mayo de 1996, en la cual se enjuiciaba una conducta que pese a no referirse tampoco a ningún delito concreto resultó calificada con arreglo al mismo tipo delictivo como apología. En este caso, lo enjuiciado era la acción de realizar una pintada en la vía pública con la expresión “ETA jotake” (ETA, adelante). En este caso, el TS entendió que

“El delito del art. 268 CP requiere que la acción se refiera al comportamiento desviado de los autores de un delito otorgándoles 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 público 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, etcétera). En tales supuestos, una aprobación general que se extiende sin distinciones a toda la actividad de la banda y que no se limita 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” (FJ 2º).

Visto lo anterior, queda preguntarse si, en efecto, la distancia entre ambas conductas justificaba la disparidad de pronunciamientos y si, con arreglo a la propia doctrina en que ambas fundan el fallo, puede realmente sostenerse que la primera conducta sea de todo punto ajena a esa “aprobación genérica” de la actividad desarrollada por la banda o al hecho de presentar el comportamiento delictivo de quienes por esa razón resultaron detenidos como modelo de comportamiento aprobable. ¿No hay aprobación general de la actividad delictiva? ¿No presenta el comportamiento como elogioso? No se trata, como es obvio, de pronunciarse a favor de la condena, sino sólo de mostrar, como decía, que las posibilidades de aplicación selectiva no son algo ajeno al tipo de delitos que ahora nos conciernen. En este sentido, tampoco las sentencias de la Audiencia Nacional han sido un modelo de coherencia en la aplicación de estos tipos.

En todo caso, el CP de 1995 vino a poner coto a determinadas interpretaciones incompatibles con la libertad de expresión e incluso a otras que, pese a no incurrir en tal incompatibilidad, quedaban a partir de entonces fuera de la órbita del tipo por no ser provocación. En virtud de esto último había que predicar la atipicidad de conductas como la enjuiciada en la referida STS de 9 de mayo de 1996 y, en cuanto al resto, es claro que el art. 18.1.2 CP nos ofrece- aunque con una técnica muy defectuosa- un concepto de apología constitucionalmente intachable. Curiosamente, sin embargo, el legislador no ha sido consecuente con la idea que inspiró la redacción del artículo y en otros lugares del Código ha consagrado otras conductas de naturaleza híbrida y constitucionalidad discutible. A analizar esta cuestión en relación con los artículos 170.2 y 578 CP se destinan las líneas siguientes

## **V.2.-El reclamo público de acciones violentas (art. 170.2 CP)**

Dice el art. 170 CP que

“1.Si las amenazas de un mal que consituyere 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, organizaciones o grupos terroristas”

Como se recordará, el apartado segundo fue incorporado al Código por LO 2/1998, 15 de junio, (posteriormente fue modificado por 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. En efecto, nos hallamos ante un tipo caracterizado por la inconcreción y con una singular estructura típica que incorpora tres elementos, a saber: a) el reclamo público a la realización de acciones violentas, b) que ello se haga con la finalidad de atemorizar a un colectivo y c) una gravedad parangonable a la que exige el apartado 1, lo que, según la mayoría, es una (superflua) referencia a la capacidad intimidatoria de la conducta. Es precisamente el primero de esos tres requisitos el que plantea las dudas de mayor alcance, tanto por la ambigüedad inherente a la conducta, cuanto por las dificultades para diferenciarla de otras sancionadas en preceptos distintos. ¿Qué sentido hay que darle al verbo típico? ¿Qué diferencias hay con respecto al delito de amenazas, cuya finalidad, sin embargo, se comparte? ¿Qué es lo que distancia este delito de la apología clásica o del delito de enaltecimiento? Desde luego, no puede decirse que la conocida sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el asunto “De Juana Chaos” (8-11-

2006, TOL 1.037.005) haya contribuido en nada- si acaso al contrario- a desvanecer alguna de estas dudas (vid. el confuso FJ 3º)

Con todas las cautelas que exige tan problemática norma, me atrevo, al menos, a descartar ciertas interpretaciones que resultan, a mi modo de ver, insostenibles. Así, entiendo inasumible mantener que en el art. 170.2 tienen cabida tanto las incitaciones indirectas como las directas y, menos aún, aderezar esta última afirmación con el insólito argumento de que en ese ámbito típico coincidente- según esa tesis- con el art. 579 “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” (Ruiz Landáburu: 65). Al margen de algunas otras consideraciones que podrían hacerse, es claro, en primer lugar, que el término reclamar –sinónimo de pedir algo o llamar a algo- no equivale a incitar *directamente*; en segundo lugar, creo imprescindible descartar interpretaciones contrarias a las exigencias de la proporcionalidad y aún de la simple lógica. Por un razonamiento en parte similar, hay que huir también de cualesquiera otras que propicien el que se inscriban en el art. 170.2 CP conductas clásicas de amenazas, lo que, en contra de lo pretendido, acabaría por beneficiar a sus autores, tanto si lo aplicable fuera el párrafo 1, como si lo fueran los artículos 572.3º CP o 577 CP. Si se comparte lo anterior, hay que concluir que no tienen cabida en el art. 170. 2 CP las conductas apologéticas que por ser una incitación directa haya que inscribir en la provocación. Tampoco las constitutivas de un delito de genuinas amenazas. Si, tratándose de una amenaza *strictu sensu*, tuviera por objeto atemorizar a un colectivo o conjunto indeterminado de personas habrá que residenciarlas en el art. 170.1 CP (que, a fin de cuentas, es un supuesto agravado de amenazas), o en el art. 577 CP si se persiguiera con ello contribuir a los fines del terrorismo, según la nueva redacción dada al precepto por la LO7/2000. Esta última conclusión, impuesta por el art. 8 CP, motiva el que haya que dejar fuera del art. 170 las amenazas con fines terroristas, lo cual conduce al sinsentido de sancionar más levemente este tipo de amenazas, que resultan conminadas con la pena del delito común en su mitad superior, mientras que, de aplicarse el art. 170.1, lo serían con la superior en grado.

Por lo que respecta al parentesco que el art. 170.2 pueda tener con el art. 578, la STC 235/2007 obliga a replantearse la tesis de que entre ambos preceptos lo más que existía era un parentesco lejano. Esa era la conclusión a la que obligaba el hecho de sostener- como hacía la mayoría- que el ámbito propio del art. 578 era el de la justificación y la alabanza desconectadas del componente incitador que sí está presente en la conducta consistente en reclamar, pedir o llamar a la realización de acciones violentas. Como veremos, el panorama ha cambiado y, por si algo faltaba, ahora resulta si cabe más difícil deslindar los respectivos ámbitos de aplicación.

Con todo, de cuanto se lleva dicho, resulta que lo que singulariza al tipo que nos ocupa es el hecho de tratarse de una conducta de incitación no directa pero idónea para crear un clima amenazante capaz de afectar al sentimiento colectivo de tranquilidad. Aquí tienen, por tanto, su espacio las llamadas genéricas, indeterminadas e inconcretas a la violencia contra un conjunto indeterminado de personas. 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.

Esa interpretación elude algunos de los problemas que el tipo suscita, aunque no por ello resulta ni satisfactorio, ni inocuo. Es más, no hay que descartar el que se aplique a conductas cercanas al simple apoyo ideológico que quieran ser vistas como una llamada velada a la violencia. De momento, no me consta que así haya ocurrido pero no habría que extrañarse por ello si tenemos en cuenta la laxa interpretación que del párrafo primero de ese mismo precepto hiciera el TS en el caso De Juana Chaos (STS de 26 de febrero de 2007, TOL 1.053.735) o la que del art. 572.1.3º hiciera la Audiencia Nacional en ese mismo asunto (cit). Por lo demás, este conocido caso sirve para poner una vez más de manifiesto la falta de interpretaciones estables en el seno de la Audiencia Nacional, que tanto parte de la premisa de que las llamadas conductas de señalamiento no son por sí solas penalmente relevantes (paradigmático el atípico auto de la sección 4ª de 13 de junio de 2001, FJ 8, RA 2001/173597) como de la contraria, que, de entrada, las califica como conductas punibles, ya sea a título de amenazas, ya sea a título de colaboración con organización terrorista equiparándolas, sin más, a las labores de información y vigilancia de personas. En aras de la seguridad jurídica sería, sin embargo, conveniente que los encargados de aplicar la ley comenzaran, en primer lugar, por distinguir entre las diversas formas de señalamiento, a fin de incardinar cada una donde proceda, teniendo en cuenta la distancia que media entre “señalamientos” que son auténtica provocación y otros que no son subsumibles en precepto penal alguno sin forzar el texto de la ley. Eso permitiría evitar equiparaciones indebidas entre conductas cuyo contenido de injusto es indiscutiblemente distinto y cuya calificación en una u otra sede sólo debiera estar presidida por los criterios generales de aplicación de la ley. Y es que, en fin, no hay que olvidar que, como bien han dicho Carbonell Mateu y González Cussac (2004: 206) tal vez la consecuencia más grave que conllevan preceptos como el que se comenta es que posibilitan una aplicación policial y judicial imprevisible e incluso selectiva y, cuando eso es así, la pretensión de racionalidad que las normas incorporan salta por la ventana.

### **V.3.-El delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP). Algunas repercusiones de la STC 235/2007**

La LO 7/2000, de 22 de diciembre introdujo en el Código un tipo que la Exposición de Motivos denominó de exaltación del terrorismo, con el siguiente tenor:

“El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los art. 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 periodo de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el art. 57 de este Código”.

El precepto incorporado al Código no puede decirse, sin embargo, que represente una absoluta novedad, pues ya en la primitiva redacción de tal texto legal se contaba con el art. 607.2, cuyo evidente paralelismo con el que ahora nos ocupa resulta incuestionable. También en este caso, el legislador decidió crear un tipo específico de apología al margen de las prescripciones del art. 18.1 que plantea problemas de gran calado, que, por cierto, no estimo que hayan sido ni completa, ni correctamente abordados en la STC 235/2007, de 7 de noviembre que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el mismo. Resulta, pues, que la semilla de la incoherencia ya estaba plantada y lo que supuso el art. 578 fue un nuevo paso atrás en un momento en que, parecía que la cuestión de la apología del terrorismo estaba definitivamente zanjada, razón por la cual el precepto no ha merecido el favor de la doctrina. Con toda evidencia, el art. 578 ha reabierto esa polémica porque si algo parece claro es que, igual que sucede con el art. 607.2, lo que ahí se sanciona no son conductas de provocación al delito, sino otro tipo de comportamientos sobre cuyo contenido y alcance discrepan jurisprudencia y doctrina.

Dejando de lado la segunda modalidad de conducta (menosprecio y humillación a las víctimas) que suscita problemas de naturaleza distinta y no mantiene vínculo alguno con la apología, y centrando la atención en la conducta de enaltecimiento, comenzaré por referirme a lo que, indiscutiblemente, debe quedar fuera de su ámbito de aplicación. En primer lugar, el respeto al contenido esencial de la libertad de expresión obliga a concluir que no ha de bastar con el simple apoyo al programa *político* de la organización terrorista, pues lo sancionado es la legitimación no de los fines, sino de los delitos que comete o el elogio de sus autores. En segundo lugar, nada autoriza a incluir en el ámbito del precepto las llamadas conductas de legitimación tácita (vg la ausencia de condena, minimizar la gravedad de los hechos, etc) Si este otro tipo de comportamientos a los que explícitamente se refiere el art. 9.3 a) de la LO 6/2000, de 27 de junio de Partidos Políticos ya se ha

discutido el que irroguen la consecuencia prevista en dicha ley, qué decir de su posible sanción penal, máxime cuando ni a eso obliga el texto de la ley, ni las referidas conductas guardan equivalencia material con las manifestaciones expresas de exaltación. Es por ello que aunque podamos compartir que dicha negativa puede constituir en determinadas circunstancias un apoyo tácito al terrorismo por la “evidente densidad significativa por acumulación” que adquieren estas conductas (SSTC 48/2003, FJ 10º, 5/2004, FJ 18º; vid. asimismo SSTC 99/2004, FJ 19º), y aceptando también que no se trata de manifestaciones inocuas, ello no obliga a inscribir en el tipo penal esta clase de conductas, pues qué duda cabe que justificar es, en sentido estricto, mucho más que no condenar o que apoyar tácitamente. Para cerrar el capítulo de lo que indudablemente queda fuera del art. 578 sólo resta referirse a la obviedad de los casos en que la conducta apologética constituya una incitación directa a la comisión de delitos habrá que residenciarlos en el art. 579, en tanto que provocación

Más allá de lo anterior comienzan las incertezas, que, paradójicamente, la STC 235/2007 no sólo no ha venido a despejar, sino que ha generado otras. Así es porque con anterioridad a la misma parecía razonable sostener, como hacía un sector, que el precepto no incorporaba un componente incitador. La tesis, sostenida por otro sector, de configurar el art. 578 como una incitación indirecta a delinquir estaba animada por el loable propósito de restringir el alcance del mismo. Sin embargo, como ya dije hace tiempo, ni se ajustaba al texto de la ley, ni tampoco- aunque esto importe menos- a la voluntad legislativa. Por empezar con esto último, baste recordar cuanto se dice en la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 acerca de la desvinculación del nuevo tipo con el art. 18 y la insistencia en que lo que se pretende castigar es el “refuerzo” o “apoyo” que este tipo de conductas representan. Y, en efecto, nada había en la letra de la ley que autorizase al intérprete a recortar su ámbito de aplicación en el modo indicado. Ello obligaba a entender que lo sancionado eran conductas de exaltación del delito desconectadas de todo componente incitador. A partir de ahí, la conducta podía adoptar una de las dos modalidades a que la norma se refiere: a) el enaltecimiento como equivalente a elogio o alabanza del crimen o sus responsables y b) la justificación, comprensiva de las conductas consistentes en ofrecer razones con las que se pretende legitimar la comisión de los delitos comprendidos entre los arts 571 a 577, entre los cuales, por cierto, no está el de simple pertenencia a la organización terrorista. Claro está que dicha interpretación no impedía tener que incluir en el tipo conductas como la difusión de comunicados justificativos de concretas acciones delictivas o sentidos homenajes a terroristas convictos. Pensemos, por ejemplo, en los comunicados emitidos por HB a través de su oficina de prensa, tratando de justificar los asesinatos de E. Múgica y F. Tomás y Valiente (STS 29 noviembre 1997 apartado G de la declaración de hechos probados, TOL

407742) o, en cuanto a lo segundo, en los conocidos actos de homenaje a etarras como Argala o Castresana, que ya han motivado alguna condena por este concepto (SAN de 27 de abril de 2006; RA 2006/179, confirmada por STS 578/2007, de 20 de junio TOL1.106.874).

El resultado podía no complacernos por diferentes razones, entre las cuales ocupa el principio de prohibición de exceso un lugar de honor. Pero era al que se llegaba sin forzar la letra de la ley. El caso es que ahora, aunque la letra sigue siendo la que siempre fue, la STC 235/2007 nos obliga a replantear la cuestión, toda vez que en relación con una modalidad de conducta prácticamente idéntica – la justificación del delito de genocidio- ha venido a exigir la presencia de un elemento incitador. Concretamente, en relación con el art. 607.2 se dice que “la literalidad del precepto no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta a cometer genocidio” (FJº 6). Esa conclusión, sin embargo, no le resulta satisfactoria al TC y, en consecuencia, decide “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado”, lo que le conduce a entender que- a diferencia (¿) de lo que sucede con el negacionismo- en la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio “si resulta posible apreciar el elemento tendencial” capaz de salvar la constitucionalidad de la norma. En su virtud, hay que entender que lo punible es lo que el propio TC denomina, “una modalidad específica de incitación al delito” (FJ 9º *in fine*), caracterizada por operar, según la sentencia, de alguno de los dos modos siguientes: a) como una incitación indirecta a la comisión del delito de genocidio, o b) como una suerte de provocación al odio “de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación” (FJ 9º).

Sin entrar en el complejo debate que rodea a este tipo de sentencias, lo que, sin embargo, no puede dejar de señalarse es que éste se antoja uno de esos casos en que se incurre en una desfiguración del enunciado legal difícilmente compatible con la función asignada al Tribunal Constitucional. Es más, con las premisas de las que se parte y el desarrollo que se hace de ellas, lo que sorprende es que no se llegue a la misma conclusión en lo que al negacionismo se refiere. En cualquier caso, la constitucionalidad de la modalidad de justificación no resuelve cuál sea el ámbito de aplicación de un precepto, cuya inteligencia es ahora más difícil si se desea que no entre en conflicto con preceptos como el art. 510 o el 170.2. El hecho obvio de que no sea función de esa jurisdicción ni depurar técnicamente las leyes, ni evitar duplicidades no excusa el tomar conciencia de que determinadas interpretaciones –en este caso la propuesta por el alto tribunal- pueden contribuir a aumentar la incerteza, que es, sin duda alguna, uno de los principales enemigos de la libertad.

La anterior advertencia cobra especial sentido si se observa la singular realidad aplicativa que ha venido rodeando a preceptos como el art. 578 CP. Baste recordar una conocida interpretación jurisprudencial empeñada en inscribir en el art. 578 manifestaciones de simple adhesión ideológica que ni podrían ser objeto de sanción penal por manifiesta oposición con el art. 20 CE, ni de hecho lo son en el precepto que se comenta. Me refiero, claro está, a la STS de 26 de febrero de 2007 (TOL 1.053.735) por la que se condena al etarra De Juana Chaos como autor de un delito de enaltecimiento. El asunto -que, sin duda, pasará a la historia de los casos tristemente célebres- permite consideraciones de muy diversa índole, que, no obstante, se dejarán de lado para centrarnos en lo que aquí interesa. Concretamente, el TS enjuicia el contenido de una carta remitida al diario *Gara*, bajo el título “El escudo” y cuyo contenido- reproducido en el relato de hechos de la sentencia- se resume bien en el voto particular del magistrado Giménez García como una crítica de la política penitenciaria efectuada en un estilo romo y grosero. Naturalmente, el etarra se congratula de que ni él ni el resto de presos den signos de resocialización, del mismo modo que, para fortalecer el ánimo de los encarcelados, se jacta de que tienen el escudo invulnerable de la razón. Poco más ofrece la lectura en términos de exaltación o alabanza. Sin embargo, al TS eso le parece más que suficiente, pues al decir que tienen el escudo de la razón “se está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes, lo que constituye una justificación respecto de aquellas conductas por las que fueron condenados quienes han estado o están en prisión por los delitos de ETA” (FJ 5º). Por si lo anterior no bastara, el TS insiste en que cuando se da a entender que esos presos se hallan secuestrados por un sistema autoritario “se está en definitiva diciendo que por esos hechos se encuentran injustamente privados de libertad”, lo cual- concluye- “constituye, por un lado, ensalzar a los presos etarras y, por otro, una justificación de los crímenes por los cuales estos presos han sido condenados” (FJ 5º).

Cuanto se acaba de transcribir resulta tan elocuente que no está precisado de mayor glosa. Como bien dicen los magistrados discrepantes, ni se reivindica ningún delito concreto, ni en puridad de términos se ensalza la *actividad* delictiva de los presos. De hecho, ya la Audiencia Nacional había descartado por esas razones inscribir los hechos en el tipo de enaltecimiento SAN 8 noviembre 2006, FJ 3º (TOL 1.037.005) Lo que hay en ese artículo, como puntualiza el magistrado Andrés Ibáñez, es la expresión de un planteamiento ideológico que se expone con diatribas ajenas a las reglas del discurso racional o, como apunta Giménez García, con el típico maniqueísmo del discurso terrorista. Por otra parte, ese había sido en otros casos el parecer de ese mismo órgano y no había en éste razones solventes para cambiar de criterio. Ejemplo paradigmático de cuanto digo son los analizados en las ya citadas SSTS de 4 de julio de 1994 y 29 de noviembre de 1997. En la primera se

absolvió a los responsables del homenaje tributado el 30 de marzo de 1992 por un grupo de concejales de HB a varios etarras en términos tales que convierten las declaraciones de De Juana en una tibia muestra de solidaridad sin importancia. En la segunda, se descartó radicalmente la posibilidad de subsumir en el art. 268 vigente al tiempo de los hechos los comunicados emitidos por la oficina de prensa de HB tras los asesinatos de E. Múgica y F. Tomás y Valiente, lo cual, sin perjuicio de que a la misma conclusión absoluta se llegase por aplicación del nuevo Código en tanto que ley más favorable, no resultaba de manera tan pretendidamente evidente de lo dispuesto en aquel precepto, cuyo contenido no difiere sustancialmente de cuanto hoy dispone el art. 578 CP.

Es difícil predecir los efectos que la STC 235/2007 pueda tener en este marasmo de inseguridad y cambios de criterio. Lo que sí puede decirse es que no cabe esperar mucho de una tesis que acaba por configurar la justificación del delito como un “delito de clima”. De momento, no resulta muy esperanzador que el ministerio fiscal haya recurrido el auto de 25 de enero de 2008 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 decretando el archivo de las diligencias abiertas contra la alcaldesa de Hernani por las palabras pronunciadas en un acto político de ANV donde se limitaba a agradecer los aplausos con los que había sido recibida y pedía que se entendiera que iban dirigidos “a Igor Portu, Mattin Sarasola y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersos en las cárceles de Francia y España”. Ahora sólo queda esperar a conocer el resultado final del recurso, lo cual, lamentablemente, resulta absolutamente imprevisible.

#### ***V.4.- Delitos de expresión, derechos fundamentales y principios constitucionales***

##### **a) Consideraciones acerca del ámbito constitucional de la libertad de expresión.**

El problema de tipos como los que hemos venido analizando es, sobra decirlo, el problema del recorte de la libertad. Y el alcance real del recorte que comporta la prohibición penal se constata con solo pensar en la incidencia indirecta que tiene en derechos como el de participación política, de reunión y manifestación sobre los que se proyecta la sombra de la penalización de esas formas de expresión (desde las repercusiones que puede tener en los procesos de ilegalización, hasta los que tiene en sede gubernativa a los efectos del ejercicio del derecho de reunión o manifestación). Eso es algo que conviene no olvidar en los debates acerca de los límites constitucionales al castigo de la apología, el enaltecimiento o conductas similares, sin perjuicio, claro está, de que el eje de los mismos lo constituya el

derecho fundamental a la libertad de expresión en tanto en cuanto es el que más directamente puede resultar afectado por una regulación penal de aquella figura que invada el contenido esencial del referido derecho.

Mucho es lo que se ha escrito sobre el alcance del derecho consagrado en el art. 20 CE, de manera que ni voy a reproducir lo que yo misma he dicho en otros lugares, ni lo que otros- a veces, con mejor prosa- también han expuesto al respecto. Me parece que pudiera tener más interés contribuir a poner al descubierto los equívocos que atraviesan esta clase de discursos y que, como tantas veces ha señalado Vives Antón, traen causa del hecho de no deslindar adecuadamente el plano de la libertad de expresión de otros planos distintos, confusión en la que incurren por igual doctrina y jurisprudencia. La confusión, como es lógico, no se produce en relación con el núcleo intangible de aquella libertad básica. Nadie medianamente capaz cuestionaría siquiera la proscripción constitucional de cualquier regulación de la apología que sancionase la simple expresión pública de coincidencia con un proyecto político. Claro es, por tanto, que no podría pasar ese filtro ninguna regulación que sancione el discurso en sí, la propaganda, pues en un sistema democrático ninguna doctrina puede quedar en virtud de lo dispuesto en el CP fuera de la discusión pública.

Sentado lo anterior, esto es, cuando ya no hablamos sólo de apoyo a la ideología, empiezan los problemas. Así es porque, en el noble empeño de excluir del ámbito penal conductas cuya sanción en esa sede carece de una justificación racional, se argumenta a partir de uno de estos dos errores: ya sea a partir de una concepción constitucionalmente inaceptable de la libertad de expresión o, segundo error, asumiendo el discurso que erróneamente priva de legitimidad a la previsión penal por la supuesta falta de ofensividad de la conducta sancionada.

Por lo que hace a la primera de las confusiones apuntadas, comenzaré por señalar que es la que subyace en quienes, frente a lo sostenido por la STC 136/1999, quisieron presentar como ejercicio de la libertad que nos concierne la cesión que de los espacios electorales hicieron los miembros de la Mesa de HB para difundir un mensaje que, por el modo en que se transmitió, tenía carácter amenazante. Se podrá estar de acuerdo o no en atribuir dicho carácter al mensaje pero es manipular los argumentos sugerir que lo que se incriminó fue la propuesta en sí, la propaganda sin aditamentos, por el simple hecho de ser expresión del pensamiento de la banda terrorista ETA. Bien claro lo dijo ya el Tribunal Supremo cuando afirmaba que para HB “era perfectamente posible y legal proponer en dicho espacio (s.c los espacios electorales gratuitos) y *por sí misma* tal planteamiento como fórmula política o como parte de su programa electoral”(FJ 18º), como de hecho venía haciendo desde 1995 a lo largo y ancho del País Vasco sin que por ello me conste que se hubieran iniciado actuaciones. Decir como dijo alguno que entre ambas cosas no hay diferencias cualitativas y

que “o todo es delictivo o nada lo es” me parece una simplificación peligrosa. No hay duda, no puede haberla, de que la propaganda *en sí* pertenece en cuanto difusión de ideas al contenido inatacable de la libertad de expresión. Ni era, pues, posible desterrar del ámbito de los derechos fundamentales el hecho de promocionar una opción política, ni fue eso lo que se desterró. Se desterró la propaganda política amenazante e intimidatoria, que por ser esto último quedaba fuera de las libertades en cuestión y por ser lo primero- esto es expresión de ideas que, además, se manifestaban en un contexto de participación política- exigía de matizaciones cuya sede propia, sin embargo, no era el terreno de la delimitación de los derechos, sino el de la proporcionalidad de la reacción. Ese es, a mi juicio, uno de los principales méritos de la STC 136/1999, donde resulta nítida la separación de dos parcelas que a menudo aparecen confundidas: el exceso en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal de ese exceso. Al razonar sobre lo primero, esto es, al enjuiciar si nos hallábamos ante un lícito ejercicio de las libertades alegadas, el Tribunal Constitucional se sustrajo a la tentación de manejar la cuestión como un problema de desconocimiento del contenido constitucional del derecho y con ello dió un paso adelante en la tarea de definición de la libertad de expresión. Al mismo tiempo, sentó las bases para la consolidación del principio de prohibición de exceso como verdadero instrumento de control de la proporcionalidad de la ley penal (cuestión distinta es que podamos discrepar de su concreta aplicación al caso o que sea dudoso que la inercia de aquel empuje subsista hasta nuestros días).

No es menor tampoco la confusión en que se incurre cuando se parifica apoyo ideológico con apoyo a la actividad delictiva y se pretende incluir ambas cosas en el contenido intangible de la libertad de expresión. Sin embargo, habría que plantearse seriamente si esa asimilación es correcta o si, por el contrario, hay una sustancial diferencia entre lo que pueda ser una simple expresión de coincidencia con un programa político y una manifestación de aprobación de un acto delictivo concreto. A algunos no debe parecerles procedentes tal distinción, pues sólo así se explica que la mayoría de las voces críticas contra cualquier regulación de la apología prescindan de matizaciones y acaben por reconducir ambas clases de conducta al ámbito intangible de la libertad de expresión y, en su virtud, censuren por idéntica razón tipos penales que, desde la perspectiva del derecho fundamental, no son equiparables. De algún modo, un razonamiento de este género es el que subyace en la tan citada STS de 29 de noviembre de 1997, donde en relación con los comunicados que justificaban los asesinatos de Múgica y Tomás y Valiente se afirma taxativamente que se trata de manifestaciones amparadas en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (FJ 30 *in fine*), lo cual, pudiendo ser exacto en ese caso concreto, no creo que pueda extrapolarse a cualquier justificación del crimen como medio de alcanzar un fin, cualquiera que éste sea.

Frente a lo anterior, se alza la finura interpretativa de que en este tema ha hecho gala el Tribunal Constitucional español, quien, en su ardua tarea de delimitar el contenido constitucional del derecho fundamental que nos concierne, ha distinguido entre lo que podríamos llamar apología de la ideología y la apología de comportamientos delictivos, situando esta última claramente fuera del ámbito constitucionalmente protegido.

A perfilar paulatinamente el contenido del derecho desde esa perspectiva contribuyó, sin duda, la STC 176/1995, de 11 de diciembre, donde se conoció del recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que condenaba como autor de un delito de injurias a un sujeto que adquirió los derechos de edición y posterior publicación en España del cómic "Hitler-SS", publicación en la que se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, con alemanes de las Schutz-Staffel y judíos como protagonistas y antagonistas de conductas inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales, narrándose lo allí acontecido en tono de mofa y sazónándose todo con expresiones insultantes (animales o carroña, entre otras), de manera que- como dice la sentencia- cada viñeta, palabra y dibujo es agresiva por sí sola y su mensaje tosco y grosero. Pues bien, en este caso el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado por entender 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" (FJ 5º). La referida sentencia da, por tanto, un paso más en el camino que de algún modo inició la ya citada STC 159/1986, de 12 de diciembre, en la que, al tiempo que se subraya la imposibilidad de que la ley penal se alce como un límite absoluto al derecho a la información, se cuida de separar el tratamiento que merece la noticia en sí del que pueda otorgarse a las manifestaciones apologéticas, sugiriendo ya entonces la posible exclusión del discurso apologético del contenido esencial del derecho afectado (FJ 7º y 8º).

No es menor la importancia que en este orden de cosas tiene la STC 48/2003, de 12 de marzo, llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la LO 6/2002, de partidos políticos. La sentencia, tan discutible en otros aspectos, no sólo reitera lo ya dicho por la STC 136/1999 de que la libertad de expresión no ampara los mensajes amenazantes, sino que se empeña decididamente en dejar clara la diferencia sustancial que existe entre el apoyo ideológico (a programas o ideologías) y el que tiene por objeto apoyar el terrorismo y la violencia como medio de acción política (FJ 10º). En la misma línea, y si cabe de manera aún más clara, la STC 5/2004, de 16 de enero marcó claramente el rumbo a seguir. Como se sabe, dicha sentencia fue dictada al conocer del recurso de amparo promovido por Batasuna frente a la sentencia de la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo que decretó su ilegalización (STS de 27 de marzo de 2003, TOL 337.395) En lo que ahora interesa, la sentencia da cumplida contestación a la pretensión del recurrente de cobijar en

los derechos de participación política (art. 22 CE), libertad ideológica (art. 16.1) y libertad de expresión (art. 20.1.a) afirmaciones como la de que las autoridades estatales no podrán pasear con impunidad por Euskal Herria, o las admoniciones hechas a las tres fuerzas políticas integrantes del Gobierno Vasco para que no se les ocurriese utilizar los mecanismos que el Estado le ha otorgado para golpear a Batasuna porque en tal caso se crearía un escenario no deseado (Vid relato de hechos probados STS 27 marzo 2003, TOL 337.395). La propia demanda se refiere a esas y a otras conductas como un ofrecimiento de “soporte político e ideológico a la acción de organizaciones terroristas” y, ante la claridad de los términos, el Tribunal Constitucional se muestra contundente: sólo a partir de una concepción equivocada y constitucionalmente inaceptable de las libertades que se invocan podría concluirse que apoyar la actuación de las organizaciones violentas o las conductas intimidatorias pertenecen al ámbito constitucionalmente protegido de los mencionados derechos fundamentales (FJ 19º). En la misma línea ha incidido el TC en la STC 85/2003 (FJ 4º) y en la reciente 110/2007 (FJ 25º) al reiterar que “la libertad ideológica y de expresión no (...) pueden amparar el empleo o aprobación de medios no democráticos y violentos para la consecución de los fines que determinadas formaciones políticas pretenden” Queda, pues, dentro del derecho la apología de la ideología pero no así la apología de la violencia. Y a lo anterior cabría añadir la importante matización que introdujo la STC 5/2004: la interpretación de la conocida regla del “claro e inminente peligro” no puede llevarse a cabo abstracción hecha de las concretas conductas que se enjuician, ni del contexto en el que se enmarca el discurso apologético. Con ello, por otra parte, sienta las bases que deben conducir a abordar el problema desde una perspectiva parcialmente distinta, que no cuestiona la peligrosidad del discurso político, sino que, dándola por sentada, pretende discurrir acerca de la legitimidad de su sanción penal sirviéndose de parámetros distintos.

#### **b) Apología del delito y principio de ofensividad. Cuestiones previas**

Así titula Vives Antón el epígrafe de un artículo ya antiguo aunque recientemente revisado (2005, TOL 971904) en el que el autor expone con acierto las razones que obligan a articular el rechazo al castigo de la apología a partir de argumentos distintos a la pretendida ausencia de daño social.

Como allí se dice, la doctrina mayoritaria objeta al castigo de las conductas apologéticas que no son provocación el hecho de que con ellas se castigue la simple expresión de ideas y no la producción de un auténtico daño o peligro, por lo que dichas figuras sufrirían un déficit de bien jurídico incompatible con una tutela penal respetuosa del principio de ofensividad. Sin embargo, la idea de que conductas como las que sanciona el art. 578 son inocuas es una

idea equivocada. Incluso sería ingenuo sostener que lo son las conductas de apoyo tácito al terrorismo, pues, como bien dijera la STC 5/2004, ello cristaliza en “apoyo social” en la medida en que ese tipo de comportamientos han prologado un entendimiento del fenómeno terrorista que, cuando menos, lo presenta como reacción inevitable frente a una agresión injusta del Estado (FJ 18º).

Hay que partir, pues, de la premisa de que nos enfrentamos a conductas peligrosas, pero también de esta otra: la protección constitucional no puede quedar limitada a conductas inocuas, de manera que, del mismo modo que es preciso focalizar la atención en algo distinto a una falsa falta de peligrosidad si se desea combatir la sanción penal de estas conductas, también hay que tomar en consideración otros parámetros distintos al daño social para justificar la legitimidad del castigo.

Esto último era algo que parecía definitivamente asentado en la doctrina constitucional, cuya trayectoria en este punto rompe la STC 235/2007 con una inadecuada trasposición de la jurisprudencia del TEDH. En dicha resolución se incurre en una doble confusión: en primer lugar, a la hora de delimitar el contenido del derecho fundamental, y, en segundo término, cuando se pone exclusivamente el acento en la indiscutible dañosidad social de las conductas sancionadas en el art. 607.2 CP. Obsérvese que se dice que “el problema (...) es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos” (FJ 4º). Con tal planteamiento el TC se aparta de sus mejores precedentes y mezcla cosas que son distintas, a saber: el contenido del derecho fundamental afectado y la ofensividad de las conductas cuya constitucionalidad se cuestiona. Sin embargo, es claro que el derecho no puede limitarse a dar cobijo a conductas carentes de ofensividad. De hecho, si así fuera no estaríamos enzarzados en estos debates. Por tanto, la mayor o menor amplitud del derecho fundamental no puede hacerse depender de la peligrosidad de la expresión. En segundo lugar, la sentencia ofrece una débil fundamentación a la declaración de constitucionalidad al residenciar todo el discurso en la potencialidad dañina de las conductas de justificación. Ese es un parco argumento porque si bien la dañosidad es, por exigencias del principio constitucional de ofensividad, componente ineludible del delito, por sí sola no legitima la intervención penal. Por lo demás, al haber basculado toda la argumentación alrededor de ese componente, eran de esperar los muchos votos discrepantes de los magistrados que, con razón, ven en el negacionismo idéntico o similar peligro.

Y es que la cuestión no es ni que las conductas apologéticas sean inocuas, ni que evitar la inestabilidad social que genera el llamado “lenguaje del odio o de la violencia” no constituya

un valor. El verdadero problema es que para tutelarlos se sancionan penalmente conductas que en algunos casos son ejercicio de la libertad de expresión y en otros están tan cercanos a ella que la sanción penal provoca un efecto de desaliento que, como desde antiguo dijera el Tribunal Supremo Federal Norteamericano, resulta escasamente compatible con el reconocimiento constitucional del derecho fundamental. Es a la vista de eso que hay que preguntarse si esa limitación está constitucionalmente justificada. En lo que sigue me propongo desarrollar esa idea.

### **c) Bien jurídico, proporcionalidad y apología**

Como vengo diciendo preceptos como el art. 578 CP persiguen evitar conductas que son idóneas para producir cierta alarma e inestabilidad social y que en la mayoría de los casos generan en la opinión pública un sentimiento de justa indignación. El problema es dilucidar si con la tutela penal de tales intereses no se han confundido dos ámbitos bien distintos: el de lo éticamente reprobable y el de lo que penalmente se puede sancionar. De hecho, no es casual que iniciativas legislativas como la que nos ocupa hayan motivado el que resurja la vieja idea del bien jurídico como límite al castigo de la inmoralidad .

Hasta ahora, sin embargo, parecía existir acuerdo en postular que en un sistema democrático es indispensable la separación entre el derecho y la moral virtud, y que ello no sólo se proyecta sobre los comportamientos sexuales, sino también en el campo de los comportamientos políticos, que es precisamente el terreno donde hoy se libra aquella vieja batalla. Olvidar tal obviedad es tirar por tierra los fundamentos teórico-políticos de la democracia, que tiene en la autonomía ética y en la libertad jurídica dos de sus elementos definidores. No obstante, la realidad se empeña en mostrarnos una cara distinta y ello obliga a profundizar en la reflexión apenas esbozada sobre la idea del bien jurídico como límite al castigo de la inmoralidad

### **d) El bien jurídico como prius lógico del principio de proporcionalidad. La teoría procedimental del bien jurídico de Vives Antón.**

A partir de la STC 55/1996 queda definitivamente fijada la fórmula que apela al bien jurídico como prius lógico del juicio sobre la proporcionalidad de la misma, que, por tanto, pasa a ocupar el frontispicio de la estructura del referido principio. La consideración a que ello responde parece obvia, pues faltando la primera razón justificativa del castigo, éste resulta arbitrario y, por ende, ya no ha lugar a plantearse la proporcionalidad del mismo. Por otra parte, proceder de ese modo tiene la ventaja de alzaprimar la idea- tantas veces subrayada por Vives Antón- del bien jurídico como primer tópico de la argumentación en torno a la validez de la norma.

En efecto, como señala este autor decir que el bien jurídico es un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad implica renunciar a concebir aquél en términos de objeto y, a partir de ahí, es obligado rechazar las concepciones que prefiguran el bien jurídico, homogeneizan la categoría y, en consecuencia, olvidan que la justificación del castigo habrá de acometerse caso por caso, siendo, por ende incompatible con esa pretendida nivelación conceptual. El bien jurídico, entendido como conjunto de razones primarias que justifican el castigo ni es una idealidad prejurídica que el ordenamiento encuentra ya configurada, ni puede ser aceptado, sin más, como el fruto de una opción legislativa. Precisamente por eso, desde la concepción que se comenta no puede bastar con que determinadas conductas produzcan de hecho un daño social. Es preciso, además, que el ordenamiento pueda racionalmente considerarlas lesivas, lo que trasladado al tema que nos ocupa se traduce en la necesidad de enjuiciar si determinadas regulaciones de la apología tienen o no una justificación racional.

Llegados a este punto, no parece que esté necesitada de extensas argumentaciones la idea de que un ordenamiento que reconozca la libertad de expresión entre las libertades básicas y que asuma las buenas razones que existen para aceptar la prioridad de las libertades básicas, no puede considerar jurídicamente dañosa una conducta que sea legítimo ejercicio de un derecho fundamental, por más que pueda resultar socialmente pernicioso y moralmente condenable. Eso es algo que parece obvio cuando nos enfrentamos ante conductas que pertenecen al ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. El paso siguiente ha de consistir en proyectar cuanto acaba de apuntarse sobre conductas que, por el contrario, quedan más allá de la libertad que nos concierne. Siendo así, las referidas conductas entran, como dijera la STC 185/2003, dentro del ámbito de lo potencialmente punible. Sin embargo, ese no es, en modo alguno, un ámbito exento y, de hecho, el conjunto de exigencias inherentes al principio de prohibición de exceso planean sobre el mismo cuando se intenta profundizar en ese proceso de justificación racional. En las líneas siguientes apuntaré cuál puede ser el alcance y función dogmática del efecto de desaliento en tanto que criterio decisivo para enjuiciar la proporcionalidad de las limitaciones penales impuestas a la libertad de expresión cuando éstas se proyectan sobre conductas que, pese a no ser ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa, guardan singular cercanía con el mismo. Esa es la posición que, a mi juicio, ocupan las conductas sancionadas por el art. 578 CP

### **e) Proporcionalidad, efecto de desaliento y derechos fundamentales**

Como todo el mundo sabe, la doctrina del efecto de desaliento (*chilling effect*) hunde sus raíces en la jurisprudencia constitucional norteamericana, que se ha servido de ella fundamentalmente en materia de libertad de expresión y, en su virtud, ha declarado

inconstitucionales normas que sancionaban conductas que, sin constituir ejercicio legítimo del derecho protegido en la Primera Enmienda, sin embargo pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de sus derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido. Estas circunstancias, a juicio del Tribunal Supremo norteamericano, incrementan el desaliento que de suyo genera cualquier prohibición y, por tanto, obligan al legislador a respetar el amplio espacio (*breathing space*) que precisa la libertad de expresión y, en consecuencia, a buscar una alternativa menos restrictiva (*Less Restrictive Alternative Doctrine*).

Esta doctrina, seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por otros muchos tribunales europeos, no es algo que resulte ajeno a nuestra jurisprudencia constitucional, pues no son pocas las resoluciones que se hacen eco de la misma. En otro lugar me he ocupado con detalle de los precedentes en nuestra jurisprudencia constitucional, así como de analizar la función dogmática que la doctrina del desaliento debe tener en el proceso de tipificación e interpretación de los tipos (2007). Ahora me limitaré a reiterar el papel que le corresponde como criterio de cierre para enjuiciar la constitucionalidad de una sanción penal, pues, como desde antiguo expresara el magistrado Vives Antón en diversos votos particulares, carece de justificación constitucional sancionar penalmente los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión cuando nos encontramos ante conductas demasiado cercanas al lícito ejercicio de aquella.

En resumen: la doctrina del efecto de desaliento pretende tutelar los derechos fundamentales frente a ingerencias del ius puniendi estatal incompatibles con las exigencias materiales de aquellos y, por tanto, prohíbe que la eficacia intimidatoria de la pena se extienda a conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio de aquellos derechos, ya que, de hacerse así, ello podría desanimar a los ciudadanos de ejercer sus derechos constitucionales. Excluir al derecho penal como factor de desaliento es la propuesta de esa doctrina, que, como es obvio, no busca, cual alguno ha sugerido, proteger a “eventuales coautores, cómplices o encubridores terroristas”. Estos y otros argumentos demagógicos debieran desterrarse de un discurso argumental que parece olvidar la función última de los principios garantistas y, en su virtud, la diferencia de buen criterio que existe entre traspasar los límites en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal de ese exceso. Por esta misma razón aquí no puede compartirse que servirse de tal criterio en derecho penal sea afirmar una cosa y su contraria, pues decir que no es constitucionalmente aceptable que el derecho penal- en sí mismo o en tal medida- provoque aquel efecto nada obsta a seguir reconociendo que la conducta en cuestión carece de protección constitucional y, por ende, puede ser combatida con medidas no penales o, de ser penales, concebidas de manera que

eviten el desaliento. En definitiva, la conducta no está protegida constitucionalmente pero los derechos fundamentales a los que, disuadiendo su ejercicio, afecta la sanción –o tanta sanción- penal no dejan por ello de estarlo. Si eso se olvida, se posterga el propio derecho fundamental.

En efecto, cuando una norma penal tipifica conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales aumentan las exigencias de justificación porque si, como es obvio, todo delito implica limitación de derechos fundamentales, tanto en virtud de la pena, como en virtud de la restricción que para la libertad general de acción representa la conducta tipificada, en aquellos casos resulta que, además, lo castigado es el ejercicio abusivo de un derecho fundamental, que es, como digo, un abuso pero que en la medida en que se relaciona con su ámbito de acción requiere la toma en consideración de elementos de legitimación adicionales por los efectos asociados a su sanción. La proscripción del desaliento forma parte, a contrario, de ese discurso y proyecta su sombra sobre el legislador, primero, y sobre el intérprete después, obligándoles a hacer efectiva la función primaria del desaliento como criterio de proporcionalidad que interviene en el proceso de justificación de la sanción.

Esa es la reflexión a que, a mi modo de ver, debiera someterse la tipificación de conductas apologéticas como las recogidas en el art. 578 CP. Y con mayor motivo, el legislador debe reparar en el dislate que representa equiparar valorativamente la apología del terrorismo con los delitos de terrorismo. Eso es lo que, sin embargo, ha hecho en un ámbito tan sensible como es la delincuencia de menores. Concretamente, el art. 2.3 de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, introdujo en la LO 5/2000 la disposición adicional 4<sup>o</sup>, por cuya virtud se sometía a los responsables de delitos comprendidos entre los arts 571 a 580 CP a un régimen singular tanto en materia de competencia, cuanto en lo referente a los criterios de aplicación y duración de las medidas, al tiempo que ya se impedía la posibilidad entonces vigente de aplicar la ley a los jóvenes de entre 18 y 21 años responsables de los referidos delitos, sin consideración a la muy distinta gravedad que de hecho tienen los comprendidos entre tales preceptos. Por su parte, la actual redacción dada a la LORPM por LO 8/2006, de 4 de diciembre ha consagrado definitivamente ese modelo de excepción (cfr. arts. 10.2 y 3, 11.2, 15.1<sup>o</sup>, entre otros). El sinsentido mayúsculo que todo ello representa obliga a recordar que, como bien sugiriera la STC 199/1987, de 16 de diciembre y expresamente dijera el ATS 23 de mayo de 2002 la apología no es, pese a su ubicación sistemática, un delito de terrorismo, sino "un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto o delito objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse" (Causa especial 29/2002, RA 2002/4727).

Y si esas son las exigencias mínimas que se proyectan sobre la labor legislativa, por lo que a la tarea interpretativa se refiere en el frontispicio de todas ellas debe situarse, como dice la

STC 110/2000, “la necesidad de que se deje un amplio espacio, es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que [la libertad de expresión] pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor” (FJ 5º *in fine*). No basta, pues, con estimar justificadas las conductas que sean ejercicio legítimo de tal derecho. Eso es un *prius* respecto a estos otros requerimientos derivados del efecto de desaliento que ahora estamos considerando. Precisamente por eso, la función dogmática del efecto de desaliento no puede desplegarse en sede de justificación toda vez que aquél opera en relación con conductas que no representan el ejercicio de un derecho fundamental, pues, si lo representaran, habría que excluir *ab initio* la sanción, sin necesidad de recurrir a la proscripción del desaliento. En ese espacio extramuros del derecho es donde proyecta su sombra el efecto de desaliento: de un lado, en la tipicidad, orientando la subsunción jurídica y, de otro, en la penalidad, guiando la determinación de la pena.

Centrándonos en el momento de la subsunción típica, lo que singulariza al efecto de desaliento como exigencia adicional de justificación es el hecho de robustecer las exigencias clásicas de legalidad, que resultan aún más reforzadas en estos casos por su conexión con el derecho fundamental. Dicho de otro modo: la doctrina del desaliento pasa a formar parte del análisis global que debe preceder a la decisión judicial, un análisis en el que se entrelazan de modo indisoluble las exigencias de legalidad y las derivadas directamente del necesario respeto y efectividad de los derechos fundamentales. En su virtud, no basta con que el juez se ajuste al tenor literal de la ley y, por tanto, elimine de la órbita del tipo las conductas que claramente están fuera de la zona indudable de exclusión. Es, además, preciso que su interpretación no sea incompatible con el reconocimiento constitucional del derecho. Es decir, cuando el tipo penal se conecta con el ejercicio de derechos fundamentales no basta con razonar a partir de la literalidad del precepto penal, sino que resulta necesario hacerlo a la luz del derecho fundamental afectado, cuyo legítimo ejercicio no puede resultar desalentado por una interpretación del tipo ajena a las exigencias de la proporcionalidad penal. La proporcionalidad -que, como ya advirtiera Forsthof en el siglo pasado, no cabe frente a la ley- se inserta en ella para garantizar que el entendimiento judicial de la misma no es contrario a la efectividad del derecho fundamental afectado.

#### **f) Apología del delito y principio de legalidad**

Retomo este epígrafe con la última de las consideraciones con que concluí el anterior: ninguna interpretación puede sobreponerse a lo que dice la ley.

Acto seguido, hay que advertir de los peligros que acechan tras determinadas interpretaciones *secundum constitutionem*, una fórmula que a veces acaba convertida en un subterfugio que sirve para ocultar un uso perverso del principio de proporcionalidad que,

como está sucediendo en otros ámbitos, se utiliza por el juez ordinario para revisar el criterio legislativo o, lo que es lo mismo, se usa contra la ley. Sin embargo, es tan obvio que frente a ésta no cabe ponderación alguna que casi sobra decir que, tanto si el juzgador estima que el legislador ha invadido el ámbito constitucional inatacable del derecho a la libertad de expresión, como si considera que, pese a no invadirlo, ha reaccionado desproporcionadamente y no es posible corregir dicha desproporción sin vulnerar las exigencias de la legalidad, a aquél sólo le queda plantear la cuestión de inconstitucionalidad, única vía legítima para alzar su voz frente a la ley.

Pese a tal evidencia, la historia jurisprudencial de los delitos de naturaleza apologética se caracteriza por los vaivenes que ha sufrido la aplicación de estas figuras, lo cual resulta ciertamente insólito si se piensa que, dado el reducidísimo número de sentencias que versan sobre este particular, no hay dificultad alguna en conocer el precedente.

Al margen de otros casos a que ya se ha hecho alusión, nada mejor para ilustrar lo dicho que el rumbo (?) que se ha seguido en un conocido procedimiento seguido por un presunto delito de enaltecimiento contra A. Otegi, Jon Salaberría y Aritz Zubimendi, si bien esta última fue juzgada finalmente en causa separada y absuelta al retirar el ministerio público la acusación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 19 julio 2005, RA 2006/273644).

En lo que a Otegi atañe, los hechos, sustancialmente expuestos, son los siguientes:

El día 30 de julio de 2001 se celebró en Polloe el entierro de la etarra Olaia Castresana, muerta mientras colocaba un explosivo. Al acto, presidido por una gran pancarta en la que se podía ver una foto de la fallecida junto al texto: «Del mismo tronco que tu surgiste, nacerán otros. La lucha es el camino», asistieron cientos de personas y se corearon gritos a favor de ETA. Entre los asistentes, estaba Otegi, quien, además de portar el féretro, realizó, entre otras, las siguientes declaraciones: «Nuestro aplauso más caluroso a todos los gudaris que han caído en esa larga lucha por la autodeterminación». De igual modo, por referencia a la fallecida dijo «Se nos ha ido, a sus veintidós años, como tantos gudaris de ETA, con la dignidad silenciosa y la suerte solitaria». Poco después, afirmaba que «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»

A raíz de esas declaraciones, el Ministerio Fiscal presentó querrela por un supuesto delito de enaltecimiento del terrorismo que fue desestimada por auto de 14 de marzo de 2002 al entender la instructora que dichas declaraciones “no guardaban relación alguna” con el tipo

alegado y eran, sin más, ejercicio legítimo de la libertad de expresión y del derecho a la participación política. No se lo pareció así al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, órgano que por sentencia de 31 de marzo de 2004 (RA 2004/154) absolvió a Salaberría por limitarse a portar el féretro pero condenó a Otegi como autor de enaltecimiento del terrorismo por estimar que se ajustaban al tipo previsto en el art. 578 CP “las encomiásticas alusiones a quienes optan por la pertenencia a grupos del tipo de los que define el art. 571 o por el ejercicio de la que encarecidamente denomina el acusado «lucha armada» (FJ 3º, *in fine*). Contra dicha sentencia interpuso el acusado recurso de casación, alegando entre otros motivos la falta de imparcialidad de dos de los magistrados que habían concurrido a dictarla, siendo estimado dicho recurso por STS de 19 de enero de 2006 (TOL 809.376) que ordenaba la retroacción de actuaciones al comienzo del juicio oral. Sucedió que, entretanto, el acusado perdió su condición de aforado y así fue como el asunto llegó a la Audiencia Nacional, donde dicho tribunal adoptó el insólito acuerdo de abrir el juicio oral no sólo contra Otegi, sino también contra Salaberría, en su momento absuelto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Aquí dejaré de lado las consideraciones que merecería semejante despropósito para centrarme en lo que ahora interesa que son las razones que llevaron a la Fiscalía de la Audiencia Nacional a retirar la acusación tras la práctica de la prueba. A juicio de ese órgano, las declaraciones del acusado no pasaban de ser el elogio de una ideología, lo que, unido a las dudas que siempre han rodeado la figura por su posible incompatibilidad con derechos fundamentales, le aconsejaba actuar en el sentido indicado. Así las cosas, la Audiencia Nacional dictó sentencia el 23 de marzo de 2007, absolviendo al acusado pero dejando bien claro que, a la vista de la prueba, los hechos “podrían constituir un delito de enaltecimiento terrorista” sin perjuicio de que el fallo hubiera de ser absolutorio por así imponerlo el principio acusatorio. La perplejidad que genera una sentencia de esta naturaleza sirve inmejorablemente como broche de oro de lo que, con razón, se ha considerado un encadenamiento de errores sobre cuya trascendencia no parecen reparar ninguno de los órganos implicados.

Cierto es que la interpretación de los tipos dista de ser una ciencia exacta desde el momento en el legislador opera con palabras y, además, se le reconoce la posibilidad de que, dentro de ciertos límites, pueda potenciar la consustancial labilidad del lenguaje para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (SSTC 62/1982, 53/1994 o 137/1997). Ahora bien, el que, desde una perspectiva lógica, haya que renunciar a una inasequible aspiración a la plena certeza, no puede ser, sin más, sinónimo de absoluta libertad interpretativa. ¿Cómo explicar esa actitud de la Fiscalía cuando, poco antes, había sostenido la acusación ante ese mismo órgano judicial y contra el mismo acusado por hechos similares acontecidos con ocasión del homenaje tributado a Argala?. Cumple recordar que por este último caso Otegi

resultó condenado por la Audiencia Nacional acogiendo íntegramente la petición de quince meses de prisión que hiciera el Ministerio Fiscal (SAN de 27 de abril de 2006, RA 2006/179), sentencia que, como se sabe, resultó confirmada por la STS de 20 de junio de 2007 (TOL 1.106874) que desestimó el recurso de casación interpuesto por el condenado. Más recientemente, sorprende el nuevo cambio de criterio de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que ahora empeña sus esfuerzos en reabrir el procedimiento por enaltecimiento contra la alcaldesa de Hernani por hechos mucho menos significativos que los protagonizados por Otegi. En cualquier caso, no se trata de debatir acerca de la mayor o menor coherencia de los órganos intervinientes, ni tampoco de cargar las tintas en ese asunto. Hay muchos otros ejemplos y en órganos jurisdiccionales que no son la polémica Audiencia Nacional. Baste recordar algunas de las resoluciones de las que ya nos hemos hecho eco y en las que se condenaba por proferir gritos de “Gora ETA” o por expresar que “la lucha armada de ETA responde a la defensa de derechos legítimos que tiene el pueblo vasco”. En realidad, de lo que se trata más bien es de reflexionar acerca de la confusión conceptual y de otro conjunto de desaciertos que, como he tratado de apuntar a lo largo del trabajo, rodea a las conductas apologéticas. Confusión en lo que afecta al ámbito propio de los derechos fundamentales que de ordinario se invocan, errores que versan sobre la pretendida inocuidad de las conductas, desacertados planteamientos que postergan el importante papel que la prohibición de exceso está en condiciones de desempeñar para racionalizar el castigo y, por si lo anterior no bastara, desprecio por la legalidad y los procedimientos como método para alcanzar el resultado que cada uno estima materialmente justo.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

A continuación se ofrece al lector una selección de trabajos relativos a los aspectos centrales tratados en el texto, clasificados en función de la materia sobre la que versan y procurando seguir el orden en que resultan expuestos .

Al epígrafe I

Sobre el **derecho penal del enemigo y la expansión de la excepcionalidad**, vid. entre otros muchos:

Cancio Meliá, M., “De nuevo ¿ Derecho penal del enemigo”?, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 85 y ss; Cancio/Gómez Jara (coord.), *Derecho penal del enemigo*, Edisofer/Euros Editores S.R.L./B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, González Cussac, J.L., “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del

estado de derecho: la doctrina del derecho penal enemigo”, en *Revista penal*, nº 19, enero 2007a p. 52 y ss; Muñoz Conde, F., *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; del mismo, “El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo”, Asúa Batarrita, A. “El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, finalidades terroristas y conductas periféricas”, en Cancio/Gómez Jara, *Derecho penal..*, op. cit., p. 252 y ss; Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad internacional de Andalucía/Akal, Madrid, 2005, p. 167 y ss. Más recientemente, vid. una inteligente disección del problema y una decidida toma de postura a favor de las libertades, en Pérez Cepeda, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, ed. Iustel, Madrid, 2007. Asimismo, Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, ed. Comares, Granada, 2007; Faraldo Cabana, P. (ed) *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; muy sugerentes las aportaciones a la obra colectiva que encabeza Nicolás García Rivas, *El derecho penal frente a la inseguridad global*, ed. Bomarzo, Albacete, 2007; de especial interés, la recientísima obra colectiva coordinada por Campo Moreno, JC/González Cussac, J.L., *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Colección de Estudios de derecho judicial, nº 128, Madrid, 2007.

## Al epígrafe II

Sobre el tradicional **tratamiento jurídico del terrorismo** y el recorte de libertades vid., además de las obras seleccionadas en el epígrafe anterior, y, entre otras muchas:

Cuerda Arnau, M.L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995; Gómez Colomer, J.L./González Cussac, J.L.,(coord) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; Lamarca Pérez, C. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia Madrid, 1985; Mestre Delgado, E. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia Madrid, 1987, Terradillos Basoco, J., *Terrorismo y derecho*, ed. Tecnos, Madrid, 1988, Vercher Noguera, A., *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco*, PPU, Barcelona, 1991. Muy recientemente, vid. la Propuesta alternativa del Grupo de Estudios de Política Criminal a la actual regulación en materia de terrorismo (disponible en la web del GEPC, [www.gepc.es](http://www.gepc.es))

Sobre el **nuevo terrorismo**, vid con ulteriores referencias:

De la Corte Ibañez, L /Jordán, J., *La yihad terrorista*, ed. Síntesis, Madrid, 2007; Jordán, J (ed.), *Los orígenes del terror. Indagando en las causas del terrorismo*, ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2004; del mismo, “La evolución del yihadismo en España: un reto para los servicios

de inteligencia”, en Navarro Bonilla/Esteban Navarro, M.A, *Terrorismo global*, ed. Plaza y Valdés, Madrid, 2007, p. 33 y ss; Arístegui, G., *La yihad en España*, ed. La esfera de los libros, Madrid, 2007; Blanco, A/Del Águila, r./Sabucedo, J.M, Madrid 11-M un análisis del mal y sus consecuencias, ed. Trotta, Madrid, 2005; Reinares, F. *El nuevo terrorismo islamista: del 11S al 11M*, Madrid, 2004.

Una reflexión jurídica sobre el reto que todo ello representa en González Cussac (2007b) “Nuevas amenazas a la seguridad nacional: los desafíos del nuevo terrorismo, en Retos de la política criminal actual, Revista Galega de Seguridade Publica, nº 9, p. 233 y ss

El artículo del Prf. Vives a que se alude es el titulado “Una sentencia discutible: sobre la STS 197/2006” (TOL 817.709)

Al epígrafe III

#### Sobre el **delito de asociación ilícita**

Vid. muy especialmente y con ulteriores referencias García Pablos de Molina, A. Asociaciones ilícitas en el Código penal, ed. Bosch, Barcelona, 1977. Del mismo, Asociaciones ilícitas y terroristas en el derecho penal del estado democrático”, en *Comentarios a la legislación penal*, T.II, Edersa, madrid, 1983, p. 103 y ss. De interés, Carbonell Mateu, JC, “Observaciones en torno al Proyecto de Ley sobre la reforma del Código penal en relación a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión, reunión y asociación, *CPC*, nº 5, 1978. Asimismo, vid. las interesantes reflexiones que hace G. Quintero Olivares acerca de la actual función del delito de asociación ilícita, en “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en Ferre Olivé, JC y Anarte Borraloo, E., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, p. 177 y ss. Vid una interesante reflexión sobre la condena como organización criminal de los grupos de apoyo a ETA, en Fernández Hernández, A., “Jarrai-Haika-Segi: de asociación ilícita a organización terrorista”, *La ley*, enero 2006, p.95 y ss

Sobre las asociaciones que promueven la **discriminación**, el odio o la violencia contra colectivos y, en general sobre la polémica que rodea a la tutela penal del derecho a no ser discriminado, vid. García-Pablos De Molina, “Asociaciones ilícitas. Discriminación racial”, en Cobo (dir.) *Comentarios a la legislación penal*, T. V, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1985; Rodríguez Ramos, Discriminación punible, *Comentarios a la legislación penal* vol. II, 1985, Lorenzo

Copello, P. "Marco jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos del CGPJ, Madrid, 1996, especialmente p. 269 a 271; Con carácter general y ulteriores referencias, Bernal del Castillo, J., *La discriminación en derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1998, Borja Jiménez, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del derecho penal*, ed. Comares, Granada, 1999. García Álvarez, P., *El derecho penal y la discriminación*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; más recientemente, Rodríguez Yagüe, A.C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2007

En todo caso sobre este particular los trabajos de J. Landa Gorostiza siguen siendo la obra de referencia: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, ed. Comares, Granada, 1999; del mismo, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco, 2000.

Sobre la **ilegalización de partidos** políticos, vid. por todos con ulteriores referencias, la obra de Antonio Fernández Hernández, de cuyas valiosas sugerencias es tributario el epígrafe. Realmente ha sido un privilegio haber podido contar con la opinión de quien se ha convertido por méritos propios en el primer monografista sobre la ley de partidos políticos, materia que constituyó el objeto de la tesis doctoral que defendió en el curso académico 2006-2007 en la Universidad Jaume I obteniendo la máxima calificación. La obra ha aparecido bajo el título *Ley de partidos políticos y derecho penal. Una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008b Del mismo, "La rehabilitación de los partidos políticos judicialmente ilegalizados. A propósito de Batasuna", en González Cussac, J.L. (dir.)/Fernández Hernández (coord.), *Fuerzas armadas y seguridad pública. Consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*, publicaciones Universitat Jaume I, Castellón, 2007a, p. 175 y ss

Sobre **control de la financiación** del terrorismo, lo primero que debo decir es que en realidad la redacción de este epígrafe es tributaria de los debates académicos que sobre el particular he mantenido con mi querida discípula la Dra. Beatriz Larriba. Ella es realmente la que ha estudiado esta cuestión con la profundidad necesaria, de manera que me permito remitir al lector a sus trabajos y por ello me limito a hacer una serie de consideraciones generales sobre la desorientada política criminal que marca el rumbo (¿?) en esta materia.

Vid. con ulteriores referencias, Larriba Hinojar, B., "La lucha contra la financiación del terrorismo en el Marco de la Unión Europea: Cuestiones y Perspectivas", en González Cussac, J.L., (dir), *Fuerzas armadas y seguridad pública: consideraciones en torno al*

*terrorismo y la inmigración*, Castellón 2007; de la misma, “Respuestas legales a la financiación como estrategia de lucha contra el terrorismo”, en prensa

Sobre blanqueo de capitales, con ulteriores referencias: Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 2º ed., Cizur Menor (Navarra) Aranzadi, 2002; Vidales Rodríguez, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; de la misma, *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*, publicaciones del Centro para la Administración de Justicia, Florida International University, 1998

Al epígrafe IV

#### Sobre **libertad religiosa y provocación**

Ferreiro Galgera, J, “La libertad religiosa y la provocación a la violencia de género: el caso del imán de Fuengirola”, *Revista del Poder Judicial*, nº 72, 2003, p. 221 y ss; Jericó Ojer, L., “El caso del imán de Fuengirola: auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?”, *Revista penal*, nº 18, julio 2006, p. 153 y ss; Llanera Conde, P. “El caso del imán de Fuengirola”, *La ley penal*, nº 15, año II, abril 2005, p. 79 y ss. Vid asimismo las obras ya citadas sobre tutela penal de la discriminación

Sobre las corrientes y movimientos de islamismo radical que se citan en el texto, vid.entre otros Labévière, R. *La trastienda del terror*, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, Barcelona, 2004; Jordán, J (Profetas del miedo, EUNSA, Pamplona, 2004), y Gustavo De Arístegui (El islamismo contra el Islam, Ediciones B, Barcelona, 2004).

Al epígrafe V

Sobre los **delitos de naturaleza apologética** y las implicaciones del binomio **libertad de expresión - sistema democrático**, vid. con ulteriores referencias de derecho comparado.

Belloch Julbe, J.A., "Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información - terrorismo: la apología del terrorismo", en *Estudios jurídicos en honor de J.Gabaldón López*, Madrid, 1990, p.31 y ss; Campo Moreno, J. C., “El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o justificación de los delitos terroristas o de sus autores”, en *La Ley*, núm.1, 2001, p. 1751 y ss; Catalá i Bas, A.H., “¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión”, *Cuadernos de derecho público*, nº 14, septiembre-diciembre 2001, 131 y ss; Cuerda Arnau,

M.L."Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, nº 1757, p.5254; de la misma, "El denominado delito de apología del genocidio: consideraciones constitucionales", *Revista del Poder Judicial*, nº 56, 1999, p. 63 y ss; de la misma, "El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión", en Campo Moreno, JC/González Cussac, J.L., *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Colección de Estudios de derecho judicial, nº 128, Madrid, 2007; Del Rosal Blasco, B., "La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995", en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 189 y ss; Feijoo Sánchez, B., "Reflexiones sobre los delitos de genocidio", *La ley*, martes 15 de diciembre de 1998, p. 1 y ss; Lamarca Pérez, C., "Apología: un residuo de incriminación de la disidencia", en *La Ley penal*, nº 28, junio 2006, p. 41 y ss; Mira Benavent, J. "El caso del diario *Egín*: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986", *ADPCP*, 1987, p. 505 y ss; asimismo, Maqueda Abreu, M.L."Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología") *Poder Judicial*, nº 9, 1988, p.9 y ss; Rebollo Vargas R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*, Barcelona, 1992, p. 91 y ss; del mismo, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; Sánchez-Ostiz, P. "La tipificación de conductas de apología del delito y el derecho penal del enemigo", en Cancio/Gómez Jara *Derecho penal..*, op. cit., p. 893 y ss; Silva Sánchez, J., *El nuevo Código penal. Cinco cuestiones fundamentales*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 156; Vives Antón, T.S., "Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión, en L. López Guerra (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001(disponible en la base de datos Tirant on line, TOL 63315); del mismo, "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo, *Estudios penales y criminológicos*, XXV (2005), p. 399 y ss (también en Tirant on line, 2006, TOL 971904)

### Sobre **proporcionalidad, efecto de desaliento y derechos fundamentales**

Vid. Cuerda Arnau, M<sup>a</sup> L., Proporcionalidad y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, en *lustel.com*, *Revista General de Derecho penal*, n.º 8, noviembre 2007

### Sobre **bien jurídico y apología**

Por lo que respecta a la concepción procedimental del bien jurídico de Vives Antón, lo cierto es que el autor la ha expuesto en lugares y momentos muy diversos desde que la pergeñara a finales de los años ochenta y nos la expusiera a quienes tuvimos el honor de poder asistir a sus cursos de doctorado. Ello dificulta concretar la fuente exacta de donde se toman las ideas que se exponen, de las que, sin embargo, me atrevo a asegurar que reflejan fielmente su pensamiento. En todo caso, vid. Vives Antón, T.S, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo, *Estudios penales y criminológicos*, XXV (2005), p. 399 y ss (también en Tirant on line, 2006, TOL 971904); *Fundamentos del sistema penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 484; *Derecho penal. Parte General*, 5º ed. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 317 y ss.

En relación con otras de las cuestiones centrales que sobre este particular se abordan en el texto, resultan de interés algunas de las reflexiones contenidas en la obra coordinada por Hefendehl, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007. Muy especialmente, además de la presentación del Prf. Gimbernat Ordeig (p. 11 ss), las consideraciones que hace T. Hörnle bajo el título “La protección de sentimientos en el StGB” (p. 382 y ss)