

NOTAS SOBRE LA PROPUESTA DE TIPIFICACIÓN DE LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO*

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO

*Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad
Autónoma de Madrid
Letrado del Tribunal Constitucional*

Resumen: Se analiza el Proyecto de Ley Orgánica, aprobado el 16 de noviembre de 2000, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo. Así, se explican los objetivos de esta reforma: agravar las penas por conductas de terrorismo urbano, tipificar de manera específica los desórdenes y altercados en los Plenos municipales para apoyar a los terroristas, incrementar la pena de inhabilitación para los terroristas condenados, tipificar nuevamente la apología, tipificar las conductas de humillación a las víctimas de actos terroristas, o incrementar el plazo de internamiento en régimen cerrado.

Laburpena: 2000ko azaroaren 16an onatutako lege organikoaren proiektua aztertzen da, 1995eko azaroaren 23 datako lege organikoa, kode penala, eraldatzen duena eta baita adingabeen erantzukizun penala erregulatzen duen 5/2000 lege organikoa terrorismoari bideratua. Eraldaketa honen helburuak azaltzen dira terrorismo jokaerak zigor gogorragoz zigortzea, terroristentzat ezgaikuntza zigorrak gogortzea, apologia tipifikatzea, terrorismoaren biktimak direnen aurkako irainak tipifikatzea, edo eta barnerapen zigorren epeak luzatzea.

Résumé: On analyse le Projet de Loi, approuvé le 16 novembre 2000, de modification de la Loi 10/1995, du 23 novembre, du Code pénal, et de la Loi Organique 5/2000, de du 12 janvier, sur la responsabilité pénale des mineurs, par rapport aux infractions de terrorisme. Ainsi, on explique les objectifs de cette réforme: aggraver les peines par des conduites de terrorisme urbain, légiférer de manière spécifique les désordres et les démêlés dans les Séances plénières municipales pour soutenir aux terroristes, d'augmenter la peine de déclaration d'inhabilité pour les terroristes condamnés, légiférer l'apologie et les conduites d'humiliation aux victimes d'actes terroristes, ou d'augmenter le délai d'internement en régime fermé.

Summary: The Project of the Law passed on 16 November 2000, about the modification of the Law 10/1995, of 23 November, about the penal Code, and the Law 5/2000, of 12 January, that regulates the criminal responsibility of the minors, in relation to terrorism crimes is analyzed. Thus, the objectives of this reform are explained: to aggravate the penalties because of conducts of urban terrorism, to legislate specifically the riots and quarrels to support the terrorists in the municipal Plenary sessions, to increase the disqualification penalty for the sentenced terrorists, to legislate the apology and the conducts of humiliating terrorism victims, or to increase the time of confinement in closed regime.

Palabras clave: Derecho penal, Ley penal del Menor, menores, delitos, delitos de terrorismo.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide penala, adingabeen zuzenbide penala, adingabeak, delituak, terrorismo delituak.

Mots clef: Droit pénal, Droit pénal des mineurs, mineurs, délits, délits de terrorisme.

Key words: Penal Law, penal Law of minors, minors, crimes, terrorism crimes.

* Texto de la conferencia pronunciada en la Academia de Policía del País Vasco, en Arkaute el 30 de noviembre de 2000.

El Gobierno de la Nación ha remitido al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley por el que se pretende, una vez más, afrontar los comportamientos terroristas que buscan, como señala la Exposición de Motivos, “evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad ganando espacios de libertad frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano o, en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que se desarrolle con normalidad la convivencia democrática y que la propia sociedad se fortalezca e imponga dicha convivencia, erradicando las graves e ilegítimas conductas que la perturban”.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del pasado 16 de noviembre de 2000, rechazó las 3 enmiendas a la totalidad formuladas por los Grupos Parlamentarios de PNV, IU y el Mixto (excepto los integrantes del Partido Andalucista) formuladas contra el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo. El Proyecto fue respaldado por 255 votos a favor (de los Grupos Parlamentarios de PP y de PSOE, CIU y CC, estos tres últimos con matices) y 14 en contra, pertenecientes a los Grupos que plantearon las enmiendas a la totalidad. Comienza así la andadura parlamentaria de este Proyecto de Ley en el Congreso, que ahora ha de pasar a informe de la Ponencia y a discusión en Comisión antes de volver al Pleno. Posteriormente deberá ser enviado al Senado para su ulterior tramitación**.

En dicho Proyecto de Ley se modifican los artículos 266, 346, 351, 504, 505, 551, 577, 578 y 579 del vigente Código Penal. Así mismo, se introduce una modificación del artículo 9 y se incorpora una disposición adicional (la cuarta) en la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (L.O. 5/2000, de 12 de enero), que aún no ha entrado en vigor.

Los artículos 266, 346 y 351 son modificaciones encaminadas a agravar los delitos de daños causados por incendio, explosión o con riesgo para las personas. Los artículos 504 y 505 tienden a un reforzamiento de la protección de los miembros de las Corporaciones Locales y de la celebración de los Plenos de tales Corporaciones, introduciendo el artículo 579 como pena principal la de inhabilitación absoluta para quienes resulten condenados por delitos de terrorismo; la nueva redacción del artículo 577 contempla el fenómeno del llamado “terrorismo urbano”, y, en fin, el nuevo tipo penal que se contempla en el artículo 578, que la Exposición de motivos del Proyecto denomina de “*exaltación del terrorismo*”, trata de perseguir las conductas de apología de los delitos de terrorismo o de sus autores, así como de aquellos actos que entrañen descrédito o humillación de las víctimas o familiares de tales delitos.

Con ello se vuelve a tiempos pretéritos y se continúa una directriz político-criminal iniciada tímidamente con la L. O. 2/1998, de 15 de junio, al introducir en el nuevo Código Penal un novedoso número 2 en el artículo 170 por el que se castiga lo que

** El texto definitivamente aprobado (Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre) fue publicado en el BOE núm. 307, de 23 de diciembre).

BARQUÍN y OLMEDO denominan delito de “petición pública” de acciones terroristas, tipificando de manera expresa comportamientos cercanos a la apología¹. La Exposición de Motivos de dicha Ley justificaba la introducción del nuevo precepto señalando que se hacía para “cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (que no se aplican a las genéricas o de sujeto pasivo indeterminado) y la apología (que, en la concepción del Código Penal de 1995 sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico) de inexcusable atención”.

En la actualidad, el Código Penal contempla la apología en el artículo 18, con carácter general y dentro de los llamados actos preparatorios punibles, y en el art. 607.2, referida específicamente a los delitos de genocidio.

El artículo 18, en su párrafo segundo, define la apología de delitos con estos términos: “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”. Añadiendo a continuación que “La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”. Tal definición es muy similar a la contenida en el artículo 18.2 del Proyecto de Código Penal de 1994 y en los artículos 137 bis b) y 165 ter. 2 del Código Penal anterior, artículos introducidos por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, mediante la que se tipificó la apología de los delitos de genocidio.

Como señala RODRIGUEZ MOURULLO², se ofrece una definición auténtica de lo que ha de entenderse por apología, pero a renglón seguido priva a la misma de sustantividad propia al establecer que “sólo será delictiva como forma de provocación”; como tal figura jurídico-penal, la apología así constituida se desvirtúa hasta el punto de anularse en su autónoma significación y subsumirse en la figura del acto preparatorio de la provocación por la que se lleva a cabo la directa incitación a la perpetración del delito³. Se incorpora así con carácter general un concepto de apología que, sin embargo, ciñe su relevancia penal a los casos en que pueda hablarse de una auténtica incitación a delinquir, como apunta MUÑOZ CONDE⁴. La inclusión dentro de la provocación a la apología puede verse como una ampliación de ese concepto⁵.

1. Vid. Jesús BARQUÍN SANZ y Miguel OLMEDO CARDENETE, en *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, tomo I, Ed. Edersa, Madrid 1999, págs. 947 y 949.

2. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid 1997, pág. 83.

3. Cfr. Miguel POLAINO NAVARRETE, *Apología y encubrimiento del terrorismo*, en “La criminalidad organizada ante la Justicia”, Univ. de Sevilla, 1996, pág. 43, que, en la página siguiente, llega a tildar el precepto de “*nulla* jurídico-penal”. También Jesús BARQUÍN SANZ y Miguel OLMEDO CARDENETE, en *Comentarios al Código Penal*, cit. pág. 950, señala que la pretendida punición genérica de la apología como forma de provocación “se queda en *flatus vocis*, en una frase hueca y carente de contenido jurídico”.

4. Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 504.

5. Como indica Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Ed. PPU, Barcelona 1998, pág. 331.

El nuevo texto que se pretende incorporar en el artículo 578 reza así: “*El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*”.

Como puede comprobarse nos encontramos ante un tipo mixto alternativo: por un lado, se castiga el enaltecer o justificar los delitos terroristas o a sus autores, y por otro, el menospreciar o humillar a las víctimas de tales actos o a sus parientes.

En el texto que se propone ya no se trata de exponer ideas o doctrinas sino de “enaltecer o justificar” públicamente los delitos cometidos por terroristas (o de menospreciar o humillar a las víctimas o familiares de los delitos de terrorismo). Por *enaltecer*, sinónimo de ensalzar, exaltar o elogiar, hay que entender todo acto que realce el mérito o circunstancias de algo o de alguien con demasiado encarecimiento, alabando sus cualidades; mientras que *justificar* viene a ser como santificar o probar la bondad de una persona o de una cosa, haciéndolas así justas. Por *descrédito* hay que interpretar la pérdida de la reputación de las personas o la discriminación del valor y estima de las cosas; por *menosprecio*, sinónimo de desprecio o desdén, cabe interpretar tener a otra persona en menos de lo que se merece y, en fin, por *humillación* hay que entender toda acción y efecto de abatir el orgullo y altivez de una persona. El primer inciso del nuevo art. 578 encuentra un cierto paralelismo con el artículo 268 del Código Penal anterior.

Como precedentes legales del art. 268, Diego MOSQUETE⁶ citaba la Ley de 10 de julio de 1884, en cuyo art. 7 se penaba con prisión correccional “la apología de los delitos o de los delincuentes penados por esta Ley”, que integraba los hechos vandálicos de actos terroristas o propaganda anarquista, y la Ley de 2 de septiembre de 1896 que agravaba las penas.

El Código de 1928 castigaba en su art. 315 a los que “hicieran públicamente la apología de los delitos penados en el Código y en las leyes especiales o la de las personas responsables de ellos” con la pena de dos meses y un día a seis meses de prisión y multa de mil a cinco mil pesetas, castigando expresamente en el art. 561, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, la apología de los delitos cometidos por medio de explosivos y de los responsables de ellos, con la pena de seis meses a seis años de reclusión⁷. El Código de 1932 relega nuevamente al ámbito de las faltas, núm. 4 del art. 561, la apología de acciones calificadas por la Ley de delito si se hacía por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación.

El precedente inmediato del art. 268 del Código Penal (Texto Refundido de 1973), en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, que modificó lo relativo a los delitos contra la libertad de expresión,

6. Cfr. *El delito de apología*, en Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, núm. 10, enero de 1946, págs. 14 y ss.

7. Un concepto distinto y amplio de la apología se encuentra en la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931 que imponía sanciones a los autores de la “apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación y el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos a uno u otras” (art. 1º, apartado VI).

reunión y manifestación, hemos de buscarlo en el art. 3º de la Ley de Terrorismo y Explosivos de 11 de octubre de 1934 que castiga al “que, sin inducir directamente a otro a ejecutar el delito castigado en el art. 1º, provocare públicamente a cometerlo o hiciere la apología de esta infracción”, con lo que se anticipaba, a juicio de MANZANARES, el parentesco que algunos autores pretenden encontrar entre la apología, la inducción y la provocación⁸. Esta Ley fue modificada por la de 20 de junio de 1935, y en los arts. 15 y 20 de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941; de ahí, como indicara QUINTANO RIPOLLÉS, que el núm. 11 del art. 2º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, enumerase expresamente la posibilidad de declarar peligroso social a los individuos que incitasen o hicieren la apología de los delitos de terrorismo o de atraco, número adicionado a los diez originarios por la Ley de 23 de noviembre de 1935⁹.

Tan inherente es la modalidad de apología a la delincuencia terrorista que llegó a consignarse, no sólo en las más antiguas leyes de represión de la anarquía, sino en el art. 3 del Proyecto de Convenio Internacional sobre el terrorismo, redactada en la Conferencia para la unificación del Derecho Penal que convocó la Asociación Internacional de Derecho Penal en Madrid de 14 al 20 de octubre de 1933. Téngase presente que la punición de la apología siempre ha estado en íntima relación con la protección de la seguridad interior del Estado, convirtiéndose en un “auténtico termómetro que mide el calor de las convicciones liberales”, como señalara JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁰.

Como ya se ha dicho, el Código Penal de 1995 define la apología en el art. 18 del Código Penal. Con independencia de la definición que “a los efectos de este Código” ahí se contiene, por apología ha de entenderse todo “discurso de palabra o por escrito en defensa o alabanza de personas o cosas”¹¹, lo que en términos jurídicos será todo escrito o expresión de tipo laudatorio vertido sobre acciones calificadas por la Ley Penal como delito o sobre sus autores. La Fiscalía del Tribunal Supremo, en Circular de 13 de agosto de 1897, refiriéndose a los delitos cometidos por medio de explosivos, definía la apología diciendo que consiste “no sólo en presentar el hecho criminal como laudable y como meritoria la conducta del que lo ejecuta, sino disminuir la enormidad de los delitos, presentando a sus autores con caracteres que tiendan a hacerlos simpáticos y a disminuir el horror que sus inhumanos atentados deben inspirar”.

Con posterioridad, la Circular 3/1975, de 25 de septiembre, dictada por la Fiscalía del Tribunal Supremo al objeto de interpretar las normas sustantivas, procesales y administrativas encaminadas a la prevención del terrorismo contenidas en el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, indicaba que la apología “consiste en una manifes-

8. Cfr. José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Madrid 1982, pág. 160.

9. Cfr. Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo IV, coordinado por Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid 1967, pág. 79.

10. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 2ª ed., Ed. Losada, Buenos Aires 1954, pág. 502, expresión que han recogido, entre otros autores, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 331, y Juan Carlos CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 70.

11. *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo II, Barcelona 1910, pág. 887.

tación del pensamiento con la cual se aprueba, se alaba o se exalta un hecho previsto por la Ley como delito o a sus autores. Por consiguiente, cuando resulte claro que en una determinada conducta resplandece una verdadera defensa de hechos típicos, su alabanza o la aprobación expresa o implícita de los mismos no habrá dudas de su anti-juricidad general y ello, aunque no medie una evocación exaltadora del hecho criminoso ni la glorificación de sus autores”¹².

Tanto el Proyecto del Código Penal de 1980 como la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, ofrecían ya en el articulado del futuro Código una definición de la apología. Así, el art. 23 del Proyecto definía que “la apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas tendentes a considerar como encomiables hechos que son constitutivos de delitos, de preconizar su ejecución o a enaltecer a sus autores”; a esta definición ofreció un texto alternativo la Enmienda núm. 274, del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, con un contenido similar, pero suprimiendo la modalidad de “preconizar su ejecución”¹³. Coherentemente con el obtenido de dicha enmienda, en el art. 19.4 de la Propuesta se sustituye dicha modalidad por la de “fomentar su ejecución”.

Esto es lo que se castigaba en el art. 268 del Código Penal anterior, siempre que se hiciera de modo público. La simple aprobación, calificar o admitir algo como bueno, mientras no contenga alabanza o argumentos defensores del hecho, no era punible, y así lo reconoció nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de enero de 1969; la apología de carácter privado es igualmente atípica. Parece claro, pues, que el elemento comisivo típico es la **publicidad**¹⁴, sobre el que el art. 268 no aportaba concreción alguna, salvo la de equivalerse la forma oral a la escrita, que podía ser interpretada conforme a las pautas marcadas en el entonces art. 463 para los supuestos de publicidad en la calumnia y la injuria¹⁵.

De la exigencia de este resultado de publicidad se desprende la imposibilidad de estimar en la figura la circunstancia cuarta del art. 10 (“realizar el delito por medio de

12. *Memoria elevada al Gobierno Nacional por el Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid 1976, pág. 345.

13. Sobre las tres modalidades en que podía realizarse la apología, según la definición transcrita, vid. Luis GONZÁLEZ GUTIÁN, *Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el Proyecto de 1980*, en *Estudios penales y Criminológicos*, IV, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, págs. 301 y ss. Para dicho autor, la introducción de la modalidad de “preconizar su ejecución” no parecía afortunada ya que llevaría a hacer mucho más borrosos los límites entre apología y provocación para delinquir; en idéntico sentido, Félix HERNÁNDEZ GIL, *La apología delictiva*, en *La Ley*, 1981, pág. 906, y Enrique ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, 1982, pág. 510; en contra, Luis ARROYO ZAPATERO, *La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 15, 1981, pág. 394 y nota 40.

14. En este sentido se ha dicho que “no debe castigarse más apología que la cometida a través de los medios de comunicación social”, cfr. Juan Carlos CARBONELL MATEU, *Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado*, en *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo II, Ed. Edersa, Madrid 1983, pág. 242.

15. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, tomo IV, cit., pág. 81. Diego MOSQUETE escribía que “el uso de los grandes medios de divulgación, aprovechándose de los mismos para aumentar el daño o la trascendencia del delito, justifican la procedencia y el castigo de la apología para evitar sugerencias y malos ejemplos”, cfr. *El delito de apología*, cit., pág. 18.

la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite la publicidad”), ya que, como indicara CÓRDOBA, “en todos aquellos casos en los que la publicidad haya sido configurada como elemento constitutivo o cualificativo de una determinada figura legal”, y no cabe duda que el art. 268 era una de ellas, “no cabrá estimar a la vez la utilización del medio publicitario como causa genérica de agravación, por muy lesivo que el mismo haya podido resultar en el caso concreto”¹⁶; además, la publicidad constituye una cualidad intrínseca de muchos fenómenos jurídicos que, en ocasiones, son jurídicos precisamente porque son públicos, como señala LAMARCA¹⁷.

En cuanto a la **naturaleza** de la apología, para algunos autores, la apología de delitos o de delincuentes es una forma atenuada de inducción, equivaliendo a elogio o panegírico¹⁸. Con mayor precaución, JIMÉNEZ DE ASÚA, sin duda teniendo presente la opinión de parte de la doctrina italiana, que la considera una forma de instigación indirecta, sólo llega a decir que la apología, “acaso pudiera considerarse como una forma pública e indirecta de proponer o instigar a un delito, que asume en algunos Códigos iberoamericanos el rango de una infracción *per se*”¹⁹. Por otro lado, QUINTANO RIPOLLÉS opinaba que la punición de la apología ha de ser posterior a la comisión del hecho, pues, si no, “pudiera determinar inducción o provocación”²⁰.

La Fiscalía del Tribunal Supremo en su Circular 3/1975, ya citada, indicaba que “es esencial a la apología una *voluntad post delictum* emitida públicamente y de tal intensidad que sea potencialmente hábil para determinar la comisión de delitos análogos a aquél cuya apología se hace”²¹. Para evitar una posible confusión entre instigación y apología, al enfocar ésta hacia el futuro, indicaba GONZÁLEZ GUITIÁN que la apología “es una conducta en defensa del hecho punible ejecutado, gravita sobre un hecho que pertenece ya al pasado y que la intención del autor es exclusivamente el elogio o defensa de este hecho”²².

16. Cfr. Juan CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I (Córdoba-Rodríguez Mourullo), Ed. Ariel, Barcelona 1976, reimpresión de la 1ª ed. de 1972), pág. 577.

17. Carmen LAMARCA PÉREZ, *Sobre la posible supresión de la agravante genérica de publicidad*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, pág. 359.

18. Así, por ejemplo y entre otros, Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, vol. II, 17ª ed., Barcelona 1975, pág. 657.

19. Cfr. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, 2ª ed., Ed. Losada, Buenos Aires 1977, pág. 291.

20. Cfr. *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. puesta al día por Enrique Gimbernat, Madrid 1966, pág. 606. El propio QUINTANO la consideró una forma de cooperación ideal *ex post facto*, cfr. *Tratado*, cit., pág. 80. Esta interpretación ha sido rechazada por María Luisa CUERDA-ARNAU, pues dice que la simple solidaridad con el autor o con la conducta realizada carece por *sí misma* de entidad bastante para fundamentar el castigo, cfr. *Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología*, en *Boletín del Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1757, 5 de octubre de 1995, pág. 102.

21. Vid. *Memoria*, cit., pág. 345.

22. Cfr. *Algunas consideraciones*, cit., pág. 296. En sentido parecido, Félix HERNÁNDEZ GIL afirmaba que “la naturaleza del delito de apología no se traduce en los actos de invitar o de instigar, que supondrían un *prius* cronológico del delito, porque la instigación lo es para el delito que se proyecta; la apología presupone determinados delitos ya perfectos; no se materializa en una tendencia, vocación o llamamiento a un delito... La inducción es un comportamiento que precede al acto antijurídico; la apología es, esencialmente, un acto *post delictum*, cfr. *La apología delictiva*, cit., pág. 902”.

Sin embargo, no faltaron opiniones en la doctrina que señalaran que la apología del delito es un “aspecto especialísimo de la provocación a delinquir”²³, “una forma de provocación”²⁴, “una especie del género provocación”²⁵ y la propia Fiscalía del Tribunal Supremo llega a considerarla como “una provocación indirecta y abstracta”. Como se ve, esta interpretación acerca la figura de la apología a la de la provocación pero, como puso de manifiesto ARROYO ZAPATERO, no se identifica con ella, “la diferencia entre ambas radicaría en que en la provocación, la argumentación del autor representa una incitación directa a la comisión del delito y en la apología esa incitación es de carácter indirecto”²⁶. Además, como explicó RODRÍGUEZ MOURULLO, la apología entraña una determinada estructura discursiva tendente a ganar adeptos. Es, por tanto, una forma de incitación al delito muchos más sutil que la provocación. En efecto, ésta no presupone en absoluto la estructura discursiva propia de la apología²⁷. En definitiva, sólo puede hallarse una relación entre apología y provocación si la situamos en momentos distintos; esto es, la apología de un hecho consumado puede configurarse como provocación indirecta y abstracta de eventuales hechos futuros; más no se castiga por ser una presunta provocación, sino por la alabanza o exaltación del hecho delictivo previo, “la mera apología del hecho antecedente está desligada de la presunta provocación de un delito subsiguiente”²⁸. Por otra parte, la diferencia entre la provocación y la apología respecto de la inducción radica, además de en la exigencia de que ésta sea eficaz, en la naturaleza de los destinatarios, concreto y determinado en la inducción, y plural en las dos primeras.

Probablemente por estas posibles similitudes, la apología del delito aparecía en el Proyecto del Código Penal de 1980 al lado de la conspiración, proposición y provocación para delinquir, en el art. 22, formando parte del Capítulo II que llevaba la rúbrica “del grado de ejecución”, lo que llevó a GONZÁLEZ GUTIÁN a decir que “poco a poco y siempre en silencio, esta conducta ha pasado a ser un grado de ejecución del delito”²⁹. En este mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, ponente general de la Ponencia nombrada en el seno de la Comisión General de Codificación para redactar el Proyecto, explica que “si el Proyecto trae la apología a este lugar es porque estimó conveniente, en vez de tipificarlo como infracción punible autónoma tal como hace el Código Penal vigente en los arts. 268 y 566.4º, someterla al mismo régimen y trata-

23. Así, Diego MOSQUETE, *El delito de apología*, cit., pág. 16.

24. Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 725, los cuales siguen manteniendo, ahora con mayor razón, que “ha de reunir todos sus requisitos (los de la provocación) y no merece una consideración independiente”.

25. Cfr. Juan Carlos CARBONELL MATEU, *Apología de los delitos contra la seguridad del Estado*, cit., pág. 242.

26. Cfr. *La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo*, cit., pág. 394. No obstante, esta consideración no contempla la posibilidad de que la incitación constitutiva de la provocación no precisa ser directa, vid. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I (Córdoba-R. Mourullo), cit., pág. 182.

27. Cfr. *Las fases de ejecución del delito*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. extraordinario (El Proyecto de Código Penal), Barcelona 1980, págs. 9-10.

28. Cfr. Félix HERNÁNDEZ GIL, *La apología delictiva*, cit., pág. 202.

29. Cfr. *Algunas consideraciones*, cit., pág. 284.

miento penal dispensado a la conspiración, proposición y provocación para delinquir y porque guarda cierto parentesco con esta última”³⁰.

En esta misma dirección el Proyecto del Código Penal de 1980 tipificaba la apología del terrorismo en el art. 632, siguiendo el criterio limitativo de castigar los actos preparatorios, así como la conspiración, proposición y provocación para delinquir (y la apología del delito) sólo en los casos previstos por la Ley.

Esta orientación se vería después plenamente confirmada por la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983. Los arts. 18 y 19 de dicha Propuesta recogen esta misma línea de mantener la apología en el ámbito del Capítulo II (del grado de ejecución del delito) y aportar un concepto de apología prácticamente idéntico al del Proyecto de 1980. El único cambio introducido en el concepto de apología que ofrecía la Propuesta fue el de la sustitución de la frase “tendientes a preconizar su ejecución” por la de “tendientes a fomentar su ejecución”³¹.

Esta nueva redacción procede claramente de la Enmienda núm. 274 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso que indicaba en su motivación, al ofrecer una redacción alternativa al párrafo 4 del art. 23 del proyecto de 1980, que “se suprime la expresión preconizar su ejecución, pues la conducta a que se hace referencia constituye, bien proposición o bien provocación”. Con el nuevo texto, desde luego, también se conseguía separar algo más la apología de la provocación, a costa, naturalmente, de aceptar toda ambigüedad que caracteriza a la apología desde este punto de vista³².

En definitiva, la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 continuó en la línea de incorporar la apología a la parte general del Código Penal, “como un nuevo escalón dentro del grado de ejecución del delito, sometida al mismo régimen que la conspiración, proposición y provocación para delinquir, aunque en parte distanciado de estos actos preparatorios por medio de ese ambiguo, “así como” que no ayuda precisamente a concretar la exacta naturaleza que adquiere la apología del delito en la reforma penal en curso”, como indicara GONZÁLEZ GUTIÁN³³.

De acuerdo con idéntica directriz de que la conspiración, proposición y provocación para delinquir, y la apología, sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley, la Propuesta, en su art. 495.1 (dentro de la sección referida a los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos), indicaba que: “La conspiración, la proposición, la provocación, la apología oral o escrita o por medio de algún procedimiento de difusión, así como cualquier acto preparatorio destinado a facilitar la comisión de los

30. Cfr. *Las fases de ejecución*, cit., pág. 9. Vid. también, Bernardo DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid 1986, págs. 181 y ss.

31. El art. 19.4 de la Propuesta decía “La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas tendentes a considerar como encomiables hechos que son constitutivos de delito, a fomentar su ejecución o a enaltecer a sus autores”, que, como se ve, guarda un evidente paralelismo con la definición contenida en el art. 18 del Código de 1995.

32. Vid. Luis GONZÁLEZ GUTIÁN, *La apología en la reforma penal*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, monográfico 6 (V Jornadas de Profesores de Derecho Penal), 1983, págs. 394-396.

33. Cfr. *Ibidem*, pág. 394. Vid., también, Carmen LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., págs. 294-295.

delitos previstos en esta Sección, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondiere, respectivamente, a los delitos previstos en los artículos anteriores”³⁴.

Hecho este breve “excurso” sobre algunos antecedentes de la apología delictiva y el contenido del artículo 268 del Código Penal anterior³⁵ (artículo que tuvo que convivir durante algún tiempo con el art. 216 bis a), introducido en el Código Penal por la L.O. 2/1981, de 4 de mayo, y con el art. 10.1 de la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución. Tal situación planteó no pocos problemas de concursos de normas y de penalidad)³⁶, veamos ahora el panorama desde el prisma del artículo 18 del Código penal de 1995 y la posible inclusión en él del nuevo texto proyectado para el artículo 578.

Como ya se ha dicho, el artículo 18 del Código Penal de 1995 sigue estas mismas directrices, al igual que lo hacía el Proyecto de 1994. Ya pusieron de manifiesto MAQUEDA³⁷ y, posteriormente, SILVA³⁸ en nuestra doctrina, que la punición de la apología sólo puede fundamentarse de tres maneras: *retrospectiva*, como comportamiento postdelictivo en conexión con el delito cometido; *actual*, como comportamiento que reafirma el delito, y *prospectiva*, como acto preparatorio de futuros delitos. De estos tres modelos, entiende SILVA³⁹ que la fundamentación de la sanción de la apología en el nuevo Código Penal parece tender al último, como también señaló posteriormente MANZANARES⁴⁰.

Para SILVA y otros autores⁴¹, en definitiva, si la apología del artículo 18 no viene a ser más que una pura modalidad de la provocación, ¿por qué proceder a definirla?, salvo que el legislador haya utilizado tal procedimiento a modo de recordatorio de que la provocación también puede cometerse en forma de apología, tal y como se define

34. Vid. Ángel DE SOLA DUEÑAS, *Delito de terrorismo y tenencia de explosivos*, en Documentación Jurídica, núms. 37-40, 1983, vol. 2, págs. 526 y ss.

35. Vid. ampliamente, Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *La apología específica del artículo 268*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 32, 1987, págs. 289 y ss.

36. Vid. DÍAZ-MAROTO, *La apología específica*, cit., págs. 301-304. Vid. también, FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, *Algunas observaciones sobre el art. 216 bis a) del Código Penal*, en La Ley, núm. 903, 27 de marzo de 1984, pág. 2.

37. Vid. *Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología*, en Poder Judicial, núm. 9, marzo de 1988, págs. 19 y ss.

38. Vid. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *La regulación del iter criminis* (arts. 16-18), en “El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales”, José María Bosch Editor, Barcelona 1997, pág. 154.

39. Cfr. *Ibidem*.

40. José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *La apología delictiva*, en Actualidad Penal, núm. 34, 1997, pág. 761.

41. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Cinco cuestiones*, cit., pág. 155; MANZANARES SAMANIEGO, *La apología*, cit., pág. 760; DEL ROSAL BLASCO, *La apología delictiva*, cit., pág. 212; CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios*, cit., pág. 93.

en el texto legal. O, si se quiere, como apunta MORALES, la Ley no persigue otra cosa que ampliar el concepto de provocación extendiéndolo a la provocación indirecta,... el limitado propósito de buscar un “efecto simbólico”, no justifica la necesidad de incluir una figura que, inevitablemente guarda resabios de intervencionismo en la libertad de expresión y opinión⁴². El posible acierto de la fórmula empleada podría residir, como apunta MUÑOZ CONDE, en garantizar la eliminación del ámbito típico de la simple exteriorización de opiniones o las peticiones de adhesión ideológica que, si bien social, política o institucionalmente pudieran considerarse dignas de reproche, no se hacen merecedoras de sanción penal por no suponer una forma de incitación directa al delito⁴³.

En todo caso, como señala Bernardo DEL ROSAL⁴⁴, se siguen sin comprender bien los motivos de este nuevo empeño en regular una figura que, prácticamente, no ha desempeñado ninguna función político-criminal en el ámbito de la aplicación real de nuestra legislación penal. Apuntaba al respecto BELLOCH⁴⁵, tras hacer un exhaustivo repaso a la jurisprudencia, que “ciento cuarenta años de historia, una veintena de textos legales, una docena escasa de sentencias del Tribunal Supremo referidas al delito de apología del terrorismo, y dos sentencias del Tribunal Constitucional, ... (son un) balance pobre, ciertamente”.

Ya en la doctrina se había señalado que “la dramática persistencia del terrorismo etarra pone a prueba la capacidad de conjugar la profunda indignación que suscita con la necesaria serenidad en la respuesta que el Derecho penal puede ofrecer”⁴⁶, y que “esta materia resulta un ejemplo típico de la llamada huida al Derecho Penal”⁴⁷.

Ello, además, nos adentra en otra cuestión referida a que la apología, manifestación de lo que PRATS llama “acto preparatorio impropio” (la provocación) y “de contornos muy imprecisos y siempre en conflicto con derechos de rango constitucional, como es la libertad de expresión y de información”⁴⁸, es vista con recelo, precisa-

42. Cfr. Fermín MORALES PRATS, en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dirigidos por Gonzalo Quintero Olivares y coordinados por José Manuel Valle Muñiz), Ed. Aranzadi, Pamplona 1996, pág. 126.

43. Cfr. *Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 504. También Carlos M^a LANDECHO VELASCO y Concepción MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 5^a ed., Ed. Tecnos, Madrid 1996, pág. 435, tras señalar que el núm. 2 del art. 18 CP es totalmente prescindible, indican que “Parece que la única motivación del legislador a la hora de introducir una pretendida regulación de la apología, es el deseo de que el término apología apareciera recogido de manera expresa en el Código Penal”.

44. Vid. Bernardo DEL ROSAL BLASCO, *La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995*, en *Estudios de Derecho Judicial*, (Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte General), 2, 1996, págs. 210 y ss.

45. Vid. Juan Alberto BELLOCH JULBE, *Contemplación jurisprudencial sobre el binomio de libertad de información-terrorismo: la “apología” del terrorismo*, en “Estudios Jurídicos en honor de José Gabaldón López”, Ed. Trivium, Madrid 1990, pág. 36.

46. Así, Adela ASÚA BATARRITA, *Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos*, en *La Ley*, 1998, pág. 1644.

47. Cfr. LANDECHO-MOLINA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit, pág. 435.

48. Cfr. José Miguel PRATS CANUT, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dirigidos por Gonzalo Quintero Olivares y coordinados por Fermín Morales Prats), 2^a ed., Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 1632.

mente, por su posible colisión con los derechos contemplados en el artículo 20 de la Constitución Española. Decía MAQUEDA que si lo que más puede imputarse a la apología es su “capacidad objetiva de generar adhesiones”, castigar en razón de ello supone un avance peligroso del control jurídico penal en detrimento del ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁴⁹. De ahí que el nuevo Código Penal en su artículo 18 restringe la relevancia penal de la apología a aquélla que por su naturaleza y circunstancias “constituye una incitación directa a cometer un delito”, pues, de no ser así, por ejemplo, el art. 607.2 limitaría en exceso la libertad de expresión y podría incluso, a juicio de MUÑOZ CONDE, ser anticonstitucional⁵⁰.

Precisamente, señalaba BACIGALUPO que, aun cuando con su inclusión en el art. 18 la apología había quedado prácticamente despenalizada, y con ello se resolvían los problemas que la figura había generado en relación al derecho a la libertad de expresión, debería haberse mantenido un tipo penal consistente en la simple apología de los delitos violentos que puedan tener como víctimas a las personas; aseverando que, en tales casos, la libertad de expresión puede ser limitada sin riesgo de vulnerar el artículo 20 de la CE, dado que, considerando la importancia de los bienes jurídicos en juego no se afectaría “el contenido esencial del derecho fundamental”, en consonancia con el artículo 53.1 de la CE⁵¹.

Con razón, indicaba FEIJÓO, al referirse a la figura que él califica de “mal denominada apología del genocidio” del artículo 607.2 del Código Penal, que “es peligrosísimo relativizar las libertades de expresión y de opinión en función del contenido de las expresiones u opiniones. Además, algunas ideas son claramente tan irracionales que carecen de toda capacidad para perturbar de alguna manera a la sociedad. Y si se lesionan bienes jurídicos como el honor o tienen un carácter provocador con respecto a la comisión de delitos ya tenemos tipos penales que castigan esos tipos de conducta”⁵². Pues bien, algo parecido cabe decir, al menos, del segundo inciso del texto que se propone para el nuevo artículo 578 del Código Penal.

49. Cfr. María Luisa MAQUEDA ABREU, *Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología*, en Poder Judicial, núm. 9, marzo de 1988, pág. 27.

50. Cfr. Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 726.

51. Cfr. Enrique BACIGALUPO ZAPATER, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Ed. Trivium, Madrid 1997, tomo I, pág. 560.

52. Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, *Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)*, en La Ley, núm. 4693, 15 de diciembre de 1998, pág. 12. Vid. también, Justa GÓMEZ NAVAJAS, *Apología del genocidio y provocación a la discriminación* en el Código Penal de 1995, en La Ley, núm. 4790, de 6 de mayo de 1999, págs. 1-10.

Por providencia de 31 de octubre de 2000, el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5152/2000, planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en relación con el art. 607.2 del Código Penal, por presunta vulneración del derecho a la libertad de expresión contemplado en el artículo 20.1 CE. Vid. también, Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, *Aplastar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el art. 607.2 del Código Penal*, en la Revista General de Derecho, núm. 664-665, enero-febrero de 2000, págs. 99-116.

En este inciso se pretende castigar con la misma pena que la apología de actos terroristas (pena de prisión de 1 a 2 años) a quienes realicen actos “que entrañen desdén, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”. Ahora bien, no hay que olvidar que “el sufrimiento añadido que causa a las víctimas y a la sociedad en general la constatación de apoyos ideológicos al terrorismo, no debe llevarnos a confundir los planos de valoración jurídica de los hechos. Determinados comunicados reivindicativos de asesinatos o secuestros afectan al honor y dignidad de las víctimas, y por ello habrán de tratarse conforme a los preceptos que tutelan estos bienes jurídicos, de la misma forma, el contenido amenazante de ciertas manifestaciones debe ubicarse en el campo de los delitos contra la libertad”, como indica Adela ASÚA⁵³.

Vuelve, pues, a plantearse una vez más el binomio apología *versus* libertad de expresión. Antes de analizar cómo ha sido resuelta tal confrontación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, veamos sucintamente cómo entiende el TC los derechos a la libertad de información y de expresión.

De las posibles situaciones de conflicto entre el ejercicio de derechos fundamentales y determinadas actuaciones o infracciones penales, revisten una especial relevancia, tanto cuantitativa como cualitativamente, en un Estado Social y Democrático de Derecho, aquellas que se producen como consecuencia del ejercicio de las *libertades de información y de expresión*. En el ejercicio de estas libertades de información y de expresión, sus titulares pueden incidir en el honor o en la intimidad de las personas que resulten afectadas por la información o por la opinión publicada, generándose entonces un conflicto entre las libertades de información y de expresión con los derechos al honor o a la intimidad, así como, en última instancia, con las figuras delictivas que en el ámbito penal tienden a proteger los derechos al honor o a la intimidad, esto es, entre otras, la calumnia y la injuria.

El cauce tradicional que habían seguido los órganos jurisdiccionales españoles para resolver los conflictos entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad había sido el de constatar si en el ejercicio de aquellas libertades su titular lo hacía o no con el denominado *animus injuriandi*, atendiendo, pues, a la voluntad e intención del sujeto autor de la información u opinión. De este modo, cuando el propósito último del autor de la información o de la opinión no era el de dañar el honor ajeno, sino el de informar, bromear, ejercer el derecho de crítica, etc., ello determinaba su impunidad. Se fue acuñando así en la doctrina jurisprudencial una serie de ánimos excluyentes de la responsabilidad penal como el *animus informandi*, *narrandi*, *criticandi* o *corrighendi*, cuya consecuencia determinaba la impunidad del autor, aunque las manifestaciones efectuadas fueran objetivamente lesivas para el honor o la intimidad (Vid., por ejemplo, las SSTC 51/1989 y 20/1990).

Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama, al honor y a la intimidad de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información y la eficacia irradiante que ostenta han matizado la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la

53. Cfr. *Apología del terrorismo y colaboración con banda armada*, cit., pág. 1644.

conducta que incide en aquellos derechos haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades. Y ello entraña que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión al derecho al honor o a la intimidad penalmente sancionable, sino en determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuricidad; ello sólo se producirá, lógicamente, si el ejercicio de esas libertades se ha llevado a cabo dentro del ámbito delimitado por la Constitución y, más aún, si su finalidad tiende a crear y formar una opinión pública libre (STC 136/1994, por ejemplo).

El Tribunal Constitucional ha descrito el método en cuestión en estos términos: "... el órgano judicial deberá no estimar preponderantemente en todo caso uno de los derechos en cuestión (protegiendo siempre la buena fama afectada o el derecho a informar o a expresarse libremente), sino habida cuenta de las circunstancias, ponderar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente o, por el contrario, si ha transgredido este ámbito. Pues, en tanto la labor del informador se atenga a los fines y objetivos constitucionalmente previstos, no podrá considerarse afectada ilegítimamente la buena fama o el honor de una persona ..." (STC 105/1990, F.J. 3).

Este método empleado por el Tribunal Constitucional español, común a la jurisprudencia de otros Tribunales y que se denomina método "balancing", consiste en hacer un análisis casuístico de las circunstancias de muy diversa índole que concurren en cada caso para determinar si el ejercicio de las libertades de información y expresión ha sido constitucionalmente legítimo, debiendo por lo tanto prevalecer sobre la posible intromisión en el honor o en la intimidad de la persona afectada por la información o la opinión (SSTC 104/1986, 159/1987 y 51/1989, por ejemplo).

La Constitución Española de 1978 consagra por separado las libertades de información y expresión, acogiendo una concepción dual que se separa de la mayor parte de las Constituciones y Declaraciones sobre Derechos Fundamentales. En el art. 20 se reconoce, de un lado, "el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito y cualquier otro medio de comunicación" (art. 20.1 a)) y, de otro, "el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión" (art. 20.1 d)). En el mismo precepto constitucional se señala que el ejercicio del derecho de expresión e información no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa, estableciendo como límites a las libertades de información y expresión los derechos fundamentales y, en especial, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como la protección de la infancia y la juventud (art. 20.2 y 4). Por su parte, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen aparecen recogidos como derechos fundamentales en el art. 18 de la Constitución.

Las libertades de información y expresión se encuentran en una posición *preferente* respecto de otros derechos fundamentales, posición que unas veces se ha calificado de jerarquía institucional, otras de valor superior o de eficacia irradiante y otras de posición prevalente no jerárquica. Dejando ahora al margen los términos utilizados y su trascendencia, si es que la tienen, lo que interesa resaltar es que esa posición preferente de las libertades de expresión e información procede de su propia naturaleza, ya que no son sólo derechos individuales, sino que tienen además un contenido institucional en cuanto su ejercicio sirve para la formación de una opinión pública libre,

algo que es consustancial a los pilares de un Estado democrático (SSTC 240/1992 y 336/1993, entre otras).

Las libertades de expresión e información, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, garantizan el mantenimiento de una opinión pública libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra (por ejemplo, las libertades ideológicas, religiosas), reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática, que se encuentra en la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. Sin una opinión pública libre no hay sociedad libre. Significan, por lo tanto, el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligado con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Es decir, defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública libre, pues la libertad de expresión de las ideas y de los pensamientos y la difusión de noticias son premisas necesarias de una opinión pública libre (SSTC 104/1986, 78/1995, 132/1995 y 1/1998, entre otras).

Dada esta función institucional que desempeñan las libertades de información y expresión, de la que deriva su posición preferente o prevalente frente a otros derechos fundamentales, cuando se produce una situación de conflicto o colisión de esas libertades con el derecho al honor o a la intimidad, las restricciones que en dicha situación deben interpretarse de modo que el contenido fundamental de ambas libertades no resulte, dada la función institucional que cumplen, desnaturalizado, ni incorrectamente relativizado. Sin embargo, tal valor preferente tampoco reviste un carácter absoluto, puesto que al tratarse de libertades reconocidas como garantía de una opinión pública libre solamente pueden calificarse de legítimas las intromisiones que en otros derechos fundamentales puedan derivarse de su ejercicio que guarden congruencia con esa finalidad propia de las libertades de información y expresión, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general. Por el contrario, carecen de tal efecto legitimador cuando las libertades de información y expresión se ejercen de manera exorbitada o desmesurada. De ahí que para que el ejercicio de las libertades de expresión e información puedan legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales, como el derecho al honor o a la intimidad, es necesario que se ejerciten dentro del ámbito constitucionalmente protegido de ambas libertades (STC 171/1990, por ejemplo).

En cuanto a la distinción entre la libertad de expresión y la libertad de información⁵⁴, la libertad de información tiene por objeto la libre comunicación y recepción de información sobre hechos o, más precisamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables. Por su parte, la libertad de expresión tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opinión, concepto amplio dentro del cual deben incluirse también las creencias y los juicios de valor; de modo que lo que con la libertad de información se protege es la comunicación y recepción de información sobre hechos, sobre noticias, en tanto que lo protegido con la libertad de expresión es la emisión de opiniones y de juicios de valor (SSTC 6/1988 y 223/1992, por todas).

54. Vid. José MUÑOZ LORENTE, *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 79-88.

La tarea de distinguir la libertad de información y la libertad de expresión no siempre resulta fácil, no en todos los casos aparece en estado puro el ejercicio de las libertades de información y expresión, sino que lo más común será que en un mismo artículo se ejerzan ambas libertades simultáneamente, esto es, que a la vez que se informe sobre un determinado hecho o se da una concreta noticia se emitan juicios de valor u opiniones sobre la misma o sobre las personas que han intervenido en los hechos noticiosos, así como que cuando se emite la opinión o se efectúa un juicio de valor sobre un determinado asunto se dé cuenta o se parta de una información. Estos supuestos son los más frecuentes.

La **libertad de expresión**, como ya se ha dicho, comprende la emisión de opiniones y de juicios de valor, frente a la libertad de información que abarca la narración de hechos o noticias. La libertad de expresión, al tener por objeto opiniones, creencias y juicios de valor personales, sin pretensión de afirmar hechos o datos objetivos, dispone de un campo de acción más amplio que el de la libertad de información, ya que sólo viene delimitada, de un lado, porque las materias sobre las que verse la opinión o juicio de valor revistan interés público, de manera que contribuyan a la formación de una opinión pública libre como garantía del pluralismo democrático, y de otro, por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación alguna con las ideas y opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. En este sentido, la emisión de apelativos injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o de las instituciones e implica la extralimitación del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión (SSTC 85/1992 y 240/1992, entre otras). A diferencia, pues, de la libertad de información, no se exige respecto de la libertad de expresión el requisito de la veracidad.

Incluso se ha puesto de manifiesto y destacado la conexión que la libertad de expresión presenta con otros derechos fundamentales, en particular, con la libertad ideológica (también, en cuanto plasmación de ésta, con la libertad religiosa). Es decir, a la libertad ideológica le corresponde el correlativo derecho a expresar la propia ideología, aunque eso no signifique que toda expresión de la ideología quede desvinculada del ámbito de protección de esta libertad, más amplio que el de libertad de expresión, que no tiene otras limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley (STC 20/1990). En otras palabras, pese al más amplio campo de acción de la libertad de expresión, cuando se exterioriza la propia ideología, la libertad ideológica no puede entenderse absorbida por la libertad de expresión, ni tampoco puede admitirse que toda expresión libremente emitida al amparo de la libertad de expresión sea manifestación de la libertad ideológica.

Expuesto lo anterior, la Sala 2ª del Tribunal Supremo, una vez publicado el nuevo Código Penal, ha señalado que 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 protegido por el artículo 20 de la Constitución (STS 9 de mayo de 1996). Por su parte, la STS de 29 de noviembre de 1997 indica, entre otras cosas, (de manera parecida a como lo había hecho en la S. de 4 de julio de 1994)⁵⁵, que “la

55. En esta Sentencia ya se indicaba que “El delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al artículo 20 CE, sino la aprobación de comportamientos delictivos”.

manifestación pública, en términos de elogio o exaltación de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos"... "la apología de la ideología no debe ser entendida necesariamente como una apología de la realización desviada de los fines postulados por la ideología, ya que tal delito no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, sino la aprobación de comportamientos delictivos, lo que presupone tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión despliega un efecto de irradiación de consecuencias ineludibles"... o, en fin, que "hablar de apología del delito supone analizar la relación entre libertad de expresión e información y los posibles límites de las mismas derivados del interés público que subyace en las normas penales".

Por su parte, pocas han sido las ocasiones en que el Tribunal Constitucional se ha referido en sus resoluciones a la apología, las más de las veces por medio de *obiter dicta* y dentro de resoluciones que se referían a la libertad de expresión. En la *STC 159/1986*, de 16 de diciembre (caso Egin), se dijo en el fundamento jurídico 7 que "En el caso que nos ocupa, el conflicto se produce entre la apología del terrorismo, tipificada como delito, y el derecho del Director de un periódico a publicar unos comunicados emitidos por una organización terrorista (ETA-militar) cuyo contenido apologético no se cuestiona ... No cabe duda de que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza, sin embargo, a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida. En este sentido cabe afirmar que la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses contrapuestos sino complementarios, orientados al aseguramiento del Estado democrático de Derecho"⁵⁶.

En la *STC 199/1987*, de 16 de diciembre (resolutoria por el Pleno de los dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los Parlamentos de Cataluña y del País Vasco contra la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución), se indica en el fundamento jurídico 4 que "La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos ... debe considerarse contraria al art. 55.2 de la Constitución la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos en el art. 1 de la Ley (9/1984) en el ámbito de aplicación de ésta última en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en tal precepto constitucional".

En la *STC 214/1991*, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman), se señaló que "ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales

56. Vid. Javier MIRA BENAVENT, *El caso del diario Egin: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 2 (mayo-agosto), 1987, págs. 505-528.

...”. Por su parte, la STC 176/1995, de 11 de diciembre (caso Comic Hitler=SS) señaló en su fundamento jurídico 5 *in fine* que “La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional” (SSTC 170/1994 y 76/1995).

En la STC 136/1999, de 20 de julio (caso Mesa Nacional de HB), se indica en el fundamento jurídico 15 que “no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos, a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre”⁵⁷.

En resumen, con la reforma proyectada se pretende:

a) Agravar las penas por conductas de terrorismo urbano, como medio más eficaz de lucha contra la denominada “kale borroka”. De esta manera, la violencia callejera se penará no sólo en función de los daños físicos o materiales producidos o de los riesgos contra la vida e integridad corporal de las personas, sino también cuando con tales actos se pretenda atemorizar a la población.

b) Tipificar de manera específica los desórdenes y altercados provocados en los Plenos de los Municipios para apoyar a los terroristas, así como reforzar la protección penal de Alcaldes y Concejales frente a las intimidaciones de carácter terrorista. La perturbación del orden en los plenos, por quienes no son miembros del mismo, será castigada con una pena de 6 meses a 1 año de prisión.

c) Incrementar la pena de inhabilitación para los terroristas condenados con el fin de evitar lo que gráficamente se ha llamado “pasar de la cárcel al escaño”. Se prevé una pena de inhabilitación absoluta de 6 a 20 años.

d) Tipificar nuevamente la apología (“exaltación”) del terrorismo, conminada con una pena de 1 a 2 años.

e) Tipificar “ex novo” las conductas de humillación de las víctimas o familiares de actos terroristas, con la misma pena que para la apología.

f) Incrementar el plazo de internamiento en régimen cerrado (hasta 10 años) de los menores de 18 años (de 14 a 18) que participen en actos terroristas.

g) Establecer la competencia de la Audiencia Nacional (Juzgado de Menores) para enjuiciar a los menores que participen en delitos terroristas.

57. Vid. sobre esta Sentencia el comentario de Benito ALÁEZ CORRAL, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 1999, Tomo II, Pamplona 2000, págs. 1567-2593.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

- Benito ALÁEZ CORRAL, *Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (A propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio)*, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 1999, tomo II, Pamplona 2000, págs. 2567-2593.
- Adela ASÚA BATARRITA, *Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos* (Comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Supremo), en La Ley 1998, págs. 1638-1646.
- Jesús BARQUÍN SANZ y Miguel OLMEDO CARDENETE, Comentario al art. 18 del CP, en *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, tomo I, Ed. Edersa, Madrid 1999, págs. 895-951.
- Juan Alberto BELLOCH JULBE, *Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información-terrorismo: la “apología” del terrorismo*, en “Estudios Jurídicos en honor de José Gabaldón López”, Ed. Trivium, Madrid 1990, págs. 17-38.
- Juan Carlos CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- Juan Carlos CARBONELL MATEU, *Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado*, en “Comentarios a la legislación Penal”, tomo II, Ed. Edersa, Madrid 1983, págs. 239 y ss.
- M^a Luisa CUERDA-ARNAU, *Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, núm. 1757, de 5 de octubre de 1995, págs. 87-116.
- Bernardo DEL ROSAL BLASCO, *La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995*, en Estudios de Derecho Judicial, 2, 1996, “(Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte General)”, págs. 185-213.
- Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *La apología específica del artículo 268 del Código Penal*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 32, 1987, págs. 289-304.
- Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, *Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)*, en La Ley, núm. 4693, 15 de diciembre de 1998, págs. 1-12.
- Justa GÓMEZ NAVAJAS, *Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1995*, en La Ley, núm. 4790, de 6 de mayo de 1999, págs. 1-10.
- Luis GONZÁLEZ GUITIÁN, *Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en el Proyecto de 1980*, en Estudios Penales y Criminológicos, IV, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, págs. 281 y ss.; del mismo, *La apología en la reforma penal*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, monográfico 6 (V Jornadas de Profesores de Derecho Penal), 1983, págs. 381 y ss.
- Félix HERNÁNDEZ GIL, *La apología delictiva*, en La Ley, 1981, págs. 900 y ss.; del mismo, *Algunas observaciones sobre el artículo 216 bis a) del Código Penal*, en La Ley, año V, núm. 903, 27 de marzo de 1984, págs. 1-4.
- Carmen LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1985.
- José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *La apología delictiva*, en Actualidad Penal, nº 34, 22-28 de septiembre de 1997, págs. 755-764.
- María Luisa MAQUEDA ABREU, *Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología*, en Poder Judicial, núm. 9, marzo de 1988, págs. 9-27.

- Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, *Aplatar la serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del Código Penal*, en *Revista General de Derecho*, núm. 664-665, enero-febrero de 2000, págs. 99-116.
- Javier MIRA BENAVENT, *El caso del diario "Egin": comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 2 (mayo-agosto), 1987, págs. 505-528.
- José MUÑOZ LORENTE, *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.
- Diego MOSQUETE, *El delito de apología*, en *Revista de la Escuela de Estudios penitenciarios*, núm. 10, enero de 1946, págs. 14 y ss.
- Enrique ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, 1982, págs. 483 y ss.
- Miguel POLAINO NAVARRETE, *Apología y encubrimiento del terrorismo*, en "La criminalidad organizada ante la Justicia", Univ. de Sevilla, 1996, págs. 37-52.
- Rafael REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997.
- Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968, págs. 277 y ss.; del mismo, *Las fases de ejecución del delito*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. extraordinario (El Proyecto de Código Penal), 1980, págs. 5 y ss.
- Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *La regulación del iter criminis (arts. 16-18)*, en "El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales", José María Bosch Editor, Barcelona 1997, págs. 121-157.